



Sinopsis Histórica de la Legislación Penal en el Perú

Al Segundo Congreso Latino Ame-
ricano de Criminología en Santiago.

INTRODUCCION

No se había aún proclamado la Independencia en Lima, cuando el Protector del Perú, don José de San Martín, en su cuartel general de Huaura dictaba el Reglamento Provisional de 17 de marzo de 1821, en el que por su artículo 18 se disponía: "Todas las leyes, ordenanzas y reglamentos que no estén en oposición con los principios de libertad e independencia proclamados con los decretos expedidos desde el ocho de septiembre anterior y con lo establecido en el presente quedan en su fuerza y vigor, mientras no sean derogadas o abrogadas por autoridad competente". La ley de 6 de octubre de 1822 y el artículo 131 de la Constitución de 1823 confirmaron esa disposición.

En 10 de abril de 1822 el Supremo delegado del Perú, Torre Tagle, dictaba otro reglamento provisional para establecer el régimen de los tribunales de justicia, en los departamentos libres, de cuya sección cuarta trascribimos los siguientes artículos, que constituyen bases fundamentales del procedimiento penal:

"Art. 97.—Para consultar con la seguridad individual de los súbditos del Estado en las causas criminales, se interpondrán las querellas por el ofendido o por el Agente Fiscal ante el Juez de Derecho según la diversidad del crimen: y uno y otro firmarán el pedimento.

"En los pueblos distantes de la Capital del Partido se interpondrá ante los Alcaldes, Gobernadores y Tenientes.

“Art. 98.—El querellante prestará el juramento de calumnia y no se admitirá recurso en otra forma.

“Art. 99.—Queda abolido todo juicio criminal por anónimos y demandas ocultas. Esto no impide a los jueces que persigan de oficio los crímenes y delincuentes, y actúen el sumario que los esclarezca.

“Art. 100.—Interpuesta la querella deberá el Juez mandar comparecer al acusado y recibirle su declaración instructiva: en seguida admitirá la información de testigos y demás pruebas que por una y otra parte se ofrecieran con citación recíproca.

“Art. 101.—A ninguno se tomará juramento en estos juicios sobre hecho propio.

“Art. 102.—El acusado será retenido si se teme su fuga.

“Art. 105.—Los reos serán tratados en las cárceles con la lenidad posible.

“Art. 106.—No recibirán los Alcaldes presos que no sean por autoridad legítima, ni darán libertad sino en virtud de mandato, por el Juez que conoce de la causa.

“Art. 107.—La Suprema Autoridad designará un lugar que sirva de depósito para los detenidos y otro para los reos (disposición ésta que ha sido mantenida por los Códigos procesales del 20 y del 40).

“Art. 110.—Es prohibido todo medio de tormento, apremio, sugestión o sorpresa para arrancar al reo la confesión del crimen”.

La Suprema Junta Gubernativa del Perú, comisionada por el Soberano Congreso Constituyente, expidió un decreto fechado en 17 de diciembre de 1822 del que tomamos, por ser pertinente a nuestra materia, el artículo 27 que a la letra dice:

“El Poder Judiciario es independiente. Sus jueces son inamovibles y de por vida. En las causas criminales el juzgamiento será público, el hecho será reconocido y declarado por Jurados y la ley aplicada por los jueces”.

La primera Constitución que rigió en el Perú, promulgada el 12 de noviembre de 1823, reemplazando a la española de Cádiz de 1812 y que tuvo como base los principios de la Constituyente antes indicada, los confirmaba y completaba en la siguiente forma:

“Art. 166.—En las causas criminales el juzgamiento será público, el hecho reconocido y declarado por Jurados, y la ley aplicada por los jueces.

“Art. 107.—El nombramiento de Jurados, su clase, atribuciones y modo de proceder se designará por un reglamento particular. Entre tanto continuarán los juicios criminales en el orden prevenido por las leyes.

“Art. 97.—Habrà una Corte Suprema de Justicia que desirà en la Capital de la República compuesta de un Presidente, ocho Vocales y dos Fiscales, divididos en las Salas convenientes.

“Art. 105.—Los Códigos Civil y Criminal prefijarán las normas judiciales. Ninguna outoridad podrá abreviarlas ni suspenderlas en causa alguna”.

El mismo día en que fué promulgada la Constitución se expedía la Ley de Imprenta, estableciendo una jurisdicción especial para el juzgamiento de esos delitos. Establecía no sólo un Jurado de fallo sino también uno previo de acusación, siguiendo el principio inglés. Esta ley rigió hasta el 4 de diciembre de 1930, fecha en que fué derogada por un decreto-ley merced al cual se ha devuelto al conocimiento de la justicia penal común, esos delitos.

Sellada la emancipación política de la República en la batalla de Ayacucho el 9 de diciembre de 1824, el Supremo Dictador, don Simón Bolívar, a los diez días de esa efemérides, daba cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución del año 23 y creaba la Corte Suprema de la República, que hacía instalar solemnemente por su Ministro de Gobierno, don José Sánchez Carrión, el 8 de febrero de 1825. (1)

Asimismo, por otro decreto nombraba una comisión de doce miembros, encargándola de preparar los proyectos de Códigos, tanto en materia civil como en materia penal. Presidente de la comisión fué designado el que ejercía ese mismo cargo en la Corte Suprema, don Manuel Lorenzo Vidaurre.

“Cuando el Jeneral Bolívar se desvelaba por el bien del Perú, más que Marco Aurelio por el del Imperio Romano—dice Vidaurre en el Prefacio del Código Penal—, quiso que se formasen nuevos códigos, para librarnos de innumerables leyes españolas, contradictorias entre si y opuestas a nuestro sistema. Nombró para el efecto una comición de doce personas que yo había de presidir. En la primera y única junta que tuvimos, no se abanzó otra cosa, que excusas por excesiva moderación, por ocu-

(1) La Corte Suprema quedó constituida por don Manuel Lorenzo Vidaurre como su Presidente e integrada por los vocales señores: Francisco Valdivieso, José Cabero y Salazar, Francisco López Aldana y Tomás Palomeque.

pasiones serias, y por no estar ratificado aún el Código político. Contemplando cuanto interesaba aquel designio, principalmente en lo penal, me ofrecí a trabajar por mí solo. Mis labores fueron concluídas, pero antes de perfeccionarlas, presenté al Congreso Constituyente el proyecto de los Jurados cuya sanción debía preceder”.

Sin embargo, el país permaneció por largos años sin leyes propias, rigiéndose por las antiguas españolas, salvo el corto interregno de la Confederación Perú-Boliviana, período en el que se promulgaron los Códigos de Santa Cruz, siendo derogados al concluir ese régimen político.

Los trabajos de codificación siempre intentados no culminaron hasta el año 52, en que se promulgaron los Códigos Civil y de Procedimientos de la misma materia, lo que fué un mayor incentivo para que se siguiera trabajando por la formación de la legislación penal, nombrándose sucesivas comisiones que presentaron al Congreso los respectivos proyectos—el del Código Penal en 1859 y el Procesal en 1861 los cuales se aprobaron y promulgaron, en la legislatura del 62, entrando en vigencia el 1.º de marzo de 1863.

El Código de Enjuiciamientos en materia penal fué sustituido por el Código de Procedimientos en Materia Criminal el 18 de marzo de 1920, el que a su vez fué derogado por el que actualmente nos rige desde el 18 de marzo de 1940.

El Código Penal, a pesar de los muchos proyectos de reforma que se produjeron, prolongó su existencia hasta el 28 de Julio de 1924.

Forman, pues, nuestra codificación penal tres códigos, uno sustantivo y dos procesales que han pasado a la historia y otros dos—el del 24 y el del 40—que presiden el desarrollo de la vida jurídica del Perú.



CODIGO DE VIDAURRE

Antes de entrar a estudiar, sucesivamente, los cinco códigos señalados, hemos de contraernos a examinar el proyecto de Código Penal presentado por don Manuel Lorenzo Vidaurre al Congreso Nacional del Perú del año 28, y enviado, también al certamen abierto por la República de Chile para darse esa ley: aprovechando de la circunstancia de disponer de uno de los raros ejemplares de ese trabajo, que siempre ha despertado vivo interés en nuestros círculos jurídicos.

Como nos informa Vidaurre su sistema penal fué inspirado en la obra de Cayetano Filangieri: "La Ciencia de la Legislación", dejada inconclusa por su autor.

FILANGIERI

El movimiento filosófico al que dió cima Filangieri en el siglo XVIII prestó a la ciencia los más eminentes servicios, como lo afirma Faustino Helie, conmoviendo las viejas leyes penales, poniendo de manifiesto sus iniquidades y su fondo de barbarie; haciendo predominar dos reglas fundamentales: la moderación de las penas y el derecho de defensa frente a la acusación; es decir, la proporcionalidad de las penas con el delito de un lado y las garantías procesales de otro. Pero siendo ese esfuerzo, como agrega Helie, negativo sin llegar a fundar un sistema completo que pudiera servir de base a una legislación.

De igual defecto se resintió la conmoción política del 89 que derrumbó el orden institucional y sus valores esenciales, sin sustituir otros en su reemplazo. La trágica experiencia de la Revolución Francesa no sirvió sino para alimentar ilusiones y destruir esperanzas y hubiera precipitado todo en el abismo si la mano firme de Napoleón, como lo explica Taine, no detiene la sociedad, al borde de la ruina.

Aquellos vientos que desencadenaron tempestades en el viejo continente, trajeron para América la conjunción de fuerzas libertarias que lograron la independencia del despotismo entronizado en esta tierra, por una monarquía engañada sobre lo que pasaba en su gran imperio colonial, no sin dejar en estos países la semilla del caudillaje militar y de la anarquía revolucionaria.

Fácil es columbrar el medio y el ambiente nada propicios que ofrecían estas tierras americanas para levantar el edificio de una legislación.

Nada más nuevo, nada más joven que nuestras repúblicas, que quizás si se adelanta su fecha de nacimiento —que no es sino su inserción en la Historia, como afirma Keyserling—al señalarla en el siglo XVI y no en el XIX; porque es en éste, cuando comienzan a dar sus primeros pasos, a ver con sus propios ojos de hombres y no de niños, a fijar su carácter, su psicología, a transformar su “inconsciente colectivo”, tomando verdadera posesión de la tierra y fundiéndose con ella. Los problemas anteriores de la Colonia eran simplemente meras relaciones del tutor con el pupilo, sin considerar siquiera que este pupilaje pudiera concluir un día —y que era por lo tanto necesario preparar al niño para su futuro de hombre responsable e independiente.

El esfuerzo realizado por Vidaurre es por lo mismo admirable desde cualquier punto que se le contemple. Sus biógrafos lo señalan como personalidad que se adelanta a su época. Su preparación y brillantes estudios desde el Convictorio Carolino, bajo la dirección del Rector Dn. Toribio Rodríguez de Mendoza, se acrecientan con su curiosidad y amor por la lectura y formación de una selecta biblioteca, que no cae, felizmente, en manos del inquisidor. Si por más de cuarenta años sigue fielmente a su maestro Filangieri no deja de incursionar en los campos de la “Enciclopedia” y de compulsar en sus originales: “De los Delitos y de las Penas”, el “Espíritu de las Leyes”, “El Contrato Social” y el “Emilio”.

Como doctor en ambos derechos comenta Las Sagradas Escrituras, los Cánones y a los Padres de la Iglesia, e interpreta la legislación romana y la española.

Al regreso de su primer viaje a España se dirige al Cuzco con su nombramiento de Oidor, que ha obtenido después de haber presentado al Monarca Español su “Plan del Perú”. En la capital del Viejo Imperio Incaico, en la que empieza su trabajo, no es sólo Beccaria quien le inspira las ideas abolicionistas de la pena de muerte, sino la realidad que recoge cerca de Mateo Pumacahua, el cacique que preside interinamente la Audiencia, que le recuerda, primero, la tragedia de Tupac Amaru, con todas las crueldades que rodearon su muerte, cuya sentencia hace exclamar a Markham “no podrá encontrarse en los anales de la bar-

barie un documento parecido al suscrito por el magistrado español Areche, de perversidad salvaje y torpeza absurda" (2). Y después la misma condena del rebelde compañero de 1814 en cuya conspiración aparece complicado, viéndose obligado a abandonar su cargo de Oidor.

Así es como vive y siente en lo más hondo los horrores del régimen colonial, de despiadada penalidad, que lo hace desconfiar de su eficacia en cualquiera de los campos a que se derive.

Alejado del país en la época de mayor efervescencia revolucionaria, llamado a ocupar su cargo de Oidor en la isla de Cuba, después de vindicado posiblemente de las acusaciones que se le hicieran como cooperador directo de la rebelión de Pumacahua, aparece más tarde como Oidor en La Coruña (3).

Regresa al Perú, cuando se ha afianzado la independencia y gana la amistad y consideración (4) de Bolívar, quien como

(2) M. de Mendiburu: "Diccionario Histórico—Biográfico del Perú". Tomo Octavo, pág. 143. Lima, 1890.

(3) El argentino Bernardo González Arrili ("El Futuro de América". Barcelona, 1928: "El Magistrado Vidaurre y su "Plan del Perú") trae la renuncia de Vidaurre al nombramiento que le hizo el Rey como Oidor de Galicia.

"Una Orden Inobservable..

"El 27 de octubre de 1822 recibió don Manuel de Vidaurre, magistrado de la Audiencia de Puerto Príncipe, una Real orden a objeto de que se trasladara al Reino de Galicia para ocupar una plaza de igual clase. El mismo día llegó a la dicha Audiencia otra orden para que no se le numerase al nombrado entre los Oidores desde aquella precisa fecha, y una tercera dirigida al Capitán General "con el fin de remover cuantos obstáculos pudieran oponerse a su salida".

"La Real orden, modelo de concisión, estaba fechada en Madrid el 15 de julio de aquel año, y rezaba: "De Real orden le comunico a V. S. para que en su vista se traslade inmediatamente a la península a servir su nuevo destino, en la inteligencia de que S. M. no admitirá excusa alguna que lo difiera y de que, si V. S. no emprendiese este viaje a la mayor posible brevedad aprovechando la primera ocasión, se entenderá que renuncia la plaza de Magistrado a que ahora se le trasladada y se procederá en tal caso a su provisión, así como se va a proveer desde luego la vacante que V. S. deja en esa Audiencia, declarada ya como tal por S. M".

"Don Manuel de Vidaurre y Encalada, recibió la inobservable orden en circunstancias penosas. Sufría de una enfermedad grave y estaba bastante falto de recursos. No obstante, quince días después, "con dos mesadas de mi renta" y "sin esperar el producto de mis preciosos muebles", salió el Magistrado de Puerto Príncipe..

"Medio año después, el digno y obediente Vidaurre, escribiría, en su substancial renuncia al cargo de Magistrado del Superior Tribunal de Galicia: "Está V. M. obedecido, pero se ha de dignar escucharme por esta última vez. Hablo de este modo porque mis relaciones sociales con el Gobierno de V. M. quedan entera y eternamente concluidas..."

(4) El "Plan del Perú", reimpresso en Filadelfia en 1823 con nuevas notas, fue objeto de la siguiente dedicatoria de Vidaurre al Libertador—reproducida por G. Arrili, ob. cit.:

"Conciudadano—dícele a Bolívar—, yo te dedico mi obra, porque hasta ahora te contemplo el hombre más digno de elogio. Mientras permanezcas virtuoso serás el objeto de mi adoración. Te aborreceré tirano como te admiré héroe. Aprecia lo que eres, no aspire a un nombre que te hará odioso. El heroísmo inmortaliza, la diadema confunde en el rol de los tiranos. El nacimiento, el vicio, la injusticia,

hemos visto, lo designa para el más alto cargo de justicia, lo que no obsta para que Vidaurre participe en la vida política, desempeñando los Ministerios de Gobierno y de Relaciones Exteriores, pasando a la diplomacia para ejercer la representación del Perú en el Congreso de Panamá e ingresando al Parlamento donde se revela como gran orador al intervenir en los más graves debates.

Formó Vidaurre en el grupo de los que combatieron la Presidencia Vitalicia de Bolívar, propugnando la vuelta a la constitucionalidad. Alcanzó en el Congreso del 28 la Presidencia, y fué invistiendo este cargo que tomó el juramento del General La Mar, elegido Presidente de la República.

El Congreso del 28 expide la tercera constitución política, que ordena la publicidad de los juicios y la motivación de los fallos; prohíbe los juicios por comisión y confirma la abolición del tormento y del juramento sobre hecho propio en causa criminal. Se limitó la pena capital y el embargo de bienes.

Las luchas y discrepancias de Vidaurre con los hombres del nuevo régimen le acarrearón serios sinsabores que lo condujeron al ostracismo. Es en el destierro donde aprovecha, a pesar de no disponer—como afirma— de sus documentos y borradores, para redactar la obra penal que envía como proyecto de Código al Congreso del Perú con la nota que aparece en su libro y que creemos de interés transcribir:

“Al Congreso Constitucional del Perú

“Señor: Fernando de Toledo, que se tituló duque de Alba decía, que arrastrando cadenas conquistaba reinos para el sanguinario Felipe Segundo. Separado con injusticia de mi patria,

producen reyes; el héroe no tiene otro origen que el noble de las virtudes. Napoleón asombra en su historia; mas no merece nuestros cultos. El pone su orgulloso pie sobre imperios y coronas; no para destruirlos o moderarlos, sino para elevar otro poder más dilatado y absoluto; es grande para sí y su familia, no para los demás hombres. César tiene valor y talento; Alejandro se desvela por la gloria. ¿Son sus nombres escritos con igual aplauso, que los del justo Arístides, el inalterable Catón? En el sagrado templo de la fama, yo ví elevarse tres altares; Iturbide, San Martín y tú debían ocuparlos. La justa Astrea derribó ya el primero; en el segundo se cantan himnos en honra del valiente Libertador del Perú y Chile; el tercero, lo sostienen dos genios que te contemplan como el dios de la Libertad americana; este título es más grande que el de Emperador y Soberano”.

“Amante de la humanidad —agrega Vidaurre, sin abandonar su estilo grandilocuo—, si has roto las cadenas de nuestra opresión, conspira a establecer un gobierno feliz y sabias leyes. Con tu espada pusiste el cimiento, tu prudencia y estudio concurren a la arquitectura posterior de este gran edificio. Si no dejas una legislación perfecta, el despotismo y el fanatismo se entronizarán de nuevo. y la naturaleza no produce cada día hombres como tú, que se sacrifiquen por libertar a sus semejantes...”

ocupo mis horas en servirla con la misma lealtad y pureza que en tiempo más feliz lo ejecutaba en el tribunal, en el ministerio, en el congreso. Presento el proyecto del Código criminal que se me encargó el año de veinte y cinco, y que desde el veinte y seis fué concluido. Contiene los mejores principios; pueden no ser tan buenas las consecuencias. ¿Pero mis errores y defectos no serán útiles para hallar lo más seguro y justo? Sin ensayos ninguna ciencia ni arte llegó a su perfección. Examinando mis ideas se fijarán las que sean más exactas. La necesidad de aprobar o desaprobar, va a producir el Código, por que anela la nación. Es lo que sucede al orador, al pintor, al poeta. Borran y varían de modo sus primeros rasgos y líneas, que nada hay de ellas cuando se presenta al público la obra. Sufriré el rubor de que se desprecien mis trabajos con tal que leyes sabias se substituyan a las que se dictaron para la superstición y el despotismo. Un día de demora es una falta imperdonable en tan interesante negocio. ¿Se podrá concebir que aún gima la América bajo las bárbaras y crueles disposiciones de déspotas inhumanos? ¿Se aplicarán por los jueces decretos en contradicción con los sentimientos generales de los pueblos libres? No: ellos se ven comprometidos a pecar contra la naturaleza o contra la ley civil vigente. Ningún otro negocio ocupe al Congreso hasta que éste finalice: entonces le elevaré al Código Civil.

