

UNIVERSIDAD DE CUENCA

"Juan Bautista Vázquez"

152

952

lt.

Universidad de Cuenca

340
D848
952

INSTITUCIONES DEL DERECHO PENAL

LA CONDENA CONDICIONAL

M. Ernesto Domínguez O.

CUENCA

1943.

EN LA PORTADA

He aquí un trabajo que merece caluroso aplauso. Se trata de la obra de un estudiante universitario, que, con clara visión, aborda uno de los problemas más importantes del Derecho Penal Moderno.

Cuando se dice que nuestra juventud no se inquieta con el entusiasmo de otrora por los vitales problemas de interés colectivo, aquí está la obra del Universitario señor Domínguez, para desmentir esa acusación a nuestra juventud.

El ensayo que hoy somete a sus lectores el señor Domínguez, es de trascendental importancia; pues, aborda uno de los problemas más estudiados en los últimos tiempos entre los tratadistas de las cuestiones penales.

En el Ecuador, la condena condicional, tema del trabajo del señor Domínguez, tuvo como primer defensor en publicaciones científicas, al destacado intelectual doctor don Fidel Alberto López Arteta, quien, desde las páginas de la Revista Jurídico Literaria de Quito, publicación del más alto prestigio en el mundo de las letras americanas, hizo un detenido estudio de esta institución jurídica, y preconizó la necesidad de su inmediata implantación en el Ecuador.

Más tarde, en 1931 se presentó al Congreso Nacional el primer proyecto acerca de la im-

plantación de la condena condicional en el Ecuador, proyecto que, por diversos motivos, no siguió su curso legal y fue retirado.

Es en 1938 cuando en el nuevo Código Penal, hoy en vigencia, se establece la condena condicional como institución jurídica nacional; pero apartándose de la forma en que fue presentado el respectivo proyecto de Código Penal; pues, de un lado, redujo su aplicación a los poquísimos delitos que se reprimen hasta con seis meses de privación de la libertad, como máximo, lo que casi desnaturaliza su objeto; y de otro, suprime el Consejo de Patronato, complemento esencial de la institución, ya para que surta el fin que se propone, ya para supervigilar los efectos de la nueva legislación, aplicándose al medio; y establecer las reformas y enmiendas que debe sufrir toda institución nueva, para que corresponda al medio en que ha de surtir sus efectos; pues, no puede olvidar el Legislador que cualquiera que sea la bondad absoluta de un postulado científico, en el orden de los principios, al convertirlo en institución jurídica de un país, ha de establecerselo en consideración a las condiciones del medio. De pronto, por ejemplo, se anota, al tratarse de la condena condicional en el Ecuador, la falta del órgano de control que, facilitando la estadística de aplicación, nos dé la certeza de sus resultados prácticos. Ciertamente, surtiendo su efecto el principio que justifica la institución, de lo poco que ha podido constatar, aparece que se ha aclimatado bien en el ambiente ecuatoriano. Esta constatación, muy incompleta por cierto, nos dice también de la necesidad de extender la fa-

cultad dada a los Jueces, para que apliquen la condena condicional, cuando menos, a las infracciones que tienen como máximo de pena imponible la privación de la libertad hasta de dos años. Mas, antes que todo, lo de inmediata urgencia es dotar a la institución del Consejo de Patronato, sin cuyo establecimiento, la condena condicional ha de ser una institución mutilada, que no puede ofrecer todos sus benéficos resultados.

El señor Domínguez al historiar la institución, hallándola, aunque en forma muy embrionaria, desde las legislaciones más remotas; al estudiar su nacimiento, ya como organismo de vitalidad propia, y, en fin, al seguir con método, su proceso evolutivo, lo hace con verdadero estudio y debidamente documentado. Esto para un universitario es altamente honroso, y merece el más franco aplauso.

Siempre celebré en el universitario señor Domínguez su amor por el estudio, y el interés demostrado por los apasionantes problemas del Derecho. En esta vez, vaya para él mi enhorabuena por su magnífica labor, mis votos fervientes porque su libro sea recibido con entusiasmo por sus maestros, compañeros y lectores en general; y, junto a estos votos, mi deseo porque emprenda en nuevos trabajos de esta índole, que tanto le honran.

ANDRÉS F. CORDOVA.

INSTITUCIONES DEL DERECHO PENAL

LA CONDENA CONDICIONAL

CAPITULO I

Las viejas Legislaciones y el Derecho de Castigar.—Eficacia Universal de Algunos Principios.—La Condena Condicional y el Derecho Romano.—El Rey Artaxerxes y la Historia Persa.—El Principio Aristotélico.—El Digesto y los Antecedentes de la Condena Condicional.—La Edad Media y los Tribunales Eclesiásticos.—La Denuncia Evangélica.

Varias son las instituciones introducidas al Derecho y Legislación Penal. Importantes son en sí cada una de ellas, consideradas desde el punto de vista de la necesidad de castigar por actos y acontecimientos que alteran el orden social. Mas, ocurren variaciones, y se transforman y cambian, o sustituyen y desaparecen, instituciones, con los accidentes de tiempo y lugar. Sin embargo, otras, provienen de tiempos lejanos y viejas legislaciones; modificándose, para adaptarse al ambiente y la época. Una de ellas, la Condena Condicional.