“¿Y quién me asegura el plazo de mi vida? El Ser Supremo que conoce no malgasto los momentos que me hallo sobre la tierra. Boston, S'bre 1.º de 1828.—Señor Manuel De Vidaurre.

“Nota.—Esta obra la comencé el año de once hallándome de Oidor del Cuzco. Se me perdió la mayor parte de lo escrito en mi emigración el año de catorce. El de veinte uno hice una impresión desordenada e incorrecta siendo Oidor de Cuba, sin otro objeto que salvar mis apuntes. Ellos me han servido en esta ocasión.” (5)

Llega en esta forma el proyecto anunciado tanto tiempo por su autor y lo precede, no una exposición de motivos, sino un verdadero texto de Derecho Penal, en el que se plantean los dos problemas fundamentales: el delito y la pena.

(5) Conservamos la ortografía del original.

Si está desarrollado en doscientas treinta páginas, sólo veintidos de las últimas contienen el proyecto. Sus doscientas ocho primeras están dedicadas al estudio doctrinario.

Por lo mismo que es tan poco conocido este libro, no escatimaremos reproducir algunos de sus párrafos esenciales:

"Primera disertación.

"Casi nada diré en esta disertación que ya no esté pensado y escrito en términos y método más sublime que el que pueda hallarse en mi lánguida pluma."

"Definición del delito.

"Tengo por delito el daño causado en la Sociedad con conocimiento. Filangieri lo define, la violación de la ley acompañada de la voluntad de violarla.

"Siendo a las veces el mal específicamente dirigido al trastorno, perjuicio, incomodidad o deterioro de todos los sujetos reunidos; a las veces contra una porción considerable de ellos; y otros no teniendo otro objeto principal que de un solo socio, se ha pensado muy bien en distinguir los delitos en públicos, semi-públicos y privados. Es esta la distinción de Jeremías Bentham.

"Si lo público excede a lo privado, trataré de ellos en los delitos públicos; si lo privado excede a lo público lo trataré en lo privado".

Así trata entre los delitos públicos a las falsificaciones, y al homicidio entre los privados.

"Siendo las leyes según Beccaria las condiciones con que los hombres vagos o independientes se unieron en sociedad, podríamos decir que no hay acción desarreglada o quebrantamiento de estas partes, que no sea delito. Es imposible faltar a alguno sin causar daño a otro o a muchos. Casi todos los legisladores prudentes en esta parte no diferencian entre acciones civiles y criminales según los objetos. Siempre que se turba la tranquilidad, y con ella la igualdad, el sustento y la abundancia por dolo o por culpa se comete delito. Esta debe ser la regla invariable, sea ofendido el Jefe, la Patria, o el último de los labradores de un campo. Hay delitos contra la religión. Pero su entidad es distinta de lo que hasta aquí se ha creído. Dios no puede ser ofendido. Y las ofensas que se le hacen no nos toca a nosotros castigarlas."

En delicto lo mudo por el mal que se causa a la
necesidad.

- mal causado con conocimiento

"...Ha de ser muy nuevo en América mi modo de escribir. Ni los fanáticos, ni los que abrieron los ojos a la esclavitud y se acostumbraron siempre a ella, se avendrán con mi indiferencia por los crímenes que se rotulaban de majestad divina o humana; lo que hay es que muchos miles de hombres piensan del mismo modo, pero no se atreven a poner la mano en la cercanía de este volcán, que juzgan traga a todos los que se le acercan. Al que tiene buena razón, y no la ejerce por temor, lo compadezco.

"Inmutable en mi filosofía que he fijado en mi alma, los delitos los mudo por el mal que se causa a la sociedad".

"...He dicho en mi definición que es delito el mal causado con conocimiento; si falta éste no hay delito. En el grado que se disminuye la razón decrece el crimen".

"...No es capaz de dolo ni culpa el que no entiende el mal que hace. Esclarecida la definición del delito es muy fácil conocer su entidad".

"...Grocio coloca entre la vida y las propiedades el honor y sigue según explica el orden del Decálogo. El fin mío será el mismo, pero con menos rodeos".

"...Mídese también la entidad del delito por el poder y facilidad de dañar, y por la dificultad de resistir a la injuria. La naturaleza del hombre es propensa a causar el mal siempre que le aproveche. Lo único que le sujeta son los obstáculos de parte de aquel a quien quiere ofender o de las leyes cuyas penas teme".

"...En cuanto a la persona ofendida no puedo convenir en la absoluta indiferencia de Beccaria. No porque yo crea que el Universo entero tiene un hombre que sea más que otro. Estoy persuadido que las jerarquías han provenido de la fuerza y de la necesidad.

"Lo que hay es que esta necesidad nos obliga a dar a ciertos hombres, distinciones y respetos, sin los cuales la sociedad sería un caos.

"Ya dijo Montesquieu que la perfecta democracia era la anarquía; donde todos quisieran mandar, y ninguno obedecer; donde todos se tuvieran por iguales e independientes, resultaría tal confusión que sería imposible el entenderse".

"...El conocimiento en el delito es el sumo grado, que es la perfecta deliberación".

"...Explicado en este brevísimo análisis cuanto es refe-

GROCIO

Lo Grande de las Penas
jamás ha sido camino para evitar los
crímenes

rente al delito y su entidad, me resta escribir sobre la proporción de las penas y sus diferentes especies.

"Antes de entrar en ella es menester asentar cual es el fin de las penas. Es evitar, según Beccaria, que el hombre despótico sumerja la sociedad en el antiguo caos. Filangieri juzga que el objeto de las leyes en el castigo de los delitos, solamente es, impedir que los delincuentes causen otros daños a la sociedad, y apartar a los demás de imitar su ejemplo, Lardizabal dice que es la seguridad y salud pública.

"Tres utilidades: utilidad del ofensor, de la Patria y del ofendido; todas tres se pueden reducir a una sola, que es la utilidad común.

"Asentada esta proposición, afirmo otra: las penas deben ser proporcionadas a los delitos; esto es los propios a mantener los vínculos sociales, deduciéndose en cuanto sea posible de su misma naturaleza.

"Montesquieu fué el primero que presentó esta verdad. Pero es necesario un barómetro para medir; entonces diríamos que se cumplía con el pacto social.

"Distaban de este punto de razón las leyes antiguas y modernas".

"...Las penas de infamia y de muerte antes tan prodigalizadas serán como aquellos medicamentos en que se usa el soliman y se subministran por gramos y gotas.

"Lo grande de las penas, jamás ha sido camino para evitar los crímenes.

"Promover la cuestión sobre si la pena de muerte se puede imponer a los ciudadanos, es ya hacer alarde de haber leído y meditado a Pufendorf, a Locke, a Rousseau, a Beccaria y Filangieri. En ella se tiene las razones favorables y contrarias".

"...Antes de concluir este punto no omitiré una advertencia para que no quede defectuoso. Cuando el delito trae responsabilidad pecuniaria, como el hurto, el reo debe ser destinado al trabajo público, pagándosele el jornal como a los libres, que se ocupan en iguales tareas. Después de sacar del producto lo necesario a su alimento, el resto deberá ser entregado a la parte ofendida".

Más adelante agrega:

"Si la pena se debe imponer, la sociedad tiene derecho de exigirla y el magistrado obligación de decretarla. No es libre a faltar y prescindir de la obligación. Las leyes se hicieron para

El
FIN
de las
Penas.

Tres
utilidades

que se apliquen según la voluntad de los ministros. No siendo constante, no pueden llamarse leyes”.

“...Conduciendo a la pública utilidad, la seguridad de la pena en los delincuentes, no importa menos la prontitud del castigo.

“Es preciso tomar un medio entre el Marqués de Beccaria y el autor del “Espíritu de las Leyes”. El primero exige celeridad que puede sacrificar la inocencia. El segundo para asegurar la libertad aprueba sustanciaciones tan largas que hacen olvidar el delito”.

Y resumiendo sus principios, demasiado esquematizados por nosotros, concluye sentando diez proposiciones o axiomas, con lo que da término a su primera disertación.

Su segunda disertación la emplea en estudiar remedios preventivos. “Conducir los hombres a los cadalzos, encender las hogueras, multiplicar los tormentos, son remedios tan fáciles como ineficaces para evitar los crímenes. Dirigir el espíritu, gobernar el corazón, encaminar al bien las pasiones, aprovecharse de la sensibilidad; es ciencia propia del legislador. Sujetar el poder, y los medios de pecar, sustituir lo justo a lo injusto, disponer placeres honestos, para impedir los criminales; estudiar el genio de la razón para regirla; son objetos dignos de los gobernadores de los pueblos. Lo primero lo hacían los Neronos y Calíguas; de lo segundo dió lecciones sublimes la América del Norte”.

“...Me propongo escribir en esta disertación sobre los remedios impeditivos y suspensivos del delito.

“El delito es más fácil prevenirlo que estirparlo”, y señala para finalizar este discurso catorce remedios generales: Buen gobierno, educación, etc. y diez preventivos particulares.

Estudia y clasifica los delitos y suprime muchos, entre otros, la usura.

“A los 25 años recuerdo que dije en la Audiencia de Lima que para mí la palabra *usura* era vaga e insignificante. Que no sería un crimen exigir en la ocasión un cincuenta por ciento, que este hecho lejos de ser, de oponerse al orden social, podría ser una verdadera virtud”.

“*Delitos nuevos*.—Cuando yo he disminuído tantos delitos; cuando he mermado mucho las penas, cuando ha sido mi sistema borrar crímenes para no hallar delincuentes; el espíritu filosófi-

suprimo como delito la Usura

*14 nuevos delitos
Generales
10 preventivos
particulares*

co, que me anima, también me impele a hablar de un delito nuevo con respecto a nuestro Código”.

“...La superstición que hace malos ciudadanos, peores reyes e inicuos sacerdotes, ha sido un efecto tan ligero para los legisladores que mereció pocas líneas en sus abultadísimos libros. Ya la contemplo peor que el ateísmo, que algunas herejías; y que los hechizos y suertes.

“La superstición una injuria atrocísima contra Dios; es un delito enorme contra la sociedad y contra cada uno de sus individuos.

Me determiné a que en el Código Criminal se aumentaran sus títulos sobre ateos y materialistas.

“La enciclopedia forma el paralelo entre el ateísmo y la idolatría.”

Concluye el libro con el capítulo dedicado a los delitos privados que comienza por el homicidio.

“La ley 1.^a título 3.^o partida 7.^a divide el homicidio en justo, doloso, casual; y yo añado el culposo...”

“Pienso a cada clase de homicidio señalar su pena. Este será el modo de ilustrar la materia con la perfección posible.

“Cuando escribí en el Cuzco hallé razones para no imponer jamás la pena de muerte. Después varié con respecto a los homicidios; últimamente me restituí a mis primeras ideas. Tenía presentes los decretos de algunos Seberanos de Europa.

“Debe haber un equilibrio sin duda entre los delitos y las penas; pero lo sublime de este equilibrio es la ley de Talión”.

“...El Consejo de estado de Sabacón es para mí un dogma de fé. En todo el tiempo que fuí Oidor del Cuzco no se levantó el cadalso. Mis compañeros no podían resistir a mis reflexiones. Ellos me odiaban pero seguían mi voto.

“Para todos los homicidios premeditados pongo veinte y cinco años de presidio a los trabajos más fuertes: entiendo por premeditadas las que la ley de Castilla llamaba a sabiendas.

“En la sociedad las penas graves no se deben imponer sin que intervenga dolo.”

¿Y cuál es la consecuencia de este interesante discurso penal en la obra concreta y positiva de codificación? Abramos el proyecto.

El Consejo de estado de Sabacón

En el primer capítulo que se titula "Leyes generales en el Código Criminal" no encontramos resuelto el problema de la delincuencia, en ninguna de sus fases. No se habla de lo que constituye el delito, de las personas que resultan responsables por él, ni de la forma de reprimirlo, o sea de las penas, de su naturaleza y modo de aplicarlas. Se entra, en verdad, en este capítulo compuesto de 87 leyes, que así llama a los artículos con lenguaje de las Partidas, a dilucidar las cuestiones probatorias, de competencia de enjuiciamiento, constituyendo en su integridad disposiciones de orden procesal que parecen participar de un sistema inquisitivo, de criterio objetivo; a pesar de que el autor se muestra partidario de la justicia popular.

Sistema inquisitivo

Ante esta realidad no puede decirse con algunos críticos que el Código está estructurado con técnica perfecta, cuando carece de base de sustentación sobre la que se levanten y afirmen las instituciones a que se da vida.

no hay Técnica respecta en este código -

Y es tanto más necesario asentar los principios fundamentales cuando todo es movedizo y deleznable.

Podía creerse, acaso, que estaban llenadas esas necesidades con la larga y erudita discusión doctrinaria. No deja también de descubrirse contradicciones e incongruencias entre la parte teórica y la positiva, por ser difícil de vaciar en las fórmulas legales toda la vida y movimiento de las ideas.

— 050

Discrepa la disposición positiva del discurso que la precede. Los principios que alientan su doctrina quedan, muchas veces como axiomas en el capítulo correspondiente, pero sin repercutir en la ley.

El espíritu crítico, analizador, atormentado es distinto del creador, que siente el mensaje, la exigencia que se concreta y sintetiza clara y nítidamente en una inmediata y espontánea interpretación.

050

Vidaurre participa más de las primeras cualidades que de las segundas. Su Código se resiente por el mismo afán de originalidad que revela, por la falta de dirección segura y por la ausencia de medios y recursos que le permitan llegar a la meta.

Duda cuando dicta una ley, como lo expresa entre paréntesis, en la número 69. Y puesto a imponer penas olvida que se ha pronunciado por 25 años de prisión en sustitución de la pena capital y condena al que mata por dolo, a trabajos públicos, por toda su vida. Y al parricida lo destina a los mismos trabajos, dispo-

niendo, además, se le ponga una gorra que anuncie su crimen y al pecho colgado el retrato de la persona que asesinó.

Sistema acusatorio

La clasificación que hace de los delitos en públicos y privados la debe a Bentham. Ella respondía a la forma de persecución; al género de acciones que concedía la ley, al sistema acusatorio que en Inglaterra y Roma llevaba a entregar a la parte damnificada el derecho de acusar; pero diferenciadas las situaciones penales propiamente dichas de las procesales, correspondía contemplar los delitos en sus verdaderas consecuencias generales, no pudiendo admitirse que el más grave de los delitos, el homicidio, quedara limitado en sus repercusiones a la parte agraviada y no a lo que en todos los tiempos ha significado la más honda conmoción para la sociedad, para el Estado. Ya desde la ley de las XII Tablas el homicidio, de individuos libres, fué considerado como delito público.

El Código francés de 1810, que seguramente conoció Vidaurre, trajo la clasificación tripartita de Crímenes, Delitos y Contravenciones, que en los códigos españoles y los nuestros se convierte en Delitos y Faltas, atendiendo a la gravedad de las infracciones.

No aprovecha tampoco del régimen de las circunstancias que introduce ese Código, que le habría permitido poner en práctica la proporcionalidad de la pena, no ya con el delito sino con el delincuente, como lo sostenía en su doctrina, y no dejar la penalidad de su proyecto como la más típica de tasación y rigidez.

ojo

El proyecto es un débil ensayo de codificación muy inferior al discurso penal, que si tiene graves caídas por sus exageraciones, ofrece notables aciertos.

Como los grandes filósofos y jurisconsultos del siglo XVIII que reconocían la libertad del hombre, Vidaurre daba al delito ese origen, volitivo y moral; pero, encadenado a los prejuicios de la teoría de las facultades del alma y del pacto social—que sujetaban igualmente a los más fuertes espíritus de la época, al mismo Kant para no citar sino al primero entre todos—, construía la

pena atribuyéndole finalidades convencionales y arbitrarias, como sucede en estos tiempos de positivismo.

Despojada la institución penal de sus caracteres sociales, de su función purificadora de la pretendida venganza, en concepto de Max Scheer, se le reduce a remedio, sustituible por otros tantos equivalentes o medidas de seguridad en beneficio del delincuente.

Así se comprende que marchara Vidaurre por la senda peligrosa del utilitarismo de Bentham y de las utopías de Rousseau.

La utilidad, ya sea social o individual, es un principio fluctuante, antojadizo y estrecho, que ha llevado siempre a las mayores aberraciones, que en lo político alimentó el régimen del Terror, y en lo netamente penal desvirtúa al derecho punitivo y lo aleja de la justicia para convertirlo en terapéutica o en derecho protector de los criminales. El delincuente no concurre al Tribunal de la Humanidad por su interés propio sino para satisfacer los anhelos de Bien y Verdad.

El factor educativo de valor cierto y eficaz, al proporcionar ventajas y utilidades al individuo, ampliando su campo de acción abriéndole perspectivas, preprándolo para la lucha de capacidades, afirmando su inteligencia; es de escasa influencia para la conciencia moral, la cual no necesita ser iluminada de fuera para distinguir el bien del mal, al estar la más viva luz en el fondo de ella. Los ignorantes, los analfabetos de todos los tiempos fueron hombres de bien, llegando hasta ser conductores, jefes o monarcas de sus pueblos. Pensemos en Carlomagno, en Juan sin Tierra y en nuestro Francisco Pizarro.

La ciencia, el saber, los conocimientos del autor del "Emilio" no le impidieron arrojar a sus cinco hijos a la "Inclusa", negra responsabilidad de la que no se salva, a pesar de los subterfugios con que después de confesar acción tan ominosa, pretende mitigarla.

Exclama Vidaurre con frase que vale bien la de Ferri, que despejando el campo de tantas prohibiciones, disminuiría la delincuencia.

¿Pero hasta dónde sería necesario ir en ese terreno? El delito no es sino la violación de la ley, el afán de saltar la barrera, de esquivar las restricciones que debemos sufrir y respetar, para mantener el equilibrio social y hacer posible el orden jurídico.

a la pena
se le
reduce
a
remedio

No olvidar

0/0

0/0

Vidaurre, en su condición de magistrado que aplica la ley, al notar las deficiencias de ella, formula a poco de reintegrarse a la Corte Suprema el año 31, una petición al Congreso para que atienda los conflictos que se presentan por la oscuridad y defectos del procedimiento penal, enfocando la exposición, que no alcanza el carácter del proyecto de ley, los dos puntos siguientes:

1.º—Arbitrariedad del Juzgador y

2.º—Pruebas; con lo que nos pone en conocimiento de las ideas reinantes que han de plasmarse en el Código Procesal del 63.

Al Congreso del 33 dirige una calurosa defensa del Jurado, que sigue siendo su institución favorita, alentando la esperanza de hacerla adoptar por el país.

“La ignorancia del pueblo—decía—que se arguye siempre contra la institución es fácil y prontamente rebatible. O el hombre no es racional o puede ser Juez en materia de hecho. Para ello no se necesita haber cursado en aulas ni colegios, ser un perfecto matemático, un jurisperito. Basta una organización distinta de la de los brutos. Y parecerá una paradoja, si nos atrevemos a decir que los brutos mismos, si tuvieran locución, podrían ser jueces de hecho. Ellos huyen del que los castiga, y se acercan al que los halaga. ¿Por qué esa diferencia? Porque tienen presente los hechos anteriores y las pruebas....”