La nueva escuela penalista llamada de la Política Criminal, con sus instituciones importantes y características, ha considerado, también, a la Condena Condicional; hoy generalizada, por la eficacia de sus principios, en la lucha contra la primera delincuencia. La extensibilidad de sus efectos, que no sólo abarcan al aspecto jurídico, sino que se prolongan a lo moral y lo social, han hecho adoptarla universalmente.

Casi todas las legislaciones que han incluido la Condena Condicional, en su Derecho Penal, ha sido, a no

duarlo, juzgando las ventajas de la institución y los sistemas, conformada y modelados, con la idea de librar al culpable, de la aplicación de las penas; evitarle el sufrimiento de las mismas, en fuerza de varias circunstancias.

A pesar de la significación jurídica, adquirida en épocas recientes, propalada por las escuelas penalistas, bajo las formas anglo-americanas del "probation system" o del "conditional discharge", por ejemplo, la Condena Condicional, tiene un proceso evolutivo, que arranca de los rasgos amorfos del Derecho Romano, confundándose a veces con normas y costumbres, de pueblos de ignorada legislación.

En la antigüedad, sin referirnos a su apareamiento, era constatable bajo diferentes formas y con distintas denominaciones. Así, las relaciones de Aeliasus, de la historia persa, menciona el caso del Rey Artaxerxes que "liberó al joven acusado por su propio padre, de la falta en que había incurrido; amenazándole con una gravísima pena de muerte, para el caso de que, además de los delitos anteriores, fuera sorprendido en el porvenir, en un crimen similar" (*Racone y Carto-Adolescentem vero prae-senti culpa liberavit, gravissimas mortem interminatus, si prae-ter antecedentia peccata, imposterum simili in crimine deprehensus fuisset*).

Aristóteles, filósofo griego, sostenía que no yerran los jueces liberando al reo corregido de tal modo, que manifeste su intención de no volver a delinquir. Fundaba este principio en el arrepentimiento expreso del delincuente, la confesión espontánea del delito y el deseo del perdón. Además, Pintarco, Séneca, Cicerón, según los viejos historiadores, en su jurisprudencia, filosofía, discursos, mantenían similares principios, algunos de los cuales se han transformado en fundamentos de las legislaciones griega, y romana.

La modalidad jurídica de la "severa interlocutio" o sea de la conminación severa, estaba contenida en algunos textos, de los títulos y libros del Digesto. Consistía esta forma de penalidad, en la reprimenda que en público hacía, severamente, el juez o magistrado, al reo condenado a sufrir la pena de azotes. Era la anticipación del castigo; el mismo que se suspendía, si así mismo ante el público, declaraba haber cometido la infracción, prometiendo luego, que jamás volvería a incurrir en ninguna otra falta.

Eran los prefectos, auditores y vigilantes los encargados de cumplir con esta formalidad, que cabe llamar de la condena condicional; para los casos de los jóvenes que motivaban algarazas populares; al tratarse de la corrupción de los esclavos; y también, en cuanto se refería a las faltas disciplinarias de los soldados novicios.

Si esto ocurría en los albores de las ciencias jurídicas, en la antigüedad, cuando el poder de administrar justicia, era facultativo y estaba al arbitrio del emperador o del monarca, sujeto a las variaciones de la costumbre y aún sin estas normas; posteriormente, mejor estructurado el derecho y delimitadas las funciones soberanas; las instituciones jurídicas, seguía su camino de perfección. Entre éstas, ignominadas y bajo diferentes formas, se contaba la de la Condena Condicional.

En la Edad Media, la tendencia de no castigar a los que habían delinquido por primera vez, se habían propagado notablemente. Nacida de la magnanimidad de los reyes y príncipes, fué acogida por el "buen corazón de los jueces". De simple actitud personal y expresión de los sentimientos, adquirió el carácter de principios fundamentales, introduciéndose después a la legislación. En muchos países, entre los sistemas jurídico-penales, contenían la "jurisprudencia de los tribunales eclesiásticos" al tratarse del Derecho Canónico o de los "sistemas jurídicos generales" si era el Derecho Civil y para cualquier clase de ciudadanos.

Según la Jurisprudencia de los tribunales eclesiásticos, se había llegado a la implantación y propagación, de los principios y fórmulas propias de los jueces eclesiásticos. Una de éstas era la realización de "factos o acuerdos con los rebeldes regresados a obediencia, para remitirles de todos sus delitos, de todas las sentencias y de todas las penas espirituales y temporales en que habían incurrido, a condición de que, en caso de volver a reincidir, todas las sentencias se ejecutarían".