Extendiéndose en las ideas de Pétion y demás oradores que defendieron en la Asamblea Francesa el Jurado, pasaba en ese documento a ocuparse de los tribunos del pueblo y de la publicidad de los juicios. Extendiéndose sobre este último punto escribe:

“Difícilmente nos persuadiremos que opinen contra las sentencias públicas beneméritos magistrados. El Juez de Paz, el de Derecho, y las Salas, cuando se componen de tres, se puede decir que votan en público. El que aborrece la luz, obra mal, el secreto se desea o por el cobarde, o por el ignorante, o por el injusto. Las virtudes opuestas a esos vicios, deben adornar y distinguir al buen ministro de justicia. Un noble orgullo diviniza al Juez, que desde lo alto del Tribunal representa a la Nación Soberana, toma en una mano la balanza y en la otra la espada, haciendo se presente ante el trono de la razón, los que amedrentaron a las huestes enemigas.

“Hay muchos jueces se dice, que son justos, literatos, pero pusilánimes e incapaces de arrostrar en público al poder, a los res-

defensa
del
Jurado

petos, a los maldicientes, a los bravos. Contestamos: el tímido no puede ser buen juez. El que tiene ese defecto, es indispensable que para disimular engañe. ¿Y un magistrado que engaña será jamás bueno? que renuncie el destino si le faltan las calidades de que no debe prescindirse. Si no quieren hacer este sacrificio, que superen su temperamento. Cada victoria sobre una debilidad, los va haciendo más fuertes. Desprecien a los inícuos, que los honrados los sostendrán a toda costa”.

Y de sus vastos planes penales pasa a los civiles, orden para el que redacta un proyecto de Código Civil, que en tres tomos entrega a la consideración de sus conciudadanos.

No concluyen ahí sus esfuerzos porque más tarde redacta un Código Eclesiástico al que le sirve de antecedente el curso sobre la materia, que publica el año 39 con el sugestivo título de “Vidaurre contra Vidaurre”, persiguiendo librarse de los errores pasados, pero cayendo sólo en nuevos anatemas y condenaciones.

Esta vida fructífera y generosa, llega a su término el año 41 después de haber servido a su patria en la época colonial, y a la República durante los cuatro primeros lustros de su vida independiente.

El tímido no puede ser buen juez.

LA LEGISLACION DEL 63

En los Códigos del 63 está encerrado todo el pasado del Perú, donde podemos ir a estudiar las tradicionales instituciones de la pena tasada y de la prueba objetiva.

Esos cuerpos de leyes que han regido por más de medio siglo, han dejado impresas con sus sistemas la huella de su paso y formado hábitos aún difíciles de desarraigar. Como el cadáver del Cid, ganan todavía batallas, y en sus derruidas almenas se defienden los encastillados en las viejas ideas penales.

Hasta ayer se enseñoreaba de las mentes el principio de autoridad, el dogmatismo, el casuismo que para la ciencia jurídica quiere decir legalismo, poder de la letra escrita, necesidad de que el legislador prevea todos los casos y los resuelva sujetando, automatizando al juzgador.

Qué decisivo paso dió el derecho probatorio al llegar del período primitivo, místico, supersticioso en que la astrología, el azar, las ordalías revelaban la verdad, al período legal, en que se proclamaba la confesión como la reina de las pruebas en que el testimonio iba a ser escuchado de nuevo, y se esbozaban la prueba pericial y la indiciaria, aunque supeditados todos esos medios a las operaciones y reglas fijadas de antemano por el legislador.

El sacramento de la penitencia, que según Spengler, transformaba el derecho penal orientándolo hacia el delincuente, ya que era el hombre el que aparecía ante el Tribunal de la Iglesia, entregó también el tormento revivido de la legislación romana para obtener siempre la confesión.

No se reparó en la justicia profana, que lo que para la sagrada era un fin salvar el alma, purificarla del pecado era para ella un medio con el que podía quedar confundido el inocente con el culpable.

Se identificaron situaciones diversas y se estableció la conclusión que ante el dolor era imposible guardar el secreto, no entregar la verdad deseada.

No iba a faltar nunca en los procesos la confesión, porque se obtendría de grado o por fuerza; con lo que se establecía su

PENA TASADA
PRUEBA OBJETIVA

Ante el dolor era imposible
guardar el secreto

jerarquía sobre los demás medios probatorios sujetos a la falibilidad humana y a tantas otras contingencias.

Pronto se reparó que no era posible someter a todos los procesados al tormento a tontas y a locas, con una simple denuncia; que era preciso distinguir con algún signo, en alguna forma, a quien debía sufrirlo. Y se recurrió con ese objeto a los indicios.

Aquí encontramos la mejor explicación de la desconfianza, de la repugnancia inconsciente con que se acoge todavía la prueba indiciaria y del valor subsidiario y precario que se le concede.

Ya veremos cómo en el Código procesal que vamos a estudiar no se admiten los indicios sino en el sumario, despojándolos de fuerza para fundamentar sobre ellos una sentencia.

Y nada hace más luz sobre el particular que la ley Carolina, que en su artículo 22 (6)—tan profusamente estudiado por Mittermaier—prescribía que los indicios, conjeturas o presunciones no daban mérito para condenar; y no porque el autor de dicha ley, Johann von Schwarzenberg desconfiara solo de la capacidad de los escabinos para apreciar el mérito de ellos, sino porque se les utilizaba como medio para ordenar el tormento. Alcanzada esta etapa, todo estaba demás.

Y así es como a pesar de los temores y suspicacias con que se rodeaba a los indicios, de hecho se les imponía, con todos los peligros consiguientes de usar un arma sin saber de su verdadero poder aniquilador.

El tormento fué proscrito como las ordalías habían sido condenadas por la Iglesia, y, sin embargo, por cuanto tiempo uno y otras, han seguido ejerciendo su influencia. Sólo cuando se reivindica el valor de los indicios, cuando se espiritualiza la prueba, cuando la razón toma el sitio que le corresponde caen para siempre los métodos inhumanos y contradictorios.

Y qué ha sido necesario para obtener esta transformación completa en la vida jurídica? Que el pensamiento filosófico desbordándose de los estrechos cauces por los que era conducido, inundara todos los campos y los fecundara.

Si es cierto que las ideas tienen una fuerza incontrastable e incontenible, también lo es que su trasmisibilidad es lenta, retardada, como si se operara a la distancia.

(6) Ley Carolina, Art. 22: ítem es también de notar que no puede en definitiva pronunciarse una condena y decretarse la pena, si sólo hay contra el acusado indicios sospechas, presunciones, cualesquiera que sean su número y naturaleza.

INDICIOS

INDICIOS

cuando se espiritualiza la prueba

Los diálogos platónicos que traen toda la filosofía socrática, que marcan nuevos rumbos a la conciencia, quedan oscurecidos por la reacción aristotélica que se adueña y esclaviza el pensamiento medioeval con las reglas silogísticas. Fué necesario que se levantara Bacon, aún desconociendo la fuerza platónica de las ideas, combatiendo el principio de autoridad, para que renaciera en toda su eficacia el poder de la razón para construir la verdad y desterrar el error.

El lenguaje del *Novum Organum* adolecerá de muchos defectos, mantendrá muchas inconsecuencias, pero abre sin disputa trocha que permite al hombre incorporarse sobre sí mismo y marchar adelante en posesión del mejor instrumento para despojar las incógnitas que lo rodean a cada paso y crear la ciencia moderna.

Ese instrumento no fué otro que el método inductivo, base del experimental, que anteponiéndose al deductivo, enseñó a elevarse de lo particular del hecho observado a lo general, y descubrir las leyes que rigen el mundo y todos sus fenómenos.

Cuantos siglos para libertarse de los moldes del escolasticismo que mataban la originalidad y la espontaneidad del espíritu con la rutina y la letra de sus fórmulas. Si no cabe duda que Bacon con el "*Novum Organum*" y Descartes con su "*Discurso sobre el Método*" despertaron el pensamiento del sueño en que yacía, también es lo cierto que éste volvió a postrarse ante las disquisiciones y exageraciones de las escuelas que se sucedieron, bien cayendo unas en el abismo del materialismo y otras en las nebulosidades de la metafísica. Hobbes, de un lado, con el empirismo materialista y Wolff, del otro, con el racionalismo metafísico.

Llega Kant por fin, y colocándose en el punto crucial del camino, recoge los elementos que le ofrecen los empíricos y las fuerzas espirituales de los racionalistas, y forma de esa aparente oposición la obra imperecedera de su crítica filosófica que, como él mismo lo dice, da a los hombres de ciencia, a los sabios, matemáticos, químicos, fisiólogos, médicos, legisladores, etc.—que reclusos en su ángulo, en su posición unilateral, no disponen como los Cíclopes, sino de un ojo—el otro ojo para ver las cosas no solo desde el punto de vista de cada cual sino desde el punto de vista de los demás. Este segundo ojo que es el de la filosofía crítica, rectifica la visión del primero, pesa y compara lo que tiene

con lo que le falta por adquirir, ve la extensión de las cosas y aprecia debidamente su valor.

En América, en el Perú, estábamos muy lejos de ese movimiento intelectual que únicamente se dejó sentir a fines de la última centuria.

Bacon, Descartes, Kant, eran cumbres inaccesibles a nuestra docencia, no sólo en los albores de la independencia sino al promediar el siglo XIX.

La Escolástica, la doctrina de los Padres de la Iglesia, Santo Tomás con su docta "Summa", forman el arsenal de los estudios del Convictorio Carolino, y después de las Universidades, a los que se agregaron algunos otros autores, que escapaban a la censura.

Poco se modificaba el ambiente de la República después que otras generaciones sucedieron a la de Vidaurre, Unanue, Sánchez Carrión, Luna Pizarro, Monteagudo, etc.

Enjuiciando esos primeros momentos no tenemos sino que encarecer la obra de la emancipación americana al percibir las enormes dificultades que tuvieron que vencer los hombres de la magna gesta.

¿Cómo no disculpar las luchas de nuestros mayores, sus caídas y fracasos, sus tanteos constitucionales expresados en los continuos cambios de la Carta fundamental? (7)

Absorbidos por tan graves preocupaciones, no podían dedicarse los hombres dirigentes a una tarea tan delicada como la de organizar la vida jurídica cuya realidad era difícil recoger y plasmar en Códigos, en medio de los cambiantes de la política.

(7) ESTATUTOS Y CONSTITUCIONES		
1	Estatuto de Huaura	1821
2	" " Lima	1821
3	Constitución de	1823
4	" Vitalicia	1826
5	" de	1829
6	" "	1834
7	Confederación Perú-Boliviana	1836
8	Constitución de Huancayo	1839
9	Estatuto de	1855
10	Constitución de	1856
11	" "	1867
11	" "	1860
11	" "	1867
12	Estatuto de	1879
13	" "	1919
14	Constitución de	1919
15	" (actual de	1933

Era necesario como ocurrió, que pasada la tempestad, vuel-
tas las aguas a su nivel, refrenadas las pasiones revolucionarias
se dirigiera la mirada a la madre patria para encontrar en ella
los adecuados modelos de legislación.

¿Cómo no recurrir a España, cuyas leyes por tres siglos nos
rigieron, y, que en los momentos de la insurrección eran acatadas
por disposición de San Martín en su Estatuto de Huaura?

Así fué como el Código Penal resultó un fiel trasunto del es-
pañol de 1848, y el de Procedimientos del Reglamento Provisional
de 26 de setiembre de 1835. Mejores modelos no podía buscar-
se, ya que aquel Código incorporaba en su texto el francés de
1810, pero con las reformas introducidas por la ley de 28 de
abril de 1832, que desterraba los últimos vestigios de bárbaras
costumbres: la marca y la argolla; y traía el régimen de las cir-
cunstancias atenuantes y agravantes, que dentro de un escaso
margen de flexibilidad, iniciaba la individualización de la pena,
que había de conducir a su indeterminación; y el Reglamento
Provisional recogía las instituciones de la ley Carolina con las
enmiendas del Código Josefino.

No eran más eficientes los esfuerzos desplegados en otros
pueblos, pues en la misma Inglaterra —según expresa Rossi en
su libro publicado antes de 1830— no dejaba de ser la justicia pe-
nal una terrible carnicería por el derecho de gracia y por las pia-
dosas mentiras del Jurado.

Se alejaban nuestros legisladores del Código francés de
1808, que incorporaba el Jurado importado de Inglaterra desde
1789. Nuestra Constitución de 1856 fué la primera en no admitir
la justicia popular, reaccionando de las anteriores que sucesiva-
mente la reconocieron. La Constitución de 1860 siguió en esto a
la precedente del 56. Se cerraba el paso a un régimen acusatorio
y oral, al no comprenderse la posibilidad de otorgar el criterio
de conciencia a los Tribunales regulares.

El Código Procesal del 63 se construyó así sobre un tipo
inquisitorial en el que, como hemos de ver, la organización de la
prueba recordaba o recogía la aritmética jurídica del criterio le-
gal, que supeditaba al Juez colocándolo en una verdadera situa-
ción de pasividad.

El malestar, la desazón, el afán de reforma que a poco de
promulgados los Códigos iba ganando el ambiente, podría atri-
buirse más que a la ley de fondo, a la procesal, que hacía inter-

minables los procesos y dejaba olvidados a los inculpados, sin permitir distinguir a los inocentes, a quienes arrojaban, confundidos con los culpables, en los antros de las cárceles, las apasionadas acusaciones privadas.

La fijeza o rigidez de las penas tenía que sentirse en toda su dureza con un procedimiento que por su tendencia impedía llegar a ningún género de individualización.

Esta legislación penal fué promulgada con la consagrada fórmula:

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

Por cuanto el Congreso ha dado la ley siguiente:

El Congreso de la República Peruana

Considerando:

Que es universalmente sentida la necesidad de una legislación patria en materia penal;

Ha dado la ley siguiente:

Art. 1.º—Quedan aprobados los proyectos de los Códigos Penal y de Enjuiciamientos en materia penal, revisados por la Comisión nombrada al efecto el 18 de marzo de 1861.

Art. 2.º—El primero de enero de 1863 se efectuará la promulgación solemne de los referidos códigos, en esta Capital, por el Presidente de la República, y en los de cada departamento, provincia litoral, provincia y distrito, por los respectivos prefectos, subprefectos y gobernadores; y al día siguiente principiarán a regir en toda la república.

Art. 3.º—El Ejecutivo mandará hacer una edición de estos códigos, para distribuirlos entre los diversos Tribunales y Juzgados y venderlos al público por el costo.

Art. 4.º—La Comisión revisora se encargará de dirigir la impresión y cuidar de la pureza y exactitud del texto.

Art. 5.º—No podrá concederse privilegio para la edición, ni para el expendio de estos códigos; quedando a cargo del Ejecutivo cuidar de que se conserve la fidelidad del texto.

Comuníquese al Poder Ejecutivo para que disponga lo necesario a su cumplimiento.

Dado en Lima, a los veintitrés días del mes de Septiembre del año de mil ochocientos sesenta y dos.

José Silva Santisteban, Vice-Presidente del Senado.—*José María Pérez*, Presidente de la Cámara de Diputados.—*Francisco Chávez*, Secretario.—*Epifanio Serpa*, Diputado Secretario.

Al Presidente de la República.

Por tanto: mando se imprima, publique y circule y se le dé el debido cumplimiento.

Dado en Lima, a 1.º de Octubre de 1862.

RAMÓN CASTILLA.

Juan Oviedo.

Lima, Enero 5 de 1863.

Excmo señor:

El Congreso, en atención a las dificultades que han sobrevenido relativamente a la edición de los códigos en materia penal; ha resuelto que su promulgación se verifique el 1.º de Marzo próximo; y que el Código Penal se venda a cuatro reales ejemplar, y el de Enjuiciamientos a dos.

Lo comunicamos a V. E. para su cumplimiento.

Dios guarde a V. E.

José Silva Santisteban, Vice-Presidente del Senado.—*José María Pérez*, Presidente de la Cámara de Diputados.—*Francisco Chávez*, Senador Secretario.

Excmo, señor Presidente de la República.

Lima, a 7 de enero de 1863.

Cúmplase y publíquese.—Rúbrica de S. E.—Vidaurre.

Lima, a 20 de enero de 1863.

Estando terminada la impresión de los Códigos en materia penal, y debiéndose garantizar la autenticidad de su texto: se declara que solo se considera como edición oficial la que lleve la rúbrica del Ministro de Justicia.

Rúbrica de S. E.

Vidaurre.

CODIGO PENAL DEL 63

Entre las muchas comisiones que recibieron el encargo de preparar la legislación penal, la nombrada por el Congreso de 1853 y constituida por los Senadores, don Gervasio Alvarez, don Pablo Cárdenas y don Santiago Távara, y los diputados, doctores don Carlos Pacheco, don Mariano Gómez Farfán, don Manuel Toribio Ureta, don Ignacio Novoa y don Gregorio Galdos, logró en parte su objeto presentando al efecto un proyecto de Código Penal.

La Convención Nacional de 1856 designó a los doctores don José Simeón Tejeda, don José Gálvez, don Santiago Távara, don Ignacio Novoa y Benavides y don Tomás Lama para revisar el indicado proyecto y redactar el de Enjuiciamiento Penal.

Cumpliendo su primer cometido don José Simeón Tejeda elevó al Congreso del 59 el texto revisado de Código Penal, con la nota de remisión que copiamos en seguida:

"Lima, a 20 de mayo de 1859. A los señores Secretarios del Congreso Extraordinario. SS. SS. La Comisión codificadora en materia penal tiene la honra de presentar a la actual legislatura el resultado de sus tareas. Persuadida de que el Congreso al sancionar el Código no discute una a una sus disposiciones, sino que juzgando del conjunto lo aprueba o lo reserva, cree la Comisión que le es indispensable dar cuenta del sistema que domina en el Código y de las innovaciones que contiene.

"La simple comparación entre el proyecto primitivo y el que hoy se presenta, bastará para dar una idea cabal de las mejoras que ha recibido el segundo. La Comisión no cree haber inventado nada en la materia porque está convencida que la legislación penal, como toda ciencia social, es un edificio levantado por la sabiduría y la experiencia de todos los siglos, y que muy de tarde en tarde se obtiene alguna mejora, fruto de luminosos y prolongados debates.

"La Comisión no ha hecho ni debido hacer otra cosa que adoptar lo más conveniente a la sociedad peruana, estudiando sus costumbres, su carácter y sus inclinaciones; tarea sin embar-

go tan delicada y difícil que por si sola constituye cuanto hay de más trascendental y grave en este ramo. Para aplicar la ciencia a los intereses de la sociedad y para hacer prácticos los principios de legislación, las naciones cultas han invertido dilatados años, no obstante de haber empleado los talentos más distinguidos.

“La Comisión al medir la distancia que existe entre su pequeñas facultades y la magnitud del objeto que se le encomendó, ha procurado suplir con su esmero y contracción las dotes de que carecía; y bajo de este concepto tiene el íntimo convencimiento de que ha llenado cumplidamente sus deberes y vencido no pocas dificultades, a pesar del estrecho tiempo que se le había señalado.

“El proyecto que hoy se presenta contiene en su primer libro las reglas indispensables para calificar los delitos, apreciar las circunstancias que los modifican y procurar la exacta aplicación de las penas. En este punto se ha consultado la claridad y la precisión posibles huyendo de toda definición que además de ser extraña en el cuerpo de una ley, ofrece graves peligros cuando ésta se aplica. En cuanto a las penas, se ha preferido adoptar las más generalmente recibidas y que están en armonía con los sanos principios de la moderna legislación; cuidando de que en ellas exista una tendencia al mejoramiento de los criminales al lado de su condigno castigo y del saludable ejemplo que éste debe producir en la sociedad.

“Después de fijada la escala penal se propuso la Comisión, quizá con demasiada confianza, avanzar algo en el difícil problema de restringir en los jueces la arbitrariedad dándoles una regla fija para la imposición de las penas, sin que por esto, quedasen desatendidas y sin castigo las demás circunstancias que no puede preveer la ley y que aumentan o disminuyen la culpabilidad del delincuente. Este designio la ha inducido a dividir cada una de las penas en cinco grados y cada grado en tres términos, a fin de que el arbitramiento del juez oscile cuando más entre término y término de los que constituyen la subdivisión de cada pena; de suerte que el agravio que pudiera causarse con una sentencia discrecional sea por si mismo tan pequeño que no se resientan gravemente ni el individuo ni la sociedad. La Comisión para no extraviarse ha consultado los códigos de las más adelantadas naciones y las obras que se consideran como clásicas en

la materia y aunque no se lisonjea de haber logrado totalmente su propósito cree haber disminuido la extensión que tenía la arbitrariedad de los jueces.

“El Código Español ha servido de una luminosa guía en este trabajo, y la Comisión juzga propio de su sinceridad rendir aquí el homenaje debido, confesando que después de meditados estudios ha creído encontrar en sus disposiciones los más saludables principios y las mejores indicaciones de la ciencia. Esta confesión será en cierto modo una prenda de seguridad en favor de nuestros aciertos, porque estando las actuales costumbres de los peruanos vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes y del idioma de Castilla no era posible alejar nuestro proyecto de aquellas acertadas disposiciones. La Comisión ha juzgado que el verdadero filósofo no aspira a la originalidad, y que únicamente se resigna a ser solo de su opinión cuando impera la evidencia. Bajo de este concepto ha procedido a reformar la escala de penas suprimiendo las que ha juzgado inaparentes y dando a las que ha adoptado tal sencillez que pueda aplicarse el Código con suma facilidad en todos los lugares de la República. El estado del país así lo exigía, también el principio de derecho de que si a nadie excusa la ignorancia de la ley, es un deber del legislador hacerla accesible a la mayoría de las inteligencias.

“Suprimida en el Perú la pena de muerte, la Comisión ha colocado a la cabeza de la escala de penas la de prisión en penitenciaría, designando el grado competente para reemplazrila. Esta pena bastante severa y moralizadora llenará con ventaja el vacío que dejaba la pena indivisible e irreparable por esencia: la pena capital. Si ésta llegara alguna vez a establecerse, no por eso quedaría deficiente el Código, pues siendo pocos los casos en que deba aplicarse será fácil la sustitución recíproca de ambas penas.

“La Comisión se ha detenido en dar una ligera idea sobre la estructura del primer libro, porque es la clase de todo Código, y porque en sus artículos se encuentra lo más sustancial de la obra.

“No sería fácil proceder del mismo modo al dar cuenta de los dos últimos libros en los que si algún mérito corresponde a la Comisión, será el de haber procurado lo concerniente al orden, enlace, buen método y claridad en la redacción que es su principal ornato. Por este motivo solamente indicará respecto de ellos las alteraciones que ha practicado y las mejoras reales

que ha introducido de acuerdo siempre con las exigencias de la sociedad y con los principios del derecho.

“El libro segundo comprende la clasificación y castigo de los delitos de manera que las circunstancias que los acompañen sean las que formen la diferencia que en otros códigos se encuentra establecida a priori. Por ejemplo en el homicidio están incluidos el parricidio, el infanticidio, que no son otra cosa que el mismo delito con circunstancias más o menos graves; y como el arbitramiento del juez tiene sus límites fijos, según se ha expuesto, el aumento o disminución de la pena está perfectamente demarcado. Este método se observa en el castigo de todos los delitos que forman por decirlo así grupos especiales.

“Conviene llamar la atención del Congreso hacia el título de deudores punibles. Hace largo tiempo que el aumento e impotencia de las transacciones mercantiles exigían la prisión por deudas, pero los Congresos vacilaron y con razón, porque se solicitaba nada menos que el castigo de un hecho que podía no ser un delito. Existía de otro lado el inconveniente de ver sacrificados a los acreedores, o cuando menos el de verlos envueltos en un incierto y dilatado litigio para probar la culpabilidad de deudores que hábilmente eludían su responsabilidad. Colocarse en el justo medio asegurando la defensa del deudor inculpable, sin perjuicio de franquear al acreedor los medios de conseguir la imposición de una pena contra su deudor de mala fé, es a lo que se ha contraído la Comisión, y cree haber conseguido su objeto sin faltar a los verdaderos principios de justicia.

“El deudor solamente será penado cuando no pruebe de un modo sumario que en él concurrieron las circunstancias adversas que le impidieron llenar sus deberes; circunstancias que no pueden ser otras que las señaladas por la ley.

“El libro tercero está reducido a menores dimensiones que las del antiguo proyecto, porque se advirtió que las faltas en materia grave no eran sino los mismos hechos enumerados en el libro segundo y que carecía de las condiciones necesarias para constituir delitos. Por esta razón bastaba establecer, como se ha hecho el título octavo, las reglas para castigarlas con penas leves.

“En cuanto a la ejecución de las penas ha sido indispensable determinar en el proyecto los lugares donde deben cumplirse el arresto mayor y menor, la reclusión, la cárcel propiamente dicha y la penitenciaria. En esta parte la Comisión confía en que el Congreso y el Gobierno, según sus altas atribuciones dis-

DEUDORES
PUNIBLES

LIBRO
tercio

FALTAS



pondrán lo conveniente sobre el establecimiento de cárceles en todos los distritos de la República, y sobre los reglamentos que deben regirlas.

“No habiendo obstáculo alguno para que el Código Penal se ponga en práctica con los procedimientos judiciales que hoy se observan, la Comisión se permite indicar este punto, pues entiende que no hay razón para dilatar el tiempo de que el Perú tenga leyes penales propias. La sección adicional del Reglamento Orgánico de Tribunales suplirá los vacíos que pudieran notarse mientras se concluye el Código de Enjuiciamientos, cuyos trabajos preparatorios no han podido organizarse a pesar de los vivos deseos de la Comisión. Tampoco debe embarazar la circunstancia de hallarse inconcluso el edificio de la penitenciaría, y con este objeto se ha provisto en sección adicional los medios de suplir esta pena con las cárceles y presidios actuales.

“Al terminar esta ligera exposición que en nombre de sus colegas dirige el que suscribe a los legisladores de su patria, no puede dejar de poner los ojos en el destino de este Código. Cualquiera que sea no se disimula la Comisión que su obra podía “contener errores inevitables en su inexperiencia y aislamiento”; más nos anima una confianza y es que el tiempo se llevará los errores y dejará algo útil en favor de nuestros conciudadanos.

“Sírvanse U. S. S., señores Secretarios, elevar esta nota al conocimiento del Soberano Congreso.

“Dios guarde a U. S. S.

“José Simeón Tejeda”.

Expedida antes de discutirse ese proyecto la Constitución del 60 y puesto a disposición del Congreso el proyecto de Código de Enjuiciamientos Penal, la legislatura de 1861 creyó necesario nombrar una tercera comisión que examinara el último proyecto, las observaciones formuladas por la Excma. Corte Suprema al primero y atendiera a las modificaciones exigidas por la nueva Carta Política.

Quedó constituida la comisión revisora de ambos códigos por los Senadores, doctores: don Manuel Macedo, don José Silva Santisteban, don Juan de la Cruz Lizárraga, y los diputados, doctores: don José María Pérez, don Epifanio Serpa, don Isaac Suero y don Evaristo Gómez Sánchez.

Vemos que el proyecto se pronunciaba por la abolición de la pena de muerte, fijando en sustitución de ella la de penitenciaría en quinto grado, o sea veinte años de esa pena.

Del debate sale desechada esa penalidad y mantenida la pena capital para el homicidio calificado y el parricidio.

La penitenciaría se reduce a cuatro grados con sus respectivos términos máximo, mínimo y medio.

Las penas del modelo español se simplifican formando una escala descendente de la pena de muerte y de penitenciaría a la de cárcel, reclusión, arresto mayor y menor, considerando además los de expatriación y confinamiento, amén de la multa.

Salvadas de otro lado las diferencias del orden monárquico al republicano presenta el Código aprobado todos los caracteres del español de 1850, o mejor digamos, al del 48, que parece ser la verdadera fuente. Uno y otro están formados de tres libros, ocupándose el primero de los principios generales de delincuencia y de penalidad. El segundo, de los delitos y las penas, y el tercero, de las faltas, casi sin diferencia en el articulado, porque el peruano llega a 400 artículos y el español a 407.

El Código del 63 por el sistema en que se inspiraba, los propósitos que realizaba y el cuidado con que fué preparado y redactado mereció ser calificado por Víctor M. Maúrtua, como un Código serio, claro, elevado y de técnica perfecta.

Los que colocándose en el extremo de las teorías o doctrinas penales le hacen objeto de sus más severas críticas, al no aceptar su orientación moral sobre el delito no reconocen que logró salir dactado mereció ser calificado por Víctor M. Maúrtua, como un Código serio, claro, elevado y de técnica perfecta.

El régimen de las circunstancias tanto objetivas como subjetivas, persuade que se persiguió con ellas una realidad penal; y que por medio de esa institución el Jurado francés abrió el camino de la individualización de las penas. Declarada por el Juez una circunstancia atenuante caía irremisiblemente la pena de muerte. Se disminuía en otros casos insignificadamente la penalidad por el principio restrictivo de las sumas y restas de esas circunstancias, y del precepto limitativo de no rebajar la atenuante sino un término; pero no dejando de dar cierta flexibilidad al sistema el principio contenido en el artículo 60 que contemplaba la influencia de las eximentes, la imprudencia temeraria, el descuido o la falta de discernimiento.

Víctor M. Maúrtua alaba este Código
como serio, claro, elevado y de
técnica perfecta.

Pena capital
para
Homicidio
calificado y
Parricidio

El C. P.
Peruano
400 arts.

Lo que cohonestaba la incipiente flexibilidad, lo que la paralizaba indiscutiblemente era el criterio legal que impedía al Juez tener una visión humana y exacta de las cosas. Pero sin que fuera la pena, como lo decía Ferri, una etiqueta, que preparada de antemano, se colocaba en la espalda de un maniquí.

Evidentemente que no dejaban de vivir en un mundo distinto los que haciendo la apología del Código español del 48, se expresaban en la siguiente forma:

"El pensamiento o sistema que reina en el Código es ecléctico, esto es, el que conciliando los demás sistemas exclusivos y alejándose del rigor de las teorías establece para cada caso el medio de represión que considera más adecuado. Se ha revisado no solo el mal que materialmente produce el delito sino también la intención que en perpetrarlo se tenga".

"Con respecto a la pena se ha buscado no solo que fuese bastante para retraer al hombre sino que también se ha calculado lo que debía imponérsele en razón de la justicia.

"Hállase, además, basado el Código en principios muy científicos con respecto de la imposición de las penas. Estas se dividen en tres grados, y un método bien entendido y apreciado de las circunstancias atenuantes o agravantes de cada hecho punible y de si se le ha perpetrado en calidad de autor o de cómplice.

"O de si solo se intentó; y de si se ha, únicamente sido encubridor del mismo, conduce al Juez por la mano en cada caso y evita cuasi del todo la arbitrariedad; este sistema hace la ventaja de uniformar el Código puesto que fijada en él la pena que corresponde al autor del delito consumado, resulta, por consecuencia precisa la que corresponde para el mismo delito si éste se ha intentado o si los actos del delincuente han sido frustrados como también corresponde a los cómplices y encubridores del mismo con las correspondientes modificaciones para cada uno según fuesen el número de circunstancias atenuantes o agravantes que hayan influido en su perpetración.

"Eso no obstante, creemos que produce bastantes confusiones, puesto que la trabazón del sistema dificulta mucho su clara inteligencia".

El Código Penal del 63 desempeñó para su época dentro de nuestras deficiencias carcelarias una función eficiente y humanitaria. No guardó dentro de sus instituciones penales ninguna que recordara bárbaras costumbres. Aparte de la capital, que casi

Ferri
dice que
la pena es
una etiqueta

nunca tuvo oportunidad de aplicarse—quizás por la atingencia que se hiciera a Maúrtua en la Sociedad de Prisiones de París por ser nuestro juez de fallo unipersonal—, sus penas han tenido un carácter benigno siendo dirigidas solo contra la libertad y alejadas de toda idea infamante o de castigo corporal.

Tan cierto es esto que leyes posteriores aumentaron la penalidad para ciertos delitos como los de contrabando y robo de ganado en campo abierto o los practicados con fractura y escalamiento.

Su capítulo sobre reparación civil respondía en tan acertada forma al ejercicio de esa acción que el Código del 24 lo incorporó íntegramente en su texto.

Las deficiencias de que no podía carecer un Código de larga vida y venido de tan lejos se marcaban en su manera de tratar la delincuencia, de apreciar la irresponsabilidad, de ignorar los múltiples factores que influían sobre el agente, de envolver sobre sus mallas estrechas a los adolescentes y menores; haciéndose ellas más notables a medida que ganaba terreno el principio de la “pena indeterminada”. Se comprende que su estructura y su técnica estuvieron reñidas con aquella institución renovadora de la penalidad.

CODIGO DE ENJUICIAMIENTOS EN MATERIA PENAL DEL 63

Aunque recibido por el Parlamento, el proyecto del Código Procesal, dos años después del sustantivo, siguió la marcha de éste, pasando por la misma comisión, siendo aprobados y promulgados ambos, como hemos visto, conjuntamente.

Don José Simeón Tejeda como Presidente de la Comisión Codificadora lo elevó al Congreso con la nota que transcribimos y que importa una verdadera exposición de motivos como podrá apreciarse.

“Lima, a 7 de marzo de 1861.

“A los señores Secretarios del Congreso.

“SS. Secretarios:

“La Comisión codificadora tiene la honra de elevar al Congreso por el digno órgano de U. S. S. el proyecto del Código de Enjuiciamientos en Materia Penal.

“La benevolencia con que las personas entendidas acogieron el anterior proyecto de que este es su complemento, no fué bastante para alentar a la Comisión en su segundo trabajo, cuya gravedad se percibe desde que tiene por objeto resolver el difícil problema de asegurar el castigo de los delitos, dejando expedita la acción del acusador y los medios de defensa al acusado. Para acometer esta empresa ha sido necesario que los miembros de la Comisión se olvidaran de si mismos y de sus pequeñas facultades, teniendo solo en cuenta el sagrado deber que se les había impuesto y la halagüeña esperanza de que el Perú, a través de su inconstante política pudiera fijar las bases de la justicia que una vez aseguradas en lo civil y penal son la verdadera garantía del orden público.

“La Comisión al examinar los procedimientos judiciales que a este respecto observan los países civilizados tuvo el sentimiento de notar que la mayor parte de ellos carecía de un código or-

ganizado y que solamente se regían por prácticas diseminadas y a veces contradictorias. La misma nación española que lleva doce años de codificación en esta materia, no ha podido hasta hoy, alcanzar el fruto de su trabajo lo que prueba la gran distancia entre determinar los delitos y la pena que les corresponde y establecer el sistema de preceptos que forman, por decirlo así, el arte de averiguar y conocer con infalibilidad jurídica la inocencia o criminalidad de un acusado, impidiendo la arbitrariedad en el juez y en el acusador y testigos, la malicia y la impostura.

“Sin embargo de estas dificultades la Comisión procedió con firmeza a reunir, clasificar y reducir a sistemas los preceptos, usos y doctrinas relativas a los procedimientos, obligando la confianza de que el actual Congreso sancionaría ambos Códigos que por imperfectos que se les suponga, están más adelante que las leyes que nos siguen.

“El actual proyecto contiene en su primer libro las reglas invariables de los enjuiciamientos sacados del simbolismo y reducidas con el auxilio de la ciencia a proposiciones claras, sencillas y precisas; entre ellas figuran las disposiciones necesarias para fijar los límites de la jurisdicción nacional que más de una vez han puesto en conflicto a los gobiernos con cuestiones internacionales, y se ha cuidado en esta importante materia, de consignar solamente las principios generales del derecho de gentes, dejando la parte variable del derecho convencional.

“En el libro segundo, que es el más importante del Código, ha tratado la Comisión de organizar los procedimientos que constituyen el sumario, dándoles un enlace rigurosamente lógico, de manera que los jueces, por poca versación y sagacidad que tengan sean conducidos por el mismo Código de una diligencia a otra, sin dar lugar a dudas e indecisiones. Con este objeto ha reunido en una sola sección todo lo que es indispensable para comprobar el delito y la persona del delincuente reservando para otra las diligencias que no tanto se dirigen al descubrimiento del delito y de sus autores, cuanto a preparar el auto de sobreseimiento o de la elevación del juicio a plenario.

“En el libro tercero, que es el que comprende el verdadero juicio criminal, se ha combinado al libertad de la acusación y defensa con la celeridad de los procedimientos, haciendo desaparecer de esa manera los trámites excepcionales para los delitos de hurto, robo y homicidio, que, considerados filosóficamente no estaban conformes con la equidad, porque si de una parte la gra-

vedad de esos delitos inclinó al legislador a establecer procedimientos especiales, por otra resultaba una desigualdad contra el reo que merecía pena mayor, al cual se le restringían los términos y la defensa. Según las disposiciones proyectadas los procedimientos son rápidos y generales para todo delito.

“En cuanto a las excepciones de que tanto abusa, para dilatar los juicios, se ha establecido, no sin profunda meditación y con el voto de personas competentes que solo se admitan y decidan previamente aquellas que anularían el juicio, si así no se hiciera, debiendo las demás sustanciarse separadamente y resolverse al mismo tiempo que la causa principal.

“Las diligencias más delicadas del juicio criminal son las que se refieren a las pruebas, principalmente a la testimonial: la Comisión ha cuidado a este respecto, de fijar, no solamente los puntos, a que debe contraerse esta prueba sino también de formular el único modo con que ha de examinarse al reo, al agraviado y a los testigos, desterrando así esa especie de tiranía inquisitorial que condena la civilización y la justicia. En la prueba instrumental, la Comisión no ha podido menos que modificar el precepto de que las costas habidas ilegalmente no producen efecto alguno, pues lo absoluto de esta disposición podía comprometer la inocencia de un acusado, en quien habría de ejecutarse irremisiblemente una pena a pesar de que un documento de ese género pudiera ser un indicio en su favor, o probar por sí sólo la coartada, la diversidad de la persona y acaso la inocencia del acusado.

“La última sección de dicho libro contiene también el juicio sobre faltas, quedando sustituidos con ventaja, los defectuosos Reglamentos de Jueces de Paz.

“En cuanto a los juicios especiales que ocupan el libro cuarto, la Comisión había preparado sus trabajos para incluir el de imprenta, el de responsabilidad de los magistrados políticos y judiciales, y otros de grave trascendencia en el orden público; pero ha creído obrar con prudencia no incorporándolos en este Código, a fin de evitar que se comprometa su sanción a los fines de nuestra política variable, cuyas oscilaciones sigue la prensa, no solo en sociedades nuevas como la nuestra, sino aún en las más adelantadas en civilización y cultura. El juicio de residencia, que es una especie del de responsabilidad en general, ha recibido en este proyecto una estructura capaz de dar resultados prácticos.