De las controversias entre juristas civiles y eclesiásticos, inopinadamente quizá, en sus discusiones llegaron a sentir que, "esta liberación no era absoluta y pura, sino una liberación condicional, es decir sólo para el caso de no volver a atentar". Al fin, la influencia de la Iglesia, fué realizando ciertos principios. Sus doctrinas religiosas, al infiltrarse en la legislación de los países en los cuales tenía predominio, se cambiaron en instituciones, que lle-

garon a ser autorizadas por el pensamiento político criminal, acogidas por las escuelas que aunque en ciernes, se empeñaban "en la materialización de la idea de perdonar al culpable". El enjuiciamiento disciplinario y criminal, con simpleza jesuérstina, se limitaba primero a los pecados de los clérigos y los delitos de poca monta. El juzgamiento se verificaba *sine strepitu judicii et figura*, es decir, sin estrépito o publicidad y sin formalidades de juicio.

Variaciones en la ejecución de esta modalidad, la cambiaron poco a poco, hasta presentarla como la "monitio charitativa", o sea la advertencia hecha al culpable, por el obispo o el abate, en caso de haber cometido una culpa o hecho punible, que en lugar de castigarlo, invocando el arrepentimiento y la enmienda, lo perdonaba. Poco después la "Denuntiatio evangélica" sustituyó a la anterior. Según el Derecho Canónico, se trataba de una denuncia, motivo de acusación y materia de juzgamiento y sentencia.

La denuncia evangélica, llamada también paterna, fraterna y caritativa; hecha ante el superior eclesiástico correspondiente, indicaba de la presencia de una infracción criminosa. En conocimiento de la infracción, falta o delito cometido, ya no se trataba de la venganza pública, sino de la enmienda y corrección del delincuente denunciado. La base para el ejercicio de esta clase de autoridad judicial temporal y espiritual era el Evangelio. Las enseñanzas de Jesucristo se practicaban: "Si tu hermano pecare contra tí, ve y redargúyete entre tí y él solo. Si te oyere has ganado a tu hermano. Mas, si no te oyere, toma aún contigo uno o dos, para que en boca de dos o tres testigos conste toda palabra. Y si no oyere a ellos, dito a la Iglesia; y si no oyere a la Iglesia, tenle por repudiado y publicano" (San Mateo—XVIII—15—17).

La denuncia evangélica tomada como institución, tuvo un desarrollo amplio en el campo científico-jurídico. No sólo se establecían fundamentos de carácter divino; se refería también a las condiciones y naturaleza jurídica del derecho de castigar en la tierra.

Fundamentalmente, para la aplicación de los correctivos al delincuente, se refería el Derecho Canónico a la naturaleza divina. Esta particularidad evitaba que los procedimientos especiales indicados para el juzgamiento, degenerara en abuso de la autoridad eclesiástica y se des-

figure así la institución. Con este motivo se establecieron restricciones que en primer término, ya no se refería a toda clase de delinquentes, sino solo a aquellas que "siendo inexpertos en algunas cuestiones, se calificaban de delinquentes primarios". Para los otros, autores de infracciones más graves, no cabía la denuncia evangélica ni la liberación a la que podían aspirar los menos culpables.

Estas son algunas bases expresivas de la existencia de la condena condicional en tiempos anteriores a los nuestros. Además de éstas figuran otras, que las enunciaremos para completar la presente investigación.

CAPITULO II

El Fidejusso de no Ofendido.—El Derecho Urbano de Ausburg.—La "Urpheda" en el Derecho Militar Alemán.—Francia en el Siglo XVII: La Admonición y la Reprimenda.—Inglaterra y las Instituciones de la Seguridad de Paz y Buena Conducta.—1827, The Reprieve and The Pardon.—Austria y la Institución de la Condena Condicional.

Además de las modalidades jurídicas y principios de legislación, que en la Edad Media, fueron precursoras de la Condena Condicional, se perfiló también una institución jurídico-penal conocida con el nombre de "Fidejusso de no ofendido" o sea la fianza de no ofender.

La fianza de no ofender, según la reglamentación establecida en los países bajos de Europa, consistía en la prestación de un juramento recíproco de parte del ofensor y de la víctima; juramento que solemnizado en presencia del juez, obligaba a observar ciertas normas de conducta, prohibiendo a los sindicados de alguna infracción, atentar nuevamente contra los derechos del ofendido, bajo la condición de serle aplicadas gravísimas penas, si procedía en contra de las estipulaciones de la fianza.

A su vez, la parte ofendida, tenía también la obligación de respetar las cláusulas del juramento y la fianza. Para que la fianza de no ofender tenga verdadero valor jurídico y legal, debía ser ofrecida por cada una de las partes, por ellas mismas cuando eran personas de reconocida capacidad económica y gozaban de ventajas sociales; o, por otras personas de igual condición, de buenos antecedentes, si acaso no tenía las características indicadas.

Cuando la fianza o caución era pecuniaria y se había producido un nuevo acontecimiento delictuoso, el reo

era conducido a presencia de las autoridades de justicia, las que, luego del juzgamiento de la nueva infracción le aplicaban la pena correspondiente al primer delito y la sanción indicada para la nueva falta.

La pena por el delito anterior casi siempre era la del pago de indemnizaciones y el valor de la fianza, a la persona que fué lesionada en sus derechos por los actos del infractor. A veces la pena consistía, también, en la expulsión del territorio y confinamiento del delincuente.