"La Comisión, al anunciar por órgano del que suscribe, que ha terminado la honrosa tarea que se le encomendó, cree haber llenado su deber, presentando el proyecto a la primera legislatura. Si ha conservado la calma necesaria a sus delicados trabajos, en medio de los apremios que se le hicieron, no ha sido sino porque un objeto más alto y más noble la animaba: a esto debe el abrigar hoy la conciencia de que el proyecto, aún para los que lo lean con el exclusivo designio de encontrar defectos, aparecerá como una base en la que pueden operarse, con la práctica y el estudio de los magistrados y jurisconsultos, las mejoras a que marchan todos los Códigos del mundo.

"Sírvanse U. S. S. hacerlo así presente al Soberano Congreso, en nombre de la Comisión que tengo el honor de presidir.

"Dios guarde a U. S. S. SS. SS.

"José Simeón Tejeda".

184 art.
3 LIBROS
ante
El proyecto, en el debate legislativo, no sufre reformas en su estructura si bien se le reduce en su articulado. De los 495 artículos con que fué presentado solo aparecen 184 en su texto definitivo, repartidos en tres libros, en lugar de los cuatro primitivos. El primero se ocupa de la jurisdicción de los jueces y otras personas que intervienen en los juicios. El segundo de las diligencias del juicio criminal, y el tercero de la sustanciación de los juicios.

Los comentaristas de la ley procesal no la refieren a un texto determinado, y el doctor Tejeda no le asigna ascendencia como sí lo hizo respecto al sustantivo.

Pero la hibridez con que aparece tratada la acción pública en que junto al Ministerio Público se coloca la querella que anula o entorpece su función, acusa la influencia de la Constitutio Criminalis Carolina que en 1532 dictó Carlos V para el Sacro Romano Imperio y que viene a través de las correcciones del Código Josefino a inscribirse en el Reglamento Provisional de 26 de septiembre de 1835, ley procesal española de la que se ha servido, sin duda, como fuente más próxima y de más fácil acceso, el legislador americano.

"Es a esas leyes, también, a las que se debe la separación del proceso en sumario y plenario, y la típica organización que alcanza la prueba dividida en plena y semiplena.

Proceso

Sumario
plenario

Prueba

plena

semiplena

sobre el acusado pesaba el sumario
como loza funeraria -

El distinguido presidente de la Comisión Codificadora se esforzó por asegurar principalmente la eficacia del testimonio "destronando la tiranía inquisitorial que condena la civilización y la justicia" tanto más que era un convencido de la importancia de aquella prueba, que la estudia magistralmente en dos artículos que hemos leído en la Gaceta Judicial de 1861. Pero estos propósitos como los de garantía y rapidez del proceso tenían que fracasar en un procedimiento escrito y secreto en que la defensa llegaba tardíamente o en el nombre, en el plenario, cuando sobre el acusado pesaba el sumario como loza funeraria.

eficacia
del
testimonio

No podemos hacer mejor crítica del sistema probatorio que reproduciendo los diez artículos de ese título.

"Art. 98.—Las pruebas en materia penal, pueden ser materiales, testimoniales, instrumentales, orales y conjeturales.

CLASES
DE PRUEBAS

"Art. 99.—La prueba es plena, cuando la única consecuencia que de ella puede deducirse es la culpabilidad del acusado; y semiplena, cuando no excluye la posibilidad de que el acusado sea inocente o menos culpable, en el delito que se le imputa.

PLENAS
SEMI PLENAS

"Varias pruebas semiplenas forman plena prueba, cuando concurriendo contra una misma persona hacen imposible su inocencia. Si el acusado contradice y destruye alguna semiplena prueba de las que reunidas formaban prueba plena, queda ésta destruída.

"Art. 100.—La prueba material puede consistir en el mismo cuerpo del delito, en sus vestigios o en los instrumentos con que se cometió.

PRUEBA
MATERIAL

"Esta prueba se invalida, si no se descubre al delincuente durante el término de la prescripción.

"Art. 101.—Las declaraciones de los testigos constituyen la prueba testimonial.

TESTIGOS

"Para que esta prueba sea plena, se requiere que exista cuerpo de delito, y que haya por lo menos dos testigos presenciales de excepción, conformes en cuanto a la persona, al hecho, al tiempo y al lugar.

"La declaración de un testigo prueba semiplenamente, si da razón de su dicho, si no lo da o hace una cita que no puede absolverse, se reputa presunción.

PRESUNCION

"Cuando no hay cuerpo de delito, la prueba testimonial no tiene valor alguno.

"Art. 102.—Las declaraciones de los testigos que discor-
dasen esencialmente en cuanto a la persona, hecha, lugar o tiem-

po, las apreciará el Juez como indicio, presunción o semiplena prueba, según su prudente juicio.

"La discordia de los testigos no altera la plenitud de la prueba testimonial, cuando se refiere únicamente a las circunstancias accidentales de la persona, hecho, lugar o tiempo.

"Art. 103.—La prueba instrumental puede constar de documentos auténticos, públicos o privados.

PRUEBA

INSTRUMENTAL

"Los instrumentos auténticos y los públicos hacen plena prueba excepto en delito de falsificación del mismo documento; en cuyo caso, se debe probar de otro modo la criminalidad del autor.

"Los instrumentos privados que se otorgaron antes que se cometiese el delito, hacen prueba semiplena, legalmente reconocidos.

"Art. 104.—El reconocimiento de peritos, y el cotejo que verifiquen de la letra o firma del acusado, es semiplena prueba, cuando hay conformidad en los dictámenes. Si no hubiese conformidad, la opinión del dirimente solo servirá para convertir en indicio el instrumento reconocido o cotejado.

"Art. 105.—La prueba oral consiste en la confesión del reo; y para ser plena, necesita los requisitos siguientes:

"1.º—Que esté legalmente producida,

"2.º—Que sea libre y espontánea,

"3.º—Que exista concepto del delito,

"4.º—Que cuando menos esté probada semiplenamente, por otros medios distintos de la confesión, la criminalidad de que el reo se confiesa delincuente.

"Art. 106.—La confesión del reo, unida solamente a indicios, nada prueba en contra suya.

"Art. 107.—La prueba conjetural se forma de indicios, y solo tiene valor en el sumario."

¡Cuánta complejidad, cuántos requisitos, cuántos problemas para obtener la prueba plena! La confesión obtenida libremente valdría como semiplena prueba y carecería de valor como la testimonial si no existiera cuerpo de delito. La doctrina romana sobre esta materia llevada a su límite. Eso es simplemente lo aparente. Si el cadáver constituye el cuerpo del delito del homicidio, también lo forman los instrumentos, efectos, huellas, rastros y señales que no faltan para un querellante o para su experto abogado, como tampoco los dos indispensables testigos.

Si en la antigüedad no dejaba de obtenerse la confesión por

PRUEBA ORAL

PRUEBA CONJETURAL

medio del tormento, la prueba testimonial la sustituye aquí, siendo, por lo mismo, innecesarios los indicios.

Nada de esto se comprende bien si no se piensa en los odios y rencillas de los pueblos, de los bandos en que están divididos eternamente, como Capuletos y Montescos. Y que la querella daba pábulo al desborde y desenfreno de las pasiones que arrastraban tras de ellas a autoridades judiciales y políticas.

La ilusión o la esperanza en la eficacia de la obra codificadora se desvanece ante la realidad que moldea y deforma los más claros y los más fuertes principios.

Por eso se comprende el peligro de no asegurar el cumplimiento de los más enérgicos preceptos contra los llamados a ejecutarlos.

No es por otra cosa que el derecho procesal se ha llamado garantizador y sus disposiciones se consideran de orden público.

¿Cuáles son las garantías que el legislador del 63 daba para el uso y afirmación de su ley procesal en un régimen escrito e inquisitorial en el que como decíamos, la defensa se iniciaba tardíamente y por lo tanto, ineficazmente?

¿Cuál la garantía contra el mismo juez, contra las asechanzas de la parte agraviada constituida en querellante, frente a un Ministerio Público de débil y rudimentaria organización?

La pluralidad de instancias, la apelación y el recurso de nulidad y la fundamentación de los fallos exigida al Juez. Veamos en qué se resuelven dentro del sistema, estas seguridades.

La fundamentación del fallo implicaba una operación aritmética, sumas y restas de quebrados y de enteros. El Juez del Crimen queda en un estado de pasividad como un Juez civil mientras se produce la prueba; o se constituye en verdadero Inquisidor que no ve en cada procesado sino un verdadero criminal, sobre el que hace recaer el peso de la justicia siguiendo la máxima que quiere huir de la impunidad: "la pena sigue al delito como la sombra al cuerpo que la proyecta".

Entre aquellos extremos podemos encontrar, al Juez ponderado, ecuánime, humano, en cuyas manos enérgicas se convertirán en nada aquellas pruebas cuidadosamente definidas y valoradas. Resultará desarmado contra el crimen, contra la malicia, surgiendo para él la incertidumbre, la duda a cada paso, de las que no tendrá como salir porque todo el cúmulo de sus razonamientos, de sus generalizaciones, lo transforma la aritmética.

*Derecho
Garantizador*

Garantías

*FUNDAMENTACIÓN
DEL FALLO*

*MAXIMA
que quiere huir
de la impuni-
dad.*

La defensa se iniciaba tardíamente

tica jurídica en semiplenas pruebas, que en último análisis valdrán en el sumario, pero que se esfumarán en el plenario.

Podría llegar a abrir el juicio: es decir, pasar al plenario, porque para librar mandamiento de prisión no exige la ley sino cuerpo de delito y semiplena prueba. Pero si en el sumario se han agotado todos los esfuerzos, por qué misterio van a aparecer nuevos elementos en un término corto de la prueba fijada en seis días con un máximo improrrogable de quince —si no las fabrican a su amaño y satisfacción cualquiera de los interesados, el querellante o el acusado.

En ausencia de la prueba plena requerida no habrá sino que dictar la absolución de la instancia, dejando así abierto el proceso hasta que llegue la prescripción, desempeñando esta institución nacida de la dualidad, que permite formar un criterio moral frente al criterio legal —el non liquet de los romanos— la función de la imaginada y terrible espada de Damocles sobre la cabeza del absuelto. Nada más inútil y nada más anti-jurídico que la absolución de la instancia.

La apelación y el mismo recurso de nulidad en estas condiciones no ofrecían solución a tantos males al no poderse oír la voz del acusado y recaer la revisión sobre la aritmética del juez o sobre las omisiones y defectos procesales que determinaban las insubsistencias, que reponían el proceso al estado de carátula, si no se había por ejemplo citado al reo para el sumario, o no se había llenado alguna otra formalidad de las muchas cuyo incumplimiento acarreaba esa sanción.

Empezar de nuevo después de haber pasado el acusado en la cárcel muchos y largos meses si no años, siendo en tantas ocasiones inocente.

Qué abismo entre esta obra de nulidad mínima, opaca, tardía, y la que realiza la Corte Suprema frente a los Tribunales Correccionales en la que no solo uniforma la jurisprudencia sino ajusta las resoluciones a la realidad, mediante su doble función de Casación o reformadora, premunida de los mejores elementos que aseguren su acierto.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA CRIMINAL DEL 20

Bien sabemos cómo los grandes descubrimientos—de la hazaña de Copérnico al viaje de Colón—, impulsados por ideas renovadoras escribieron para la Historia los primeros capítulos de la vida moderna. Los últimos los estamos viviendo con el incesante progreso de la Ciencia, que desde su lejanía estelar alientan Bacon y Descartes, permitiendo a nuestro pensamiento hacerse dueño de sí mismo, y, a nuestra razón, sin perderse en los vuelos a los que la impulsaba la sola fantasía, afirmarse sobre la ruta marcada por los verdaderos métodos.

La observación y la experiencia rinden en todos los campos de la actividad óptimos frutos. Nos hacen humildes, parcos, severos y nos elevan hasta los cielos en los que escrutamos sus misterios.

Es lugar común, decir que el estudiante de hoy sabe lo que ignoraba el sabio de ayer, conoce la estructura del átomo y las posibilidades de su desintegración, tiene la visión ampliada del alma con los campos del inconsciente, siente libertado su espíritu con el instrumento crítico que se pone en sus manos, y con su lenguaje adquiere fuerzas para dominar la realidad circundante y formarse su mundo propio.

Por las enseñanzas de Kant comprendemos que el mundo es esa realidad para nosotros, por las formas del pensamiento que le imponemos, y que de suprimir ese aspecto subjetivo desaparecería toda pretendida objetividad.

¿Y todo ese cúmulo de verdades se perdería para la ciencia jurídica? ¿No aprovecharán sus disciplinas del método experimental, del método inductivo para reorganizar su prueba, convencién dose que los hechos en sí nada valen, como lo afirmaba Claudio Bernard; que la confesión y el testimonio al revelar hechos, necesitan ser estudiados cuidadosamente, criticados e interpretados para recoger, como el oro puro de la ganga que lo envuelve, la parte de verdad que encierran entre sus errores?

La investigación penal se beneficia con las nuevas direcciones científicas, racionales, subjetivas...

Hemos aprendido ya que la certeza es un estado de nuestro espíritu, que reúne en la unidad, en la síntesis suprema de la conciencia, las verdades anheladas, que nunca nos llegarían por la vía ajena sino por la particular de nuestra experiencia y de nuestra razón.

¿Y qué operación de nuestro espíritu más fecunda que la generalización, que partiendo del hecho se eleva hasta encontrar su causa y formular su ley, cimentando la obra científica en general, y en el orden jurídico dando la solución de los problemas planteados en los procesos?

El peligro de las generalizaciones lo salvan cada día los aportes científicos y técnicos, y la prudencia y equilibrio del juicio sano e ilustrado. Los indicios alcanzan así, toda su importancia aligerándose de la carga que los hundía, al confundirlos con las presunciones, o con las pruebas imperfectas; constituyéndose con ellos la prueba penal por excelencia, como la instrumental y documental lo es para lo civil, pero necesitando del argumento indiciario para llegar a su verdadera interpretación, con lo que se ha impulsado la transformación profunda de la vida penal, que anunciaba Beccaria, al abandonarse los métodos empíricos de la prueba legal y dogmática para sustituirlos por los racionales de la convicción, que otorgan a los jueces el criterio de conciencia.

Intentada la reforma procesal después de largos años de espera, preparado el proyecto de Código por el Dr. Mariano H. Cornejo, en cumplimiento del encargo que recibiera del Congreso en 11 de febrero de 1915 junto con los senadores Wenceslao Valera y Aurelio Sousa, y los diputados doctores Plácido Jiménez, Alfredo Solf y Muro, Gerardo Balbuena y Rodrigo Peña Murrieta, no podía imprimirse otra dirección a ese trabajo ni sustentarse esa legislación sino en el sistema mixto que importaba la implantación del juicio oral, con su obligado corolario del criterio de conciencia. Sin embargo, se consideró audaz la obra y no solo porque introducía el jurado para los delitos graves sino porque abandonaba el procedimiento escrito. Se le combatió en

los centros jurídicos y en el Parlamento. Sólo logró su aprobación en la Asamblea Nacional de 1919, que presidiera el mismo Dr. Cornejo; pero sacrificando el libro cuarto en que se organizaba el Jurado.

A pesar de la época en que se producía la reforma, en que parecía maduro el país para conseguirla, formaban legión los que se esforzaban por derribar el juicio oral en pleno funcionamiento. Cornejo supo adelantarse a los opositores en las páginas de su Exposición de Motivos, que bien valen reproducirse en esta ocasión.

Escribe defendiendo el juicio oral: "El juicio propiamente dicho recibe las dos grandes reformas: del debate oral y del criterio de conciencia. No hay código moderno que no las contenga.

"El debate contradictorio sobre hechos o no existe o es oral. El debate escrito a pesar de sus inconvenientes, puede caber en el procedimiento civil, donde el principal elemento de prueba está constituido por documentos; porque en la justicia civil o restitutoria, las obligaciones se contraen expresamente o se derivan de hechos aceptados por ambas partes, y lo que se debate es únicamente su significación jurídica. Aún en los casos que requieren la comprobación de un hecho, éste consta generalmente de documentos; la declaración testimonial es siempre subsidiaria. La prueba en la justicia civil es simple, porque en el hecho no interesan sus factores morales, lo único que importa es su realización material pero la justicia represiva o criminal tiene como objetivo único, la existencia y la imputabilidad de los hechos, y en ellos lo más interesante y lo único interesante, es la intención y las circunstancias psíquicas, morales y sociales en que se hallaban las personas responsables.

"La prueba única o principal son los testigos que vieron y el examen de las condiciones morales del acusado. Si el Juez que va a fallar, en vez de oír directamente al acusado y a los testigos, se guía por la referencia escrita de quienes tomaron la declaración, incurre en el mismo error del Juez, que en los juicios civiles, en vez de leer personalmente, los documentos, se contentase con la relación de quien asegura haberlos leído. El valor de las declaraciones del acusado y de los testigos no depende de las palabras empleadas, sino de la espontaneidad y sinceridad, que se revelan más que en las frases, en el tono de la voz, en la mirada, en el

gesto, es decir en todos los movimientos de la expresión, imposibles de ser fijados por la declaración escrita. El estado moral, esencialmente móvil, imponderable y etéreo, deja sentir sus efectos pero es rebelde a toda descripción. Querer buscar la verdad en una declaración escrita, es como querer medir la intensidad de la luz y del calor de una lámpara apagada. La prueba de un hecho criminal se deriva de un conjunto de datos, cuya eficacia depende de que todos se desarrollen a continuación los unos de los otros, equilibrándose recíprocamente. Esa impresión de conjunto requiere la continuidad y la unidad de una audiencia. El mismo testigo de buena fé, necesita del estímulo de los debates y del examen en presencia del acusado, para que se precisen sus recuerdos y adquieran relieve en su imaginación, circunstancias que de otro modo pasan inadvertidas y que son quizás las que determinan la moralidad del hecho. La instrucción escrita solo tiene valor como preparación del proceso oral; cuando es un estudio de los elementos y los factores requeridos por el drama de la audiencia, destinado a reproducir la vida".

Más adelante agrega: "Parece increíble que las dos únicas objeciones opuestas entre nosotros al procedimiento oral sean: primero, la dificultad de conducir a los testigos hasta la sede del Tribunal; segundo, la incapacidad de algunos magistrados de provincia.

"Fallar un proceso criminal sin prueba o con prueba deficiente solamente porque la prueba es difícil de actuarse, es un argumento no solo en contradicción con la capacidad de jurista, sino con la moralidad y honradez del hombre de bien .

"El argumento, en el peor de los casos, aceptando la extraña concepción de la justicia como un medio de castigar sin saber a quien podría conducir a fallar por el solo mérito de la instrucción escrita; pero jamás a destruir con un nuevo procedimiento también escrito, más alejado de los hechos y menos espontaneo la escasa verdad del sumario.

"Por eso, allí donde la instrucción tiene probabilidades de contener la verdad nos hemos contentado con ella; pero tomando todas las precauciones que la experiencia aconseja.