En las postrimerías de la Edad Media, en los siglos XVI, XVII y XVIII, en algunos países como Croacia, Hungría, Alemania, etc., regían principios de legislación, igualmente, formas de la condena condicional, principios que notablemente han influido para la conformación de la institución en las legislaciones modernas.

En el Derecho Urbano de Ausburg, se contemplaban disposiciones que facultaban a los jueces a suspender la ejecución de las penas, cuando, luego del juzgamiento del delincuente se había llegado a comprobar los buenos antecedentes de éste y si ante los Tribunales y la víctima juraba no volver a delinquir.

El Derecho Militar alemán de ese entonces tenía el principio institucional de la "Urpheda" o sea el juramento de no vengarse, ni cometer otro delito. Decía el juramento de no vengarse, porque se refería de manera especial a los prisioneros de guerra, quienes, encareados, eran sometidos a juicio, según la resistencia o la participación que habían tenido en las acciones de armas. Considerados como delitos de carácter militar, los actos reaccionarios contra los invasores o los guerreros y sus familiares, eran tenidos como delinquentes la mayor parte o casi todos los habitantes de la ciudad o población. El juramento de la urpheda era prestado por aquellos a quienes directamente sindicaban las autoridades militares, y de preferencia se refería a la promesa de mantener la paz y de no alterar de ninguna manera el orden general.

El juramento de la urpheda que según el derecho alemán, era limitado a los estados militares y su jurisprudencia relativa a los casos de guerra, se generalizó paulatinamente, adquiriendo otras modalidades que se hicieron comunes y se adoptaron en diversos sistemas legislativos.

Una manifestación específica del juramento de la urpheda era la fórmula por la que, la promesa de no vengarse o alterar el orden social, con nuevos delitos o aten-

tados belicosos, cuando no había sino cumplida por alguna persona, "en sumo grado rebelde" lo hacía en nombre de ella, un miembro del tribunal que le juzgaba o el verdugo encargado de ejecutar la sentencia, en "nombre del alma del reo" al cual de inmediato se le expulsaba del territorio. Cuando el juramento prestado en esa forma había sido violado por el verdadero infractor, se le buscaba; y sin juzgamiento de ninguna clase le era aplicada la pena suspendida por el juramento y luégo, la sanción que indicaba la víctima de la nueva infracción, aplicando de este modo la ley del talión.

Posteriormente la Constitución Criminal de Carlos V modificó esta institución, estableciendo que el juramento de la urpheda era sólo para los casos de culpas leves y que, aquellos que habían sido expulsados del territorio, llevando sobre sí la "condena en suspenso", no podían regresar al lugar en donde prestaron, sino que debían ser juzgados por las autoridades del lugar en donde cometieron la nueva falta, aplicándole una sanción "por doblada y ejemplar".

En Francia "L' admonition y le Blame" —la admonición y la reprimenda, eran formas institucionales del derecho de castigar. Consistía en la facultad de los jueces para increpar severamente a los individuos que habían quebrantado las disposiciones administrativas o las normas sociales. Cuando una persona había sido acusada de cometer actos alteradores del "buen orden de la ciudad o agredido los derechos personales" era llamada por los jueces quienes indicaban el contenido de la respectiva ley que sancionaba la infracción, le amonestaba cuerdamente y le permitía gozar de la libertad en tanto no vuelva a cometer nuevas infracciones.

La reglamentación de la admonición y la reprimenda estaba acompañada de la facultad del juez para aplicar "L' aumone" o la multa que debía pagar con fines de beneficencia. Cuando la falta no era grave, se le eximía de este pago en dinero, pero cuando había sido de tal naturaleza grave, en los límites de la institución, se hacía efectiva por los alguaciles, encargados de recaudar por los medios posibles y de entregar a una casa de beneficencia.

Si a pesar de la amonestación que era aplicada en forma privada por los jueces, por delitos no intencionales o para los "cometidos solamente por efecto de la vi-

vacidad o imprudencia o por cualquier otra negligencia que hubiere alterado un derecho", el reo cometía una falta menos grave que la anterior o igual a ésta, era declarado en público "que es sujeto convicto de haber cometido un delito y que había sido condenado a cumplir una pena simple que no se ejecutaba mientras se mostrara mas circunspecto en el porvenir, que de lo contrario era acreedor a las penas infamantes y más severas" las que eran ejecutadas sin atención a las personas y sin aceptar reclamaciones ni alegatos.

Inglaterra en su Derecho consignaba verdaderas normas respecto a la condena condicional, llamándolas "Instituciones de la Seguridad de Paz y Buena Conducta" con los privilegios concedidos a los clérigos, con la postergación y el perdón de los delincentes.

La seguridad de paz o de buena conducta consistía en el pacto que celebraban los súbditos de la decuria, "para que sirvieran recíprocamente de garantía y caución, comprometiéndose ante su Rey" para mantener la paz, garantizada por los tribunales de justicia, para que "los derechos del soberano o de los particulares no sean violados" bajo la sanción de gravísimas penas.

Cuando había sido presentada una denuncia por hechos delictivos, o cuando no se habían cumplido las disposiciones de los reglamentos urbanos, se le hacía comparecer al acusado ante el juez respectivo, encargado de recibir el juramento de seguridad de paz y buena conducta, si la incorrección o la culpa fueron primeras, debiendo prestar caución con fiadores, para que no se le apliquen las sanciones indicadas en los códigos.

Con la repetición de nuevas incorrecciones y cuando las faltas eran provenientes de culpa más grave, en vez de ser perdonado el culpable y de no serle infringida pena alguna, era puesto en manos de los jueces por los mismos fiadores, retirándole la fianza, para que le sea impuesta la pena más grave que la primera.

El privilegio de los eclesiásticos era el de que, éstos no podían ser juzgados sino por los tribunales civiles. Sin embargo por causas especiales eran presentados ante los jueces ordinarios, quienes en el juzgamiento y la sentencia podían aplicar la pena de muerte, pero que no era cumplida, porque el Rey podía otorgarles el perdón, declarándoles rehabilitados completamente, como si no hubiesen cometido ninguna falta, ni sido declarados culpa-

bles. El privilegio de los eclesiásticos fué suprimido en el año 1827.

La Postergación y el Perdón—The reprieve and the pardon—era la postergación en el cumplimiento de la pena ordenada por el juez en contra del primer infractor; llamado así el que incurría por primera vez. En este tipo de condena condicional inglés, el perdón absoluto podía ser concedido por el mismo juez, atendiendo a la buena conducta anterior, a las relaciones y amistades del culpable y perdonándole temporal o definitivamente la pena.

La postergación de la sentencia y la postergación de la pena, eran las bases para el perdón. La postergación de la sentencia, cuando el juez o los tribunales deducían que la falta fue cometida por primera vez, por un individuo de corta edad, por inexperiencia, por falta de fuerza en su voluntad; entonces, le permitían dirigirse al tribunal superior o al Rey solicitando el perdón absoluto.

Si el perdón le había sido concedido por la postergación de la sentencia o la postergación de la pena, el reo perdonado "por voluntad soberana o por voluntad judicial" debía prestar la promesa o "recognisance" delante de testigos y fiadores que garantizaban que no volverá a delinquir, para asegurar en el acta correspondiente la "conditional discharge" descarga condicional. Nuevas faltas daban lugar al cumplimiento de la pena cuando había sido "suspendida por perdón a plazo".

En los finales del Siglo XIX y a comienzos del Siglo XX las legislaciones de los países europeos, casi todos, habían modelado ya, la institución de la condena condicional. Pero, es Austria, la que adjunta a sus sistemas de Derecho Penal y la promulga con el carácter de verdadera institución regulada por leyes especiales. Luego después, Estados Unidos la adopta y modela especialmente, dándole fisonomía específica y propugnando como una de las mejores auxiliares para llegar a la individualización de la pena.

Posteriormente, en la América, Argentina, Brasil, Uruguay y el Ecuador introducen también a sus legislaciones y la adaptan aunque sea en forma relativa.

CAPITULO III

Periodo Indoamericano.—Los Incas y sus Sistemas de Castigar.—Instituciones Jurídico Administrativas.—La Administración de Justicia.—Penas y Castigos Usuales.—Infracciones de los Funcionarios Públicos en el Tahuantinsuyo.—Los Delitos de las Sacerdotisas.—La Embriaguez en el Incaario.—Guerras y Conquistas.—Finalidad de los Castigos.

Varios países europeos y asiáticos, en distintas épocas y diversas etapas de sus legislaciones, han tenido en los sistemas de incriminación, normas tendientes a la individualización de la pena. No pocos fundamentos han determinado, que desde lejanos tiempos, la condena condicional, haya sido aplicada con ventaja y llegado a un grado relativo de perfección.

En América, en los países que fueron conquistados por los españoles; según las anotaciones históricas y las investigaciones sobre la organización social de las civilizaciones incásica, azteca, chibcha, maya, caribe, etc., existían también y eran usuales algunas formas de la condena condicional.

La organización social del Tahuantinsuyo estaba compuesta del Inca, de la nobleza y del pueblo. Cada uno de estos sectores tenían particularidades que hacían precisa la aplicación de diferentes normas de carácter administrativo y legal. Sin embargo, la apropiada reglamentación de sus principios jurídicos, de derecho consuetudinario, permitieron la estructuración magnífica de la gran nación de los incas, ejemplo de organización democrática.

La personificación del Estado la representaba el Inca, a quien se le suponía de origen divino y con ilimitada extensión de su poder. La justicia se confundía con las expresiones de su voluntad—única e inflexible ley—Mantenían, además, instituciones en las que descansaba

la organización del imperio, tales como las relativas a la propiedad, reflejando un comunismo práctico, base de la constitución política de los incas.