"Cuanto al segundo argumento a la incompetencia de algunos magistrados para dirigir el debate oral, es también una objeción singular, porque precisamente la dirección del debate bajo la vigilancia y las iniciativas del Fiscal y del defensor del acusa-

do, es función que sin querer llena el magistrado más mediocre. En cambio, conservar la regularidad de un proceso en medio de las articulaciones del procedimiento escrito, defender su brevedad frente a la demora irremediable de las actuaciones judiciales, mantener la unidad de criterio, con la apelación inevitable, es algo que requiere competencia profesional, energía y habilidad excepcionales, no solamente en el juez sino en todos los organismos de apelación y colaboración que requiere el plenario escrito. Creemos que no hay país en el mundo, ni aun en los más cultos, que posea una magistratura capaz de desarrollar un proceso escrito con las condiciones precisas para que tuviera la eficacia de un proceso oral. Se necesitaría el Juez más experto para describir física y moralmente a cada testigo; el interrogatorio tomado taquigráficamente debería tener una extensión cien veces mayor que la necesaria cuando se oye y se es declarante; la resolución de una duda, que verbalmente emplea un minuto, y que no requiere capacidad alguna, supone un estudio crítico y una capacidad de investigación extraordinaria, cuando la única fuente es una página mal escrita. Formarse una opinión oyendo y viendo al acusado y a los testigos está al alcance de todo ser humano; pero formarse una opinión solo con el mérito de un proceso, requiere la consagración de muchos meses y un criterio singularmente penetrante y sagaz. Pues aun reunidas todas esas condiciones de competencia extraordinaria, de rectitud catoniana y de trabajo enorme, los resultados serían siempre inferiores a los que en un día de trabajo fácil obtiene el magistrado más vulgar con el procedimiento oral.

“Precisamente los primeros períodos en la cultura humana solo conocen el procedimiento oral. El procedimiento escrito aparece cuando se forman las castas sacerdotales y nobiliarias y corresponde al eterno recelo del despotismo político o religioso, que no se cuida de la justicia sino del poder, y subsiste después por el hábito y por el interés de las clases parasitarias que explotan la complicación cada vez mayor de los procesos”. Y concluye: “La Comisión siente la satisfacción de haber cumplido con un gran deber nacional, proponiendo la reforma. El eminente jurisconsulto argentino, Sr. Rojas, juzgando la reforma del procedimiento penal, presentada por el Sr. Jofre, decía:

“En los primeros cincuenta años luchamos por la emancipación política del país; después de Caseros se lucha, sobre todo

en los últimos veinte años, por su emancipación espiritual. Vélez Sarsfield nos independizó en la legislación civil. En lo penal, somos todavía una dependencia española. Nos independizará el proyecto de los doctores Rivarola, Piñero y Matienzo, en breve ley, según se expresa.

“Era el procedimiento penal el último pedazo de la cadena rota en 1810. En eso quedábamos españoles puros, sobrevivía la colonia, y por eso era menester formarnos cuanto antes. A Usted le ha tocado realizar la reforma. Ha arrancado Ud. el último eslabón, y en ese sentido, puede decirse, que Ud. es en el orden jurídico, nuestro último libertador.

“Si esto puede decirse de la Argentina, donde el procedimiento penal ha sido constantemente modificado, ¿qué podrá decirse del Perú?

“Creemos que el Congreso de 1915 después de leer las anteriores líneas votará unánimemente la reforma propuesta con el legítimo orgullo de que le toca en suerte romper a su vez, no desgraciadamente el último, pero sí el más pesado eslabón que escapó al glorioso martillo de Ayacucho; disipar la más oscura nube de la superstición inquisitorial y burocrática; barrer el residuo más doloroso del espíritu colonial, inscribiéndose así en la página inmortal donde se registran los nombres de las Asambleas felices y envidiables que realizan una obra de redención”.

De los tres primeros libros del Código que empezó a regir conforme a la ley de su promulgación el 18 de marzo de 1920, el primero se contrajo a la Instrucción, etapa inicial del proceso que reviste el carácter de investigación preparatoria del juicio.

El segundo libro se ocupa de esa otra estación, centro al que se hacía converger toda la obra procesal fuertemente influenciada por la idea juradista, en la que organiza el enjuiciamiento ante Tribunales Correccionales compuestos primitivamente de cuatro miembros y posteriormente de tres.

El juicio oral se realiza en audiencia pública y en instancia única. A él deben concurrir obligatoriamente, el acusado, su defensor, y el fiscal. Concluidos los debates se suspende la audiencia para votar la cuestiones de hecho y expedir la sentencia que no podía postergarse por más de 24 horas la cual quedaba firme si no se interponía recurso de nulidad. Al ejercitarse éste podía la Corte

Suprema modificar la pena y absolver al condenado; pero en cuanto a la sentencia absolutoria quedaba convertido el alto tribunal en Corte de Casación.

El tercer libro contenía los procedimientos especiales de querrela otorgada para los delitos de acción privada, el juicio por faltas, y el de ausentes. Entre los títulos siguientes incorporó el Habeas Corpus, que formaba parte de nuestra legislación desde 1897, la Extradición reglamentada de acuerdo con los principios del Congreso de Montevideo de 1888, y, como innovación institucional, el juicio de revisión admitido sólo en favor del reo.

Toda la materia estaba desarrollada en 365 artículos.

EL JURADO

Nunca será bastante ponderada la obra codificadora del 20 ni reconocido suficientemente el acierto con que procedió al introducir el juicio oral, con sus corolarios respectivos dejando así abiertas las puertas de la justicia a todos los vientos de la realidad penal.

Nada importa que más consecuente el autor de la reforma con sus ideas políticas y sociológicas que con las jurídicas, introdujera el jurado y enervara toda la legislación de esa tendencia, cuando, quien sabe, debido a ello obtuvo el triunfo de que se concediera el criterio de conciencia a tribunales colegiados, con las garantías de la oralidad y publicidad.

Pero el rechazo del Jurado, que evitó al país caer en la incoherencia, no fué producto de la *"resistencia supersticiosa de una parte de la opinión profesional"*, sino de la visión clara del pensamiento crítico y científico, con que hoy se soluciona el problema penal.

La vida moderna se organiza en todos sus órdenes sobre la distinción de legos y de técnicos, viniendo a reemplazar la experiencia científica al ciego empirismo.

En los tiempos antiguos la justicia popular representaba una de las tantas formas de adivinación, de los juicios de Dios, de las ordalías; se esperaba que sobre esa multitud enervorizada descendiera la luz, la verdad: *Vox populi, vox Dei*.

El Jurado moderno, alejándose de esas fuentes contingentes y caprichosas, despojándose de esa ascendencia, se organiza sobre el equívoco de transformar a los testigos en jueces. De la Magna Assisa y de la Parva Assisa surge en Inglaterra el Gran Jurado y el Pequeño Jurado. Si bien aquellos grupos percibían los hechos de propiedad o posesión, estos últimos ¿qué hechos perciben, cuáles pasan ante sus ojos, cuáles repercuten en sus oídos?

La vieja frase de Montesquieu "el pueblo no es jurisconsulto" dió pábulo para entregarle al pueblo, como Jurado, los hechos simples. Pero ¿cómo se establece esa diferencia—o mejor

como se separa el hecho del derecho? (8) Aparte de la imposibilidad de zanjar ese primer conflicto se impone la necesidad de estar imbuído, o por lo menos iniciado en la teoría de la tentativa y de la complicidad para acercarse a la responsabilidad o a la delincuencia.

Volvemos a repetir la pregunta: ¿qué hechos son los que van a testificar los Jurados? En error profundo incurriríamos si confundiéramos las pruebas con los hechos. Aquellas son la representación de éstos, como las palabras lo son de las ideas.

Los hechos se pierden; desaparecen, son arrastrados en la vorágine del tiempo. Por eso la prueba penal es histórica, representativa. Todos los hechos, a la postre, son transitorios, perdiendo el carácter de permanentes, diferencia artificial ésta sobre la que se levantaba la doctrina romana del cuerpo del delito (Delicta factis transeuntis, et factis permanentis) que con física estoica radicaba esa materialidad en una parte o en un extremo del delito, en el cadáver, por ejemplo; sin reparar que todo delito tiene vida externa al salir de la intimidad del agente y proyectarse en el bien jurídico del sujeto pasivo.

¿Se lleva acaso a la Audiencia el hecho constitutivo del delito de homicidio?. ¿Ven los Jurados el cadáver, recorren con sus ojos la curva que partió del arma vulnerante y se agotó en el cuerpo de la víctima?

¿Aprecian los dos extremos del evento criminal: el hombre disfrutando de su vida, alegre, confiado, despreocupado y privado inmediatamente después de su existencia, desaparecido del mundo, por la mano aleve y torpe del delincuente?

Podrá seguir hablándose de pruebas directas e indirectas, pero ya no de hechos; de testigos que describen a los Jurados lo que vieron; de peritos que con su ciencia afirman que la muerte se debió a la herida del pulmón o del corazón, herida de naturaleza mortal cualesquiera que fueran las condiciones de la víctima; de otros peritos que clasifican una huella digital siguiendo los métodos de Henry o de Vucetich; que determinan una man-

(8) La sutil y difícil separación de las cuestiones de hecho y de derecho quien sabe si proviene de la escolástica división que en la disputa jansenista se hizo para observar un respetuoso silencio con respecto a las cinco proposiciones condenadas por la Iglesia. Los jansenistas decían: puede exigirse por la Iglesia la sumisión de corazón en las cuestiones de doctrina — cuestiones de derecho pero no puede imponerse el silencio respetuoso en las cuestiones de hecho, p. ej.: sobre el hecho de saber si las cinco proposiciones condenadas son de Jansenius. — Ellos lo negaban.

*La Prueba
Penal
es
histórica*

cha como de sangre humana, con los métodos de eritroaglutinación, de los sueros precipitantes o de anafilaxia, o de psiquiatras que concluyan pronunciándose sobre las deficiencias mentales del acusado, sobre sus taras psicológicas o endocrínicas, empleando métodos psicoanalíticos. Y, antecediendo a todo esto, la declaración del acusado que invocará la legítima defensa, negará la actitud que se le imputa o la intervención que se le atribuye, y, que con sus contradicciones y reservas despertará las mayores dudas o arrojará en hondas perplejidades aun a los espíritus más atentos y avisados.

¿Y todos estos problemas que se plantean se resolverán con el simple buen sentido?

Los hechos no son nada, sino la interpretación que se haga de ellos. Su valoración, la crítica que merezcan, es lo que determinará el si o el no del Jurado, es decir el Veredicto.

¿Facilitará la labor que se exige del Jurado, la palabra severa del Fiscal o la apasionada de la defensa, o contribuirán ambas piezas doctrinarias a perder a esos hombres en la oscuridad de sus mentes, en que la atención les falta, la memoria les falla y su imaginación se pierde en el laberinto de un mundo insospechado para ellos?.

Y no es otra la realidad que la que dejamos esbozada. Los Jurados para expedir su veredicto necesitan levantarse sobre la infinita complejidad de un proceso penal, que exige la más alta de las operaciones intelectuales: el raciocinio, la comparación de los juicios.

Los juicios son representaciones mediatas y, por consiguiente, representaciones de representaciones, según Kant. Un concepto no se refiere inmediatamente a un objeto. Por eso el gran filósofo afirma que hay dos mundos distintos: el de los hechos y el de sus representaciones. Los Jurados que viven en este último dejan de ser testigos para ser verdaderos jueces. Faltos de capacidad para reflexionar, sin poder crítico ni preparación especial, calidades que nadie se aventura a concederles, la obra penal entregada a ellos no es sino el producto completo del azar. Por esto es que podemos decir que la institución es la última de las ordalías.

La Institución del Jurado es la última de las ordalías.

“Hace ya tiempo que la fé en el Jurado ha disminuído en Suiza —dice el profesor de la Universidad de Neuchâtel, Mr. François Clerc —aun para las causas de materia federal y se ha tratado de abolirlo en 1934 con motivo de la revisión del procedimiento penal federal requerida por las lagunas que presentaba y en previsión de que entrara en vigor el Código Penal Suizo.

“En los Cantones la decadencia se ha marcado aun más, desde antes de la adopción del nuevo Código.

“El nuevo Código Penal parece dar el golpe de muerte al Jurado.

“La transformación del Juez, no será seguramente la consecuencia de la promulgación del Código Penal en el dominio del procedimiento.

“Los Cantones, unos después de otros, nombran comisiones encargadas de examinar las consecuencias del nuevo derecho. Los trabajos no se encuentran lo suficientemente avanzados para dar cuenta de ellos. (9)

“En la época del predominio francés alcanzó vigencia en una parte de Alemania el procedimiento penal francés con publicidad y oralidad, fiscal del Estado y tribunal de jurados. Desde este momento se inició la lucha entre el modelo francés y el proceso de inquisición proveniente del Derecho de Italia. La legislación territorial alemana intentó inicialmente la reforma de este último, manteniendo sus principios. Sólo bajo la presión de la revolución de 1848 fué recibida—ciertamente según el patrón francés—la institución del tribunal de jurados, que había constituido el punto central de la contienda. Con ello quedó decidida en lo principal la victoria de la reforma francesa del proceso penal. El proceso inquisitorial común únicamente se mantuvo todavía en los dos Mecklenburgo y en los dos Lippen. En algunos Estados, como Hannóver (1850), Oldenburgo, Electorado de Hessen, Brema, Baden, en las conquistas prusianas de 1866, en Wurttemberg y en Sajonia, se admitió la institución de los tribunales de escabinos destinados, por lo regular, a los asuntos penales de grado mínimo. (No fué así en Wurttemberg y en Sajonia).

“El Imperio alemán consiguió la unidad del Derecho procesal por la Ordenanza procesal penal del Imperio del 1.º de fe-

(9) F. Clerc. Le Nouveau Code Pénal Suisse. Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé. 4e Année — 1939 No. 2 Avril P. 238.

brero de 1877 [(esta ordenanza ha quedado sustituida por la del 24 de marzo de 1924. En ella desaparece de nuevo el tribunal de jurados en el sentido que tenía hasta ahora. El tribunal que, con todo, lleva tal nombre es propiamente un tribunal de escabinos. De otro lado el tribunal de escabinos queda instaurado en las cámaras penales de los tribunales territoriales de varia formación; así que fundamentalmente sólo en la institución de revisión (tribunal supremo y tribunal territorial superior) funcionan exclusivamente jueces profesionales. Esta nueva organización ha sido también modificada (1932) (10).

En Italia, el reglamento del 23 de marzo de 1935 ha sustituido el Jurado por asesores que en número de cinco constituyen, con dos magistrados, el colegio llamado a juzgar del hecho y del derecho (11).

La vida del Jurado en Francia está hecha de constantes transacciones. Se lucha en todas las formas por salvar la Institución, ya suprimiendo el Jurado de Acusación; ya convirtiendo la unanimidad de votos de sus miembros en mayoría, ya eximiéndolos del resumen del Juez hasta llegar a darle intervención en la pena, al ser infructuoso el que los Jurados no atiendan a ella al expedir su veredicto. Sus clamorosas resoluciones de impunidad preocupan en todos los tiempos imponiendo la correccionalización de ciertos delitos. Sólo el prestigio que todavía conserva la gran revolución que lo introdujo, y el ejemplo vivo de Inglaterra, salvan al Jurado de su ruina.

En Inglaterra una tradición de ocho siglos lo hace invulnerable y los caracteres propios del pueblo inglés lo revisten de ese aspecto inalterable, que difícilmente adquiriría en pueblos nuevos e indisciplinados. Pero, contemplado en su funcionamiento externo, porque desde el interno, en Inglaterra como en cualquier otro pueblo, el problema penal queda lamentablemente resuelto por la justicia popular, en si misma.

Si el juez inglés dejara de dirigir el debate y de resumirlo,

(10) Brunner—v. Schwerin: "Historia del Derecho Germánico", págs. 312-13. Traducción de José Luis Alvarez López.

(11) P. de Casabianca: *La Nouvelle Cour d' assises italienne*. La France judiciaire", No. 2, p. 3. París, 1933.

entregando el veredicto a los Jurados, rodarían éstos al abismo, como ocurrió en Francia al suprimirse aquel régimen.

La aclimatación del Jurado en América ha resultado difícil y su establecimiento en este período de la prueba penal crítica y científica parecería anacrónico.

CODIGO PENAL DEL 24

Apenas promulgados los Códigos del 63 ya se hablaba de la necesidad de su reforma o de llenarse vacíos que se notaba en ellos; anhelos avivados al expedirse en España el Código Penal de 1870. No es de extrañar que se oficializaran esos propósitos en las distintas Memorias de los Presidentes de la Corte Suprema y que el Poder Ejecutivo nombrara comisiones en 17 de marzo de 1871, en 18 de octubre de 1873 y 3 de julio de 1877, para la reforma del Código Penal y de Enjuiciamientos de la misma materia. En virtud de este último encargo el Dr. don Juan Antonio Ribeyro remitía su proyecto de Código Penal al Ministerio de Justicia, con su oficio de 12 de diciembre de 1878.

Este proyecto, al que podemos referirnos por haber sido publicado en el año 1918, mantenía toda la estructura del entonces vigente, como lo hicieron los españoles del 50 y del 70 con respecto al del 48.

Consideró el Proyecto Ribeyro algunos nuevos delitos y sustituyó la pena de muerte por la de 20 años de penitenciaría como el proyecto del 59; aumentando a 549 el número de los artículos.

Otra comisión nombrada por el Gobierno en 27 de enero de 1900 redactó su ponencia en 1902, no ofreciendo otra originalidad que la de suprimir los grados y términos de las penas, haciendo fluctuar a estas no entre un minimum y un maximum sino de un número de años a otro.

Así, por ejemplo, fijó para la pena del homicidio de 9 a 15 años de penitenciaría, y para el parricidio u homicidio calificado de 17 a 20 años de penitenciaría, con lo que, como se vé, se apartó, también, de la pena capital.

Redujo a 330 el número de sus artículos.

Por la ley número 2110 se nombró una comisión parlamentaria, a la que encomendó la redacción del proyecto de Código Penal; el que elevado al Congreso fué aprobado por la ley número 4868 de 10 de enero de 1924, disponiéndose que fuera so-

lemnemente promulgado el 28 de julio de 1924, tal como sucedió, rigiendo hasta el presente.

El Código distribuye sus materias en 418 artículos divididos en cuatro libros. Ocúpase el primero de las disposiciones generales entre las que anotaremos como principales las referentes a las condiciones de culpabilidad, a la reincidencia y hábito del delito, a la penas y medidas de seguridad, a la reparación civil, y al tratamiento de menores, estableciendo la minoría penal hasta los 18 años. Introduce en esta primera parte la condena y liberación condicionales.

El segundo dedícase a los delitos, colocando en primer término los cometidos en agravio de las personas, siguiendo los referentes a la familia y al patrimonio; seguridad pública, el Estado y la defensa nacional, los Poderes Públicos, las autoridades públicas, los deberes de función y profesionales, y la fe pública.

El tercero se contrae a las faltas y el cuarto a la vigencia y aplicación del mismo.

Inspirada esta codificación en el proyecto suizo de 1916, es considerada por la crítica como la ley más avanzada en América. En efecto, realiza muchas de las aspiraciones de la escuela positiva; pero sin romper con el principio clásico de la voluntariedad del agente como se desprende de su artículo 81, que a la letra dice:

“Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción intencional, salvo disposición expresa y contraria de la misma ley.

“La infracción es intencional cuando se comete por acción o por omisión consciente o voluntaria”.

Verdad que neutralizando la apreciación de la intencionalidad y de los efectos mismos del acto con sus prescripciones sobre la aplicación de la pena contenidas en los artículos 59 y 51.

Sin llegar a la pena absolutamente indeterminada, adopta el sistema de von Liszt con la indeterminación relativa, haciendo fluctuar la pena entre un mínimun y un máximun, introduciendo la condena y la libertad condicionales para dar mediante ellas mayor flexibilidad a las condenas, además de las medidas de seguridad como substitutivos de las penas.