El estado de aislamiento y falta de amplitud en las relaciones comerciales; ausencia de la propiedad particular y otros aspectos civiles, no dieron lugar a la existencia de instituciones o legislación que regulen estas modalidades del derecho. A pesar del carácter puramente político de la legislación de los incas, tenían disposiciones aplicables a las relaciones sociales y posesiones de cada pueblo del Imperio, semejantes a las leyes del régimen municipal. La división de las tierras para el servicio y utilidad del Sol, del Inca y la nobleza y del Pueblo, se la hacía por medio de estatutos, representados en la actualidad por las leyes agrarias. Ley con fin era la que ordenaba y organizaba el servicio administrativo público. Las leyes de la hermandad, imponían la obligación de ayudarse mutuamente en los trabajos ordinarios como la construcción de casas, cultivo de los campos, etc. El trabajo estaba regulado por la ley de las mitas o la forma rotativa de prestar toda clase de servicios al imperio en forma general o los trabajos especiales.

Para fijar límites al lujo y evitar la violación de las normas establecidas para el uso de vestidos y otras comodidades económicas particulares, tenían leyes suntuarias, las mismas que casi siempre estaban acompañadas de las leyes domésticas, que destraban de la familia la ociosidad y establecían entre cada uno de los componentes, el orden jerárquico y la subordinación correspondiente.

En la aplicación de todos estos principios de legislación, el Inca demostraba siempre ante la condición de sus vasallos, la misión divina de la que estaba revestido. Las leyes tenían por fundamento este concepto: sanciones y castigos que se imponían en nombre de Pachacamac o de Viracocha, sus dioses principales. Las guerras y conquistas tenían, pues, por objeto, conservar la fe y propagar su religión de la manera posible; constituyendo esta finalidad, la base amplia y poderosa de la existencia política del Tahuantinsuyo.

El orden del imperio, más que en el rigor de las leyes, descansaba en la vigilancia del gobierno. Las circunscripciones territoriales, en mucho semejantes a las de los romanos, permitían que la acción y vigilancia del soberano, se constatare en cualquier parte, por medio de los

representantes, agentes de diversos órdenes, puestos al frente de las fracciones en las que estaba dividida la sociedad.

La justicia era administrada con celeridad por los jueces, en sus jerarquías y de acuerdo con la gravedad de los actos.

Casi todas las ciudades tenían jueces con jurisdicción en materia leve. Los delitos de gravedad, eran sometidos a los jueces superiores, o sea a los gobernadores de los distritos, nombrados por el monarca y con la obligación de terminar todo asunto, a más tardar en cinco días. Sus fallos no tenían apelación, como los de los jueces inferiores.

La severidad era la característica de las leyes penales de los incas. Los crímenes y delitos contra la propiedad, la vida o el honor de los asociados, se castigaban con la pena de muerte. Admitían, sin embargo, atenuantes que disminuían la intensidad del castigo.

Considerando que el soberano era de procedencia divina y que todas las leyes eran emanadas de su voluntad, la transgresión de las mismas, era tenida como verdadero sacrilegio. Así, era delito todo lo que se hacía o decía en contra del Sol, blasfemias o malas expresiones; las rebeliones contra el monarca o maldiciones al inca; vejámenes a las sacerdotisas y vírgenes del sol, etc. etc., respecto a lo cual, los castigos, en su mayor parte eran severísimos.

La pena de muerte era la principal, para los delitos graves. Además, eran usuales, penas corporales de mutilación y torturas, cuando la naturaleza de la infracción o la condición social del delincuente, servían para alcanzar del inca, el perdón parcial, que permitía gozar de la vida, después de soportar ciertos castigos. Por delitos leves se aplicaban penas privativas de la libertad; arrestos y prisiones, o sanciones económicas que se referían al pago de contribuciones en especies, o también con la obligatoriedad del trabajo en obras especiales. Esta forma de castigo, aunque por delitos leves, era en sí severa, ya que, el tributo del trabajo, para múltiples objetos exigido, era pesado y duro para el pueblo, con la carga de sostener la vida del Estado, de la nobleza, del sacerdocio, de los funcionarios públicos, y de la misma familia. Era mayor la carga, cuando se obligaba a la familia a terminar la tarea impuesta al condenado.

Estas facetas de la organización social de los incas,

revelan de manera clara, el grado de perfección en el que se encontraban, antes del descubrimiento y la conquista por los españoles. Comprueban todavía más, el anticipo a modernas doctrinas económico-sociales, y los alcances de sus principios de legislación y el fundamento de sus instituciones. La Condena Condicional figuraba también, dispersa en distintos modos de aplicar las penas.

Cuando el heredero del imperio o los aspirantes al trono, educados con esmero en el arte de la guerra, a la edad, más o menos, de 16 años, eran sometidos a demostraciones de aptitud ante el pueblo. Si obtenían la aquiescencia del soberano y satisfacción popular, les era conferida la investidura del huaraco, similar a la toga civil de los romanos o al ingreso a la caballería en la Edad Media. Si las pruebas del aspirante o heredero, no eran suficientes, se les condenaba a castigos corporales y amenazaba con la pena de muerte, pero sin cumplir la sentencia hasta después de seis lunas, que, debían presentarse a otro examen. Cuando la repetición de la prueba no era perfecta, declarándolo indigno de pertenecer a la clase de los hijos del sol, se le daba muerte. A los amautas y nobles encomendados del cuidado y preparación del huaraco, se les deponía de su dignidad y enviaba a trabajar en la construcción de caminos.

Terminada una conquista los curacas y jefes del país conquistado eran llevados a presencia del monarca. Al demostrar sentimientos de adhesión al nuevo soberano eran rodeados de consideraciones y enviados a gobernar a sus mismos vasallos, dejando en garantía de fidelidad a los hijos mayores o seres queridos de la familia. Si el comportamiento del subyugado no era correcto e incurría en faltas contra el inca, rebeliones o insultos, era juzgado por los jueces superiores, quienes sentenciaban con la pena de muerte, la que no se ejecutaba, mientras no haya sido llevado a presencia del Inca. Ante éste, debía expresar la intención de no repetir los atentados para perdonarle la vida y dejarle en libertad, por el perdón soberano; pero si pasado algún tiempo cometía nuevas infracciones, era victimado inmediatamente.

Los chasquis, especial sistema de comunicaciones, eran los encargados de transmitir verbalmente, o por medio de los quipus, las órdenes del soberano. Localizados a trechos a lo largo de los caminos, el soberano y su gobierno podían comunicarse, con extraordinaria rapidez, con

las regiones más apartadas del imperio. Educados con esta finalidad y contando con el secreto profesional, gravitaban sobre ellos severas penas que se ejecutaban cuando habían revelado secretos oficiales o comunicados particulares, a los miembros de la familia o el pueblo; o hecho conocer noticias a los enemigos.

Constatada la infracción cometida por el chasqui, si fué por causa ajena a su voluntad, se le perdonaba el castigo que debía recibir. Si la revelación del parte que transmitía se debió a influencias de la fuerza o el terror, si era por primera vez, no se le castigaba, amenazándolo, únicamente, con arrancarle la lengua si volvía a repetir el mismo hecho. Cometida nueva infracción, el chasqui era cortado la lengua, si el secreto no era de mayor importancia; y, si tenía interés para el imperio, se le aplicaba la pena de muerte.

Las vírgenes del sol eran doncellas dedicadas al servicio de su dios. Desde muy tiernas sacadas del seno de las familias nobles, eran encomendadas a la vigilancia y educación de las mamaconas. Cuando habían llegado a cierta edad y se celebraban las fiestas del Raymi, internadas en los Templos del Sol, cortaban toda relación con el mundo exterior. Sólo el Inca o la Coya podían entrar en los recintos sagrados.

Las sacerdotisas o las mamaconas que habían permitido alguna vez, la entrada de otra persona que no sea el Inca o la Coya, o si habían sido sorprendidas en alguna relación amorosa, o mantenían comunicación con los quipucamayos, los amautas, los curacas u otras personas que tenían acceso a las inmediaciones de los templos; si la infracción, a juicio del Inca, no era muy grave, eran notificadas con la degradación y deposición de su dignidad y encomendadas a otros quehaceres en la corte. Incurriendo en nuevas faltas o llegado a tener descendencia, se les indicaban las penas que debían sufrir, las que no se hacían efectivas mientras seguían prestando servicios domésticos al Inca. Cuando abandonaban estos trabajos y se alejaban de la casa real, y no contraían matrimonio, eran repudiadas y sentenciadas a muerte.

La embriaguez era el vicio dominante —dice Alzamora— Embriagábanse los indios por la paz y la guerra, por la dicha y por la desgracia, al principiar sus tareas y al terminarlas, por el nacimiento de sus hijos, por el corte del pelo, por el matrimonio y por el entie-

ro. En esto no había distinción de sexo, edad, ni rango y nadie se avergonzaba de ostentar los efectos de la bebida. Pero, al tratarse de las campañas guerreras o cuando se disponía por algún evento especial la prohibición del uso de las bebidas fermentadas, la observación de las disposiciones soberanas era obligatoria para todos. Si alguna persona de las diferentes clases habían infringido la orden real, era juzgada por el juez del distrito. Si la desobediencia al mandato del Inca fué por primera vez, no se le ejecutaba el castigo indicado, manifestándole que, de volver a dar muestras de mal ejemplo, con su desobediencia al monarca, sería muerto a palos. La vigilancia del gobierno y el terror a los castigos, casi siempre evitaban que se reincida o cometan nuevos delitos.

De la aplicación de estas formas de castigar, con la idea de conseguir el más alto grado de moralidad entre los súbditos del Imperio, se deducía la correcta observación de las leyes y normas consuetudinarias, en cada una de las instituciones incásicas. El sistema punitivo de los incas e inopinadas aplicaciones de la condena condicional, hicieron "que no se diera entrada al crimen, siendo por esto muy raros los asesinatos, los robos, el adulterio y el libertinaje escandaloso".

CAPÍTULO IV

La Dominación Española en América.—La Colonia: Bases de la Organización Jurídica.—El Derecho Público y el Derecho Privado.—El Poder de Administrar Justicia.—Los Tribunales, las Audiencias, los Alcaldes Mayores y Menores.—Los Fueros y Privilegios.—Los Principios del Derecho Penal.—Doctrinas y Problemas Penales.