Las anteriores líneas que encierran los principios sobre los que se estructura el Código obligan a ocuparse—haciendo un aparte— de la cuestión medular de la penalidad moderna, indistintamente considerada como de la indeterminación de la pena o de la sentencia indeterminada. Sin embargo, apenas se analice esos términos y se observe sus consecuencias no puede dejarse de encontrar sus diferencias y su carácter como instituciones opuestas. La indeterminación de la pena procura la proporcionalidad de ella con el delito o el acto del delincuente, sin atacar o alterar la Pena en su verdadera función coercitiva que al dar carácter a la norma jurídica, trasmite su fuerza o compulsión del campo penal al civil. La sentencia indeterminada exige que la condena deje indecisa o fluctuante la situación del acusado después del juzgamiento, para proceder, posteriormente, según las circunstancias lo determinen.

En el primer caso es fácil percibir que se 'aprovecha de la indeterminación como medio, como técnica jurídica para alcanzar un mayor acierto en la condena; en el segundo sólo a efecto de que esa condena no se pronuncie, para diferir en verdad la solución del problema al campo de la política criminal, sin limitación de ningún género. Se transforma con ello el concepto de la pena, se le despoja de su carácter de institución social y colectiva, desconociendo su fuerza coercitiva y expiatoria, de intimidación y ejemplarización para mantener el orden jurídico, el equilibrio social y restablecerlo al ser roto por el delito, para reducirla a una dirección unilateral con virtualidad de enmienda o corrección del individuo.

En la misma Roma primitiva podría rastrearse el germen de esta tendencia ultrapositivista, recordando las ideas de Paulo al interpretar el paso fundamental de la ciencia jurídica al radicar en el individuo, en el agente del delito la pena, rompiendo con el lejano pasado bíblico que perseguía al delincuente en su memoria y hasta su décima generación.

Encontramos en el Digesto LXVIII—IXX. 20 la siguiente disposición: Paulo—"Si a alguien se le impone pena, está admitido por derecho moderno que no pase a los herederos, de lo que parece que la pena se establece para enmienda de los hombres, que deja de ser habiendo fallecido aquel contra quien parece que se establece".

La sagacidad del gran jurisconsulto no quiso reparar que el

derecho procuraba diferenciar la situación delictual de la contractual. Se disponía que la pena quedara circunscrita al autor del delito, del robo, por ejemplo, y que la obligación del deudor en cambio pasara a sus causahabientes. El concepto del delito no dejó en aquellos tiempos de tener siempre carácter moral derivado de la naturaleza humana, y, por lo tanto, la pena fuerza expiatoria, pero agotándose al morir el responsable.

En la época actual la escuela italiana se coloca en el punto de vista de Paulo, a pesar de no invocarlo como precursor, para renovar la teoría de la pena, y establecer ésta, como decíamos, en beneficio del delincuente. Ferri busca sustitutivos a la pena, se declara antipenalista, y al proclamar la ineficacia de ella para detener la delincuencia, paradójicamente sostiene que con la supresión de tantas leyes se obtendría un porcentaje menor de delincuentes. Y es que el maestro del positivismo, indirectamente, por esta nueva vía de la penalidad revive la tesis lombrosiana del delito y lo coloca al margen de la conciencia moral, sin ver en el delincuente un violador de las normas jurídicas sino a un autómatas al que es imprescindible evitarle nuevas caídas. Priva al hombre de libertad y sólo lo hace responsable por el hecho de vivir en sociedad. No quiere preocuparse del acto criminal para no atender sino al hombre, a la persona viviente, cayendo en el extremo opuesto al de la escuela clásica que, en medio de sus abstracciones legales, sólo tuvo presente la creación metafísica del ente jurídico.

Tan grave como fué vivir fuera de la realidad penal, constituida por el delincuente, es la actitud de ignorar el acto producido por éste, al no averiguar de donde viene y por qué cae en el plano inclinado de la delincuencia. ¿Cómo podrá prescindirse del hecho delictuoso, de la figura delictiva, cuando es el único modo de distinguir a través de ese elemento formal el dolo de la culpa, la legítima defensa del abuso de ella, el caso del delito mismo?

Hay valores fundamentales para la vida de sociedad que resultarían olvidados con los postulados de Ferri, negados muchos por Garofalo y superados todos por los que convierten la pena definitivamente, en derecho protector de los criminales.

Enorme confusión la que viene produciéndose al asimilar el delincuente con el enfermo sin reparar en el abismo que separa a uno de otro. En la enfermedad se cae sin querer ni sa-

ber; en la delincuencia sólo por voluntad de causar el mal, de atacar el bien jurídico de manera que no se es merecedor de castigo, o éste disminuye en la medida en que el acto carece de intención o negligencia.

El delincuente jurídicamente tratado no es un enfermo. Podría ser anormal desde algunos puntos de vista y ello desgravaría su culpabilidad hasta hacerla desaparecer en casos en que serían aplicables las medidas de seguridad.

No sustituyen o reemplazan dichas medidas a la pena, (comprendiéndose naturalmente, entre las penas la multa y el *wergeld*), sino como su mismo nombre lo indica, funcionan como prevención cuando no hay verdadero sujeto de penalidad, por carecer de capacidad penal, en ausencia de elementos que caracterizan la intención o voluntad delictuosa, como ocurre con los ebrios, epilépticos o locos; ya que su sola peligrosidad futura para la convivencia hace indispensable su aislamiento y observación en casas de salud o en asilos de alienados, temporal o definitivamente.

En la exageración de las nuevas doctrinas se abandona el campo penal, se arruina la justicia para entrar en el terreno de la medicina, con todas las peligrosas derivaciones de cerrar las cárceles para reemplazarlas por clínicas y hospitales en los que se reforme al delincuente de sus deformidades antropológicas y fisiológicas, sin tener para nada en cuenta sus condiciones morales y psíquicas, al prescindirse de ellas para vivir en el paralelismo psicofísico o en la negación del espíritu con la "psicología sin alma".

La pena sin un relativismo en su indeterminación, sin el máximo ni mínimo de Von Liszt, calificado y condenado como eclecticismo por Ferri; llegaría a los extremos señalados de los que se liberó el mismo profesor de Roma por su actitud en el Congreso de Bruselas de 1926, al formular y colaborar a la aprobación de la famosa orden del día de aquel certamen penal que mantenía el régimen de penas y medidas de seguridad, entregándolas en su aplicación al libre arbitrio del juez, frente a la ponencia presentada por la vanguardia positivista que reclamaba la abolición de las penas y su sustitución por las medidas de seguridad, para llegar así a la sentencia indeterminada.

La indeterminación consagrada en su relatividad es, pues, una técnica que realiza lo que no pudo alcanzar el régimen de las circunstancias atenuantes y agravantes, falto de flexibilidad y amplitud. Aquella requiere el arbitrio judicial, como la crítica e

interpretación de las pruebas sólo se obtiene con el criterio de conciencia. En el pasado no se creía posible otorgar el criterio de conciencia sino a los Jurados. Hoy se sostiene por los extremistas que es corolario de la indeterminación el que la pena tenga únicamente finalidad reformatoria o de enmienda como derecho protector, para concluir en la utopía de quebrantar toda disposición imperativa y compulsoria.

Cerrando el paréntesis anterior, volvamos a ocuparnos del Código. La pena de muerte ha sido abolida en él, sustituyéndose por la de internamiento, con un mínimo de 25 años.

Al preocuparse el Código de la enmienda y regeneración del delincuente, no podía olvidar a las víctimas del delito, que quedarían desamparadas, si la indemnización civil se dejaba en sus débiles manos, colocando al Estado en la falsa situación de dedicar todos sus afanes y cuidados para el delincuente y permanecer des preocupado o remiso ante la desgracia de los que sufren los atentados.

Corrigiendo al Código procesal, que mantenía con carácter privado la acción civil, dió a ésta carácter público, organizando el Título VIII del primer libro, para lo que no tuvo sino que reproducir en gran parte las disposiciones del Código del 63.

Desgraciadamente, leyes posteriores y muy especialmente la número 9014 han venido a sembrar la confusión sobre este punto, restando eficacia a aquellas prescripciones.

Otra institución que se destaca con singular relieve en la legislación es el tratamiento de menores, que al apartar a éstos del medio penal los confía a jueces y tribunales especiales que atiendan a su educación moral y plasmen su espíritu dentro de las normas que aseguren la formación de hombres sanos y aptos para la vida social.

El Título V del libro cuarto lo dedica el Código a los funcionarios y procedimientos a que ellos deben sujetarse para poner en práctica las medidas señaladas en el Título XVIII del libro primero. Organó primario en ese engranaje es el Juez de Menores, asesorado por un médico y asistido por un secretario. Último tribunal para los casos de mayor gravedad, son las Cortes Superiores por intermedio de una de sus salas civiles.

Dentro de esta organización, el Juez de Menores tiene atribuciones primordiales. Una de ellas es atender a los niños menores de 13 años, investigando su situación material y moral así como la de su familia, además de su estado de educación a fin de proveer a su cuidado, entregándolo a un hogar digno de confianza, nombrando un guardador especial o si el estado del niño requiere tratamiento, colocarlo en un establecimiento apropiado o en un asilo o institución de asistencia; o si fuera moralmente pervertido hacerlo ingresar a una sección especial de la Escuela Correccional.

Comprobado en la investigación que el menor ha cometido un acto reprimido como delito procederá el Juez a convocar al menor, a su padre, madre, guardador o persona que lo cuide, al delegado que nombre el consejo de patronato, al médico adscrito y a un representante del Ministerio Público, y después de una deliberación en privado cuyos resultados tampoco se darán a la publicidad, dictará a favor del menor las medidas prescritas en el Título XVIII del libro primero.,

La otra atribución es la que señala el artículo 415 del Código, según el cual el Juez de Menores es el que directamente prepara la investigación, correspondiendo la decisión a una sala civil de la Corte Superior. En las provincias donde no residiera Corte Superior, la ley dispone la formación de un tribunal especial que supla a aquella, compuesto del Juez de Primera Instancia, del Director de Beneficencia y el Director del Colegio de enseñanza media, o en su defecto, el preceptor de Escuela pública más antiguo; la decisión de este tribunal especial será necesariamente revisada por la Sala Civil de la Corte Superior del distrito judicial.

Así, pues, el Juez de Menores, en el primer caso espera la investigación que manda instruir por el instructor especial para dictar por sí la decisión; y en el segundo procede como instructor elevando la investigación a la Corte Superior o al tribunal especial.

Completando ese cuadro de obligaciones el artículo 416 encarga al Juez de Menores una función eminentemente preventivo: instruir una investigación sobre el abandono o el peligro moral de un niño o de un adolescente para adoptar las medidas señaladas en el artículo 145.

Quiere el legislador con estas sabias disposiciones que los

niños o adolescentes menores de 18 años, sean objeto de medidas protectoras o correctivas, en la verdadera acepción de la palabra; y que en la aplicación de ellas no aparezca ninguna de las formas usadas para la represión de los delincuentes.

Y quiere no solo funcionarios especiales y modalidades distintas, sino que de las resoluciones adoptadas se aleje toda idea de castigo o de pena, y que todo el ambiente en que se produzca la instancia esté impregnado de un sentimiento familiar y verdaderamente paternal.

Por eso exige la ley que todos estos funcionarios, además de los requisitos generales de capacidad moral e intelectual, reúnan los especiales de ser casados y tener hijos.

Para dar una visión más completa de esta obra penal, reproduciremos las palabras del eminente autor de ella, don Víctor M. Maúrtua, pronunciadas en la Sociedad de Prisiones de París y las vertidas en un artículo polémico que escribió en defensa del Código.

En la sesión del 25 de junio de 1919 de la Sociedad General de Prisiones de París, presidida por Mr. Emile Garçon, después de que concluyó el informe emitido por Mr. Roger sobre el proyecto de Código Penal presentado por el Dr. Maúrtua le fué cedida la palabra a éste, quien se expresó en los términos siguientes: "La forma contenida en el proyecto que Uds. estudian es de urgente realización en el Perú. Nuestro Código es el Código Francés de 1810. Pero el legislador peruano no ha seguido las huellas del legislador francés. Y, en tanto que Uds. han roto los viejos marcos e incorporado una serie de nuevos principios, nuestras leyes de represión han cotinuado estancadas durante medio siglo, inmovilizadas en sus antiguos límites de penalidad abstracta y rígida, sin contacto con las realidades de la vida social moderna. Y, lo que es peor, la seguridad de los intereses públicos ha estado entregada a las medidas mecánicas dictadas por los jueces, sin que se estableciera la unión necesaria entre la función de éstos y la ejecución de la pena siendo así que esta última no debe ser sino una prolongación de la primera.

"Nuestros defectos son aún mayores en razón de que no poseemos esa bella institución democrática que es vuestro Jurado,

el cual ha introducido en Europa el precio de la individualización de la pena, impuesto por el juego mismo de la vida, antes que la ciencia lo reconociera como indispensable para la administración de justicia, y antes de que la ley lo sancionara como elemento necesario para el cumplimiento exacto de los fines de la penalidad.

“El proyecto del Código del Perú está basado sobre los dos principios trascendentales que los profesores franceses han esclarecido y difundido en los medios intelectuales y legislativos del mundo, y que han inspirado los proyectos suizo, danés y argentino, los cuales como el nuestro, esperan todavía su sanción. Estos principios son la individualización de la pena a la cual acabo de hacer alusión, y la inmanencia de la represión en el sentido de que todo atentado contra el orden jurídico debe ser seguido por un lazo moral necesario, *de una coerción expiatoria* suficiente para satisfacer la conciencia y velar por la seguridad futura. Este principio saludable de la inmanencia del castigo no debe estar limitado por las exigencias de la soberanía territorial ni por consideraciones secundarias de jurisdicción”.

Recorramos en sus puntos principales el artículo a que nos hemos referido.

Calificado el Código de ecléctico, apreciación que Maúrtua no repudia, al encontrarse bien acompañado en esa dirección, escribe:

“La política criminal dirigida por von Liszt, como escuela, es la más ecléctica y la más pragmática. Preconiza la aceptación de los métodos experimental y lógico abstracto, por la Criminología y por el Derecho Penal respectivamente la necesidad de mantener el concepto de imputabilidad construido fuera del libre albedrío al lado del reconocimiento del estado peligroso de los delincuentes: la consideración del delito como fenómeno natural, pero al propio tiempo su valorización como ente jurídico; y finalmente la conservación de la pena en su significado tradicional, añadiéndose la admisión de las medidas de seguridad.

“La ponderación de las varias tendencias de la política criminal, la hace más que una escuela un sistema de Estado: des cansa en el dualismo de imputabilidad y estado peligroso, de una parte, y de penas y medidas de seguridad, de la otra. Así apoyada se mueve en un sabio oportunismo que tiene por supremo objetivo la defensa social, y como medios todos los que conduzcan a

derivar el peligro de la criminalidad según las posibilidades del Estado en el que ha servido de médula el Código de 1924. Por eso no se le considera en el Perú y afuera como una expresión doctrinaria libresca sino como una ley de adaptación que ha puesto las más dominantes tendencias científicas al servicio de un propósito pragmático peruano y a la realización gradual de los más altos ideales jurídicos”.

Refiriendo estas ideas a las conclusiones del Congreso de Bruselas, explica el Dr. Maúrtua, que fueron concretadas en un orden del día aprobada por la mayoría, en la cual quedó establecido que las penas y las medidas de seguridad son actos de jurisdicción con la facultad para el Juez de aplicar una u otra, según las circunstancias del hecho y la personalidad del prevenido.

He ahí la situación actual de las cosas. Todo el problema del derecho penal actual, todo nuestro problema peruano, está solamente en la adecuación de las penas y las medidas de seguridad a las necesidades de la represión, adecuación que debe ser esencialmente realizada por la función de los jueces, no por el regresivo régimen de las entidades abstractas del delito ni de los antiguos encasillados penales.

Haciendo la historia de la gestación del Código en el mismo artículo agrega: “No soy autor individual del Código vigente,— hice su ponencia. Pero una comisión interparlamentaria de ocho miembros, cinco diputados y tres senadores, trabajó en él intensamente. (No que nosotros sepamos ni nadie pudiera confirmarlo.) Una segunda comisión mixta interparlamentaria — judicial de siete miembros, realizó años después, una cuidadosa y fecunda revisión. En ella precisamente surgieron las instituciones del trabajo abierto y de las cárceles agrícolas iniciadas por el Dr. Noriega del Aguila.

“El Código fué una obra de siete años de labor. Se cambió ideas con los profesores peruanos especialistas en derecho penal. Se sometió el proyecto a la Universidad de París y a la Sociedad General de Prisiones que es la más alta institución científica francesa en la materia. El Profesor de Derecho Penal de la Universidad de París, Mr. Emile Garçon, hizo traducir el proyecto y sirvió como tema de seminario en la Facultad. Nombró dos relatores para que expusieran y criticaran su doctrina y su técnica.

“En una sesión de la Sociedad General de Prisiones, a la que asistieron los más renombrados penalistas de Francia y de otras naciones europeas y americanas, se discutió el proyecto. Sus líneas generales y su técnica recibieron la aprobación entusiasta de la ciencia francesa. Otros profesores de diversos países sometieron el proyecto a su aprobación. Las revistas italianas de Derecho Penal lo comentaron con atención. Las indicaciones derivadas de los diversos criterios sirvieron para corregir el Anteproyecto en la segunda comisión interparlamentaria-judicial.

“El último proyecto así rectificado con las observaciones de adentro y de afuera, se hizo objeto de reuniones privadas en el Senado, en las que recuerdo haber dado explicaciones a los Senadores que debían votarlo. Al fin, se votó con todas las garantías debidas.

“El país lo recibió con satisfacción. No dejaron de expresarse algunas opiniones contrarias, no solo al Código del 24 sino a todo Código moderno. Esas opiniones rechazaban el Código del 24 porque consagraba una legislación de tutela para los menores, porque introducía la condena y la liberación condicionales, y en general, por su espíritu de renovación”.

Completando el estudio, tomamos del mismo artículo las siguientes observaciones generales:

“El Código del 24 realiza la individualización de la represión por los diversos medios indispensables para ese fin: las penas alternativas, la elasticidad de los términos de cada pena y la condena y liberación condicionales. La aplicación de esas disciplinas es obra del Juez. La ley no puede sustituirlas porque caería en el casuismo y conduciría, como en el antiguo régimen a hacer del Juez un autómatas, del delito un acto jurídico, a suprimir al hombre en el delincuente, o a sustraer en la represión su esencial fecundidad en la hora de depuración social. Todo el sistema de individualización que encierran esos medios del derecho penal moderno han nacido precisamente por la unificación de los medios que fueron empleados durante un siglo: la criminalidad a pesar de ellos, o mejor dicho al amparo de ellos creció y crece incesantemente”.

Cabría preguntar si ha sido detenida la delincuencia con las nuevas instituciones y si todos sus órganos funcionan normal-

mente y con la regularidad requerida. Desde luego, los vacíos y las deficiencias, que no han sido llenados ni salvados, no son atribuibles al codificador, porque su acción no tiene que limitarse a los medios de que dispone en el instante que da la ley, sino que debe propender a promover y a estimular las reformas, pensando en la verdad lamarkiana, que la función crea el órgano.

En la Sociedad de Prisiones de París se objetó a Maúrtua si podía disponer en el país de los elementos que su delicado e innovador instrumento exigía. Cauto y reservado se mostró Maúrtua en aquella ocasión, como no lo estuvo en el ardor de su polémica en la que se pronunció sobre tantos puntos, criticando entre otros, la interpretación dada a sus reglas sobre prescripción, no dedicando sin embargo ninguna palabra al funcionamiento de la liberación condicional. Esta institución tomada como elemento favorable para la indeterminación de la pena había nacido en Irlanda como superación de los progresos penitenciarios. Fuera de ese país, en Inglaterra misma y sobre todo en el Continente, sus resultados han sido negativos.

La opinión de los técnicos en Estados Unidos va siendo contraria a ella. En los institutos carcelarios de la Unión el fracaso no se oculta. Entre nosotros no alcanza a ser sino una mecánica y automática reducción de la pena. Maúrtua diría que no ha de cargarse a la institución lo que es culpa de los hombres, al conceder esa libertad sin haber llegado el momento propicio para ello. ¿Pero con qué derecho por falta de organización de los penales se les puede denegar a los reos su liberación, vencidos los dos tercios de su pena, aunque no haya tampoco como ofrecerles medios de readaptación social, ni de ejercer sobre ellos vigilancia que pudiera conducir a la revocación de la libertad concedida?

Observando esa situación, no modificada en más de quince años en forma alguna, marchando esa institución en el vacío, la Corte Suprema no encontró otra solución que suprimir en sus líneas generales la liberación y la condena condicional,—otorgada ésta tan arbitrariamente, como aquella— dejando solo el funcionamiento de la primera para los casos de relegación e internamiento y de la segunda para los delitos culposos.

¿No será posible vivir dentro de la sabia dirección de la indeterminación e individualización de la pena, privándose momentáneamente de corolarios que por la falta del medio, resultan con-

traproducentes? No se ha querido adoptar ese temperamento conciliatorio y después de declarados por la ley en suspenso, el Congreso restableció el anterior orden de cosas. Sabemos, pues, que las penas no tendrán sino un valor de los dos tercios del tiempo señalado en la sentencia y que así perderán su carácter de indeterminación.

Las estadísticas son insuficientes para responder a la inquietante pregunta que plantea el problema de la penalidad. Lo que va siendo cierto es que la política criminal tiene mucho de ilusorio en cuanto a la reforma del delincuente. Los informes de los alcaides de las cárceles norteamericanas son desalentadores, ya que generalmente los pupilos liberados vuelven cargados de sombrías responsabilidades. Fué muy temprana su soltura, objetarán siempre los partidarios de la liberación. Mientras se mantienen los reos en la prisión las observaciones resultan engañosas, las tentaciones no existen, y sobre todo, a medida de su inteligencia y el afán de concluir con la reclusión, los reos se esfuerzan por acreditar su buena conducta. Las endocrinas funcionan perfecta y normalmente, pero inmediatamente de recobra la libertad y planeado un negocio, se hipertrofia el tiroi-des o se desarregla la hipófisis, y se encuentra que no fué oportunamente extirpado aquel o tratada ésta. ¿Y qué se podrá esperar en países en que se carece de verdaderos reformatorios, en que las cárceles son simples aglomeraciones de delincuentes, en que el personal no llega a ser idóneo, en los que los reos ingresados como analfabetos egresan en esa misma condición? ¿Con qué criterio procederán los jueces a conceder o a negar la solicitud de liberación, vencidos los dos tercios de la pena? ¿Podrá apreciarse realmente la reforma perseguida del delincuente y acertar sobre su madurez para regresar a la sociedad?

¿Cuáles habrán sido las fases preparatorias para su readaptación a una nueva vida, después del anquilosamiento del cuerpo y del espíritu producidos por la reclusión entre las cuatro paredes de la prisión? Bien se adivina todo lo artificial que hay en la apreciación y resolución de todos esos problemas.

¿Y cuándo estuvo en lo cierto el autor del Código del 24? ¿Cuando lo preparaba o cuando lo vió funcionar? En aquel momento en que su espíritu se recoge y siente la necesidad de la coerción moral, de la expiación dolorida del alma o en aquel otro en que recorriendo con su poderosa imaginación todos los

campos del derecho penal, vuelve, alucinado por las teorías radicales del positivismo, y proclama como culminación del derecho penal, la pena indeterminada, la supresión de los códigos penales?

Cuántos renunciamentos en esa aparente y generosa actitud para con el delincuente, que al tratarlo y protegerlo conforme a esos principios nos despoja a todos de la fuerza espiritual de nuestra conciencia moral, que si nos eleva hasta los cielos, nos hace franciscanos, humildes, nos da la suprema caridad, la emoción humana para juzgarnos a nosotros mismos y juzgar a nuestros semejantes, sin lo que no existe posibilidad de justicia sobre la tierra.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL 40

La revolución operada en la vida jurídica del país por el Código del 20 al introducir el juicio oral y el criterio de conciencia iba relegándose a la región de los principios sin trascender y echar sus raíces en la realidad nacional. El afán de los autores de esa legislación por derribar los viejos muros inquisitoriales, los llevó a exagerar lo oral y público en tal forma que alcanzaron los linderos del régimen acusatorio, a pesar de reconocer la inadaptabilidad de ese sistema, tan propio de los países sajones, en medios en que la sensibilidad y la volubilidad de las masas conducen a sacrificar a la víctima ante las lamentaciones del delincuente, invirtiendo fácilmente los papeles.

Y no otra cosa significaba poner el acento sobre el juicio oral, subordinando la instrucción a la simple condición de etapa preparatoria, sin consistencia ni sustantividad propias. No era sino seguir las corrientes de oralistas y juradistas que, con Garraud, señalaban como la suprema conquista penal alcanzada después de 1789, la de construir la *instrucción oral*, al margen de la escrita, poniéndola de lado para no caer en el mal de repetirla como en el antiguo sistema inquisitivo ocurriera con el plenario, que inútilmente duplicaba el sumario.

Los beneficios del sistema moderno o mixto consisten precisamente en la creación de dos momentos procesales, de los que el primero, el instructivo, tiene como fin descubrir el delito y la persona del delincuente, y el segundo, apreciando los elementos recogidos en aquel, definir la culpabilidad o la responsabilidad del acusado, diferenciándose perfectamente sin peligro de repeticiones ni de que se invadan esferas distintas, dedicadas neta y exclusivamente la una a la labor investigatoria, y la otra al juzgamiento propiamente dicho, interviniendo en cada una de ellas funcionarios distintos: el Juez Instructor y los Tribunales Correccionales o el Jurado.

El gran error de los que no quieren marchar dentro de los claros preceptos procesales de orden y separación, está en confundir la originalidad de la prueba con la nueva creación o

construcción de ella, en la equivocación que ya indicábamos al hablar del Jurado, de creer que los hechos surgen con la vara mágica del deseo o de las palabras.

El juicio oral como debate contradictorio, nada crea de por sí. Lo que no le da la instrucción no lo encuentra ni descubre, en parte alguna. La originalidad de la prueba no es sino la presentación en la Audiencia de las fuentes primitivas, de aquellas en que bebió el Instructor y en que recogió la realidad del delito. Los testimonios, los peritajes, los documentos, armas, objetos o instrumentos de todo género susceptibles de aclarar los puntos de vista, las hipótesis que permitieron marchar al investigador por el terreno que lo condujo a la imputación delictuosa, a señalar al acusado como el autor de la infracción legal se allegan al Tribunal en su más exacta pureza. Nada cambia porque en lugar de leer los testimonios o peritajes se reciba de los testigos o peritos su palabra hablada. No se va a creer que así nazcan nuevos hechos, cuando en una u otra forma no se tiene sino la historia de ellos, que merecerá la interpretación personal de cada juez.

Reflexiónese sobre la imposible formación de la instrucción oral al abandonar la escrita. ¿A donde se buscaría los elementos constitutivos del delito? No en otra parte que en aquella que quiere ponerse al margen, en el documento penal por excelencia que nada puede sustituir, porque contiene la inspección ocular, vaciada por el Juez en el acta, las autopsias, los exámenes biológicos, psicológicos, psiquiátricos, químicos, físicos, fotográficos, etc., etc. Se vive al sostener esa exigencia, en la ficción de la célebre anécdota china, según la cual, después de celebrar y escribir su contrato los hombres del Celeste Imperio, lo quemaban para que la divinidad tuviera conocimiento del concierto de voluntades; pero —como anota el irónico comentarista, de cuyo nombre sentimos no acordarnos—, tenían siempre buen cuidado de guardar la copia del pacto para los fines terrenales.

Como los chinos, que después de hacer participar a sus dioses tutelares en la existencia del contrato vuelven a la realidad de su escritura, los oralistas no se apartan tampoco de la construcción primitiva, como no podía dejar de suceder. ¿De qué otra manera se comprobaría el cuerpo del delito, en el amplio concepto que damos a ese término? ¿Acaso la prueba pericial en

general, como la misma testimonial, surge de distintas fuentes de las recogidas por el Juez Instructor? La presentación o examen en la forma más directa y cercana contribuirá indudablemente a su mejor apreciación y valoración por los mismos juzgadores, y no a otro fin.

El verdadero progreso de la justicia penal no está, como lo señala Garraud, en el abandono de la instrucción escrita, sino en que la obra que ella representa pueda apreciarse por juez distinto del que la hizo; a la luz de la ciencia, con preparación bastante para interpretar en cada momento el significado que encierra cada medio probatorio, bien un testimonio, bien un peritaje, bien un documento cualquiera o varios indicios que se agrupan para aclararlo todo con la caracterización que éstos adquieren como argumentos inductivos, como juicios sintéticos diferenciables de las presunciones que son simples juicios analíticos basados en el principio de identidad, en tanto que los otros se apoyan en el de causalidad.

Por eso, por los peligros que no dejan de ofrecer las audaces o equivocadas generalizaciones es exigible como nunca la fundamentación de las sentencias, es decir, la explicación de lo que nos convence, lo que nos lleva a aceptar una hipótesis y a establecer una dirección frente a otra. Los juradistas se levantan contra ello porque saben que queda disuelta en sus manos su justicia, al pedir las cuentas, al demandar a los jurados la razón de su veredicto. Y argumentan que la conciencia se forma espontáneamente sin que sepamos que es lo que nos lleva de uno a otro confín. Ahí está lo inconsistente, lo temible, lo inaceptable del Jurado, porque su acierto queda librado al azar.

No puede admitirse que en cuestiones tan graves como las penales, se llegue a su solución sin saberse el por qué.

Todo hecho repercute claramente en nuestra conciencia. Nada hay en este orden que sea inexplicable. Nadie ignora por qué se pronuncia frente a un suceso en un sentido o en otro. Y, especialmente, cuando se está obligado a preparar cuidadosamente la razón final de una decisión. Bogan en la incoherencia y se pierden en ella los que carecen de norte, de disciplina interior. La ausencia de reglas, la falta de método lleva a arbitrarias y falsas conclusiones. La fundamentación de las sentencias que es principio básico procesal se impone más severa cuando el Juez se mueve en el vasto e insondable campo de su conciencia, que se

ría inescrutable si él mismo no contribuyera a alumbrarlo y circunscribirlo.

El juicio oral viene a ser la representación del drama judicial escrito por el Juez Instructor, en que los personajes no son *fungibles* en el sentido de que no se les escoje a voluntad sino que se busca a los que intervinieron primitivamente en la instrucción. No quiere decir, dadas las diferencias que en verdad existen entre el drama teatral y el judicial que no pueda traerse nuevos testigos o peritos. Ello no está reñido con el carácter crítico del juicio, sino que lo favorece.

Ningún Código deja de franquear esa nueva y complementaria prueba, que no hace sino poner en evidencia la ya producida. Está en armonía con el principio de la originalidad de la prueba y sobre todo con la naturaleza sustancial de ésta, fuera de las preocupaciones de espacio y tiempo que la estrechan en el proceso civil.

Apurando analogías y diferencias entre el drama ficticio y el judicial, descubrimos, también, la razón de la instancia única en que debe desarrollarse el juicio oral.

Mientras en el teatro la emoción, la espontaneidad, el libre movimiento perjudica e impide la exacta expresión de la obra, de las escenas, de los pasajes, que saldrán mejores a medida que estén mejor estudiados y rectificadas en cada palabra y en cada gesto—como nos persuadimos leyendo la “Paradoja del Comediante” de Diderot—, en la audiencia lo que se quiere es la verdad, la ingenuidad, la sinceridad de los deponentes, ya sean acusados o testigos. La repetición de las Audiencias, al revés de lo que ocurre en el teatro, suprime y oculta, muchas veces, la verdad buscada.

El Código del 20, tomando como modelos el Código Francés y el Español, se organizó con esas tendencias oralistas que subordinan la instrucción, considerándola no sólo preparatoria y provisional sino simple, susceptible de ser formada por cualquiera persona de buen sentido, uniendo así los dos extremos de la cadena, entregándola a manos empíricas e indoctas. Con estas mismas ideas de que era fácil y accesible para todos, se fijó un plazo reducido de treinta días para su formación, concediendo en sucesivas ampliaciones hasta un maximum de setenta y cinco

días. Nunca se cumplieron esos plazos y como en los tiempos del 63, se prolongaron las instrucciones al igual de los antiguos sumarios, indefinidamente.

El mal no quedó ahí. El Código estableció un procedimiento especial para los delitos flagrantes, dándole valor a la instrucción hasta el punto de permitir que por su solo mérito se dictaran las sentencias. Aparte de que entraba en un terreno peligroso, al mantener el viejo concepto de la flagrancia para ajustar a ella la prueba, se abría una brecha al juicio oral, que en la práctica sirvió de puerta de escape, con lo cual la excepción se convirtió en regla general, cumpliéndose en este orden jurídico el conocido desplazamiento de la buena moneda por la mala.

A esos males generales, a los que se aunaron otros secundarios, que en el curso de su aplicación se pusieron de manifiesto, se agregaron las divergencias con la ley de fondo que había convertido la acción civil privada en pública, pero sin atender a todas las prescripciones, dada la reserva con que procedió al tratar materia ajena a su cometido; todo lo que hacía premiosa su enmienda para impedir la caída estrepitosa de toda la obra. Y surgió así la reforma que se tradujo en el Código de 1940.

Restablecer el equilibrio procesal encareciendo el valor de la instrucción, fijarle a ésta un término prudencial consultando la realidad nacional, para cortar el inveterado abuso que la hacía interminable y unificar el juicio oral, eran los puntos centrales que debían alcanzarse en la obra de reforma.

El propósito legislativo tenía que dirigirse, consultando los principios doctrinarios, a dar a la instrucción una función histórica y científica, a través de la cual se descubriera el delito y su agente responsable, para entregarla después a la labor crítica de los que habían de expedir la sentencia definitiva, cumpliéndose así las cuestiones fundamentales de separación que el sistema mixto exigía como primera garantía de acierto, completándose con la distribución de personal distinto en cada una de las etapas. Con esto se corregía el mal del sistema inquisitivo, que no disponía sino de un mismo juez, teóricamente imparcial, para investigar y juzgar; y el del acusatorio, que carecía de la etapa primaria para desarrollar la prueba en toda su amplitud.

La técnica de ese trabajo no consistía sino en hacer converger las instituciones al empeño de construir las dos etapas diferenciales. Las principales instituciones estaban dadas en el Có-

digo del 20 — no era preciso sino enfocarlas debidamente y garantizarlas en su ejercicio.

Convenía destacar la obra del instructor, para que tomando éste exacta idea de su grave función, se concentrara en ella; y ponerle a su disposición los elementos que facilitarían su ardua labor. Urgía la organización de la policía judicial como institución procesal, a fin de que prestara su cooperación decidida y eficaz, sin la que hoy no es posible llevar a debido término el proceso penal.

Había que buscar, también, las garantías de aquel ejercicio en los Tribunales Correccionales, que no tenían ya por qué quedar reclusos en su labor de juzgamiento y no desempeñar estrecha vigilancia sobre los instructores de su distrito judicial. No con otro objeto estaban en constante y directa relación con los instructores, desde el primer momento de iniciada la Instrucción, en virtud de las notas de aviso elevadas por el Juez sobre la actuación de las diligencias esenciales, para poder seguir paso a paso el desarrollo de ella.

Con estas facultades especiales de que pueden disponer los Tribunales Correccionales se salvarán los obstáculos y dificultades que se presenten a los Instructores en el desempeño de su labor, removiendo a estos mismos, si las circunstancias lo exigieran, entregando a otros la prosecución del proceso, o nombrando en su caso, hasta Jueces ad hoc, y poniendo todo lo ocurrido en conocimiento de la Corte Suprema, para que ésta, en ejercicio de sus altas facultades, aplique las sanciones a que se hubieren hecho merecedores los funcionarios, por omisión o negligencia, en el desempeño de su cargo.

Establecido ese engranaje procesal, el Código del 40 consiguiera por fin que sean una realidad los términos impuestos para concluir las instrucciones, liquidando un pasado que con su peso abrumaba el presente; un pasado, que arrastrándose penosamente sin finalidad propicia, no tiene por qué despertar preocupaciones de impunidad, al no ser en verdad, sino una rémora para el trabajo de los jueces y causa del estancamiento para la marcha general de los procesos nuevamente instaurados.

Vencidos los plazos, señalados en las disposiciones pertinentes para la conclusión de las instrucciones, no queda sino elevarlas a los Tribunales Correccionales, los que no tienen — agotada la única ampliación permitida — otra alternativa que abrir el juicio

oral o archivar las instrucciones. La Corte Suprema en uno de sus últimos acuerdos (12) ha dejado claramente establecido este nuevo orden— que en circular que lo concreta— dirige su Presidente a las distintas Cortes Superiores de la República.

Habrán llenado con esto la ley procesal uno de los más exigentes cometidos de la vida moderna desvirtuando el equivocado concepto que se tiene por muchos sobre el sistema mixto y aun del principio de conexión, al atribuir a éste los males que sólo se originan por el retardo de las instrucciones.

Pasaron los tiempos en que se hablaba de entregar la instrucción a personas de sano criterio y de recta voluntad, colocando en la base del proceso penal el empirismo para seguir sosteniendo la excelencia del Jurado, en el otro extremo del problema. La obra penal no admite el empirismo en ninguna de sus fases. Si el Jurado cae de su pedestal es porque vienen a sustituirlo los jueces moral y científicamente preparados. El conocido postulado: los laboratorios son la antesala de los Juzgados y Tribunales, es la mejor expresión de que la ciencia, con sus progresos, ha puesto a disposición de la justicia sus incesantes descubrimientos. Cada día se abren sectores científicos que aportan a raudales la luz para alumbrar los oscuros senderos de la delincuencia.

Los trabajos de seroterapia, en general de clasificación de la sangre de Rayos X, de dactiloscopia, de grafología, de microfotografía, y de toda la serie de peritajes científicos y técnicos favorecen y fundamentan el raciocinio indiciario, destruyendo para siempre los viejos métodos inquisitoriales, refugiados en los medios a los que no llega el soplo de la verdad científica.

El Instructor enérgico y culto no permitirá que se eternicen en sus manos los procesos ni escape de ellas el delincuente. Sin buenos Instructores los delitos permanecerían ocultos; la impunidad, la peor de las plagas, abatiría a la sociedad. Por eso podemos decir que los Instructores son la piedra angular de la justicia penal y que el mayor esfuerzo de los Poderes Públicos debe dirigirse a favorecer la formación de la falange esclarecida de los jueces penales.

Lima, 30 de diciembre de 1940.

CARLOS ZAVALA LOAIZA.

(12) cf. "Anales Judiciales". Año XXXVI. Pág. 303.