El derecho Indoamericano o Hispanoamericano, es el resultado de la trasplatación de los sistemas histórico-jurídicos que se sucedieron en España, con motivo de las invasiones y conquistas de las que fue víctima la Península Ibérica. La aplicación del Derecho Español, en las colonias del Nuevo Continente, constituyó la integración del Derecho Indoamericano, reformando o mejorando las instituciones que existieron en los estados aborígenes. Algunos principios del derecho nativo se conservaron, pero las mejores aplicaciones fueron destruidas y aniquiladas, acaso, por la insaciable sed de oro de los conquistadores.

Las bases de la organización jurídica de las colonias occidentales, fueron determinadas por el Real Consejo de Indias, con la expedición de leyes, ordenanzas, pragmáticas, cédulas, encomiendas, etc., sistema de legislación que duró por el espacio de tres siglos. De las recopilaciones que se han hecho de estas fórmulas jurídicas, por juriscultores españoles como Vazco de Puga, Diego de Encinas, o de criollos, como Antonio de León y Prieto y Juan de Solórzano y Pereira, se tiene conocimiento de las normas empleadas para regular los derechos personales de viajar, avecindarse o residir en territorios de la colonia; de comerciar entre los pueblos conquistados, o con las ciudades o puertos de ultramar.

El derecho de avecindarse y de residir en los terri-

torios de la colonia estaba controlado por la Casa de Contratación de Sevilla; dependía también, de la voluntad de los virreyes, quienes facilitaban su goce, a los que tenían ocupación habitual y liberal modo de vivir.

La libre comunicación estaba prohibida; restringida la correspondencia a simples noticias comerciales, las mismas que siempre eran revisadas y censuradas, castigando severamente a los súbditos de la corona o a los extranjeros, que divulgaban o interesaban noticias de los países colonizados.

Los españoles o emigrantes que facilitaban la entrada de libros o impresos de cualquier naturaleza, por entrañar un peligro para los secretos marítimos o territoriales adquiridos como riqueza, o temiendo la divulgación de los abusos en la colonización; eran sometidos al juzgamiento de las Presidencias o de los Virreyes, en los diferentes tribunales que sancionaban las infracciones con severísimas penas, como la de muerte y exiliamiento del territorio.

La Casa de Contratación de Sevilla era la que, de modo especial, se encargaba de la regulación del comercio, tanto de la metrópoli como de naciones extranjeras. Estaba prohibido el tráfico marítimo y la competencia naviera, lo que dió origen a divergencias con países como Inglaterra y Francia que se vieron obligadas, a armar corsarios y piratas en contra de la navegación española, con el objeto de destruir el exclusivismo del comercio con las colonias.

Aspectos diferentes del Derecho Territorial y Marítimo, del Derecho Mercantil, de las relaciones sociales y políticas, eran materia de estipulaciones especiales que contenidas en las leyes, entrañaban también, circunstancias disímiles para la aplicación de sanciones por la infracción de las normas legales y jurídicas. Sin embargo no se podía hablar expresamente de la existencia de un Derecho Penal específico.

Los fueros y los privilegios, la organización social de las colonias con la clasificación de colonos, criollos y esclavos, determinaban la distinta manera de administrar justicia, en cada caso. El arbitrio judicial y los abusos de los magistrados y jueces se ensañaban en contra de los nativos, exajerando la aplicación de las penas, extralimitándose en sus atribuciones y prerrogativas, hasta hacer del régimen colonial, un gobierno de tiranía que por

poco aniquiló a la raza indígena.

Juan de Ulloa en sus comparaciones estadísticas, anota la existencia de trece millones de indígenas al tiempo de la conquista, que, por el rigor de la aplicación de las leyes de las mitas y las encomiendas, especialmente, y por el celo de la propagación de la fe católica, quedaron reducidos a dos millones, en la colonia; debido al exterminio por la inmisericordia en la aplicación de la pena de muerte, las torturas inhumanas y nefastas injurias.

La magistratura, así como en España, estaba representada en las colonias, por las Audiencias, la más alta autoridad compuesta, según la importancia, de tres, cuatro, ocho o diez oidores o ministros, de los cuales el Presidente era el Virrey. Luego, estaban encargados del gobierno regional o seccional los Capitanes Generales o los Gobernadores y los Alcaldes Parroquiales.

Durante este régimen se fundó en el año de 1563 la Real Audiencia de Quito, adscrita al Virreinato de Lima; cuando, las condiciones y cualidades para ser oidor eran severas; no permitiendo optar esta dignidad a los hijos del lugar, ni casarse con nativos, pero que, en cambio, debían poseer vasta ilustración y fortuna. Además, no podían realizar visitas particulares, ni mantener relaciones sociales con otras personas que no sean los miembros de familia, por el temor y peligro de tergiversar la administración de justicia. Estas modalidades eran la causa por la que, oidores y ministros y autoridades eran designados de tarde en tarde, garantizando el funcionamiento vitalicio e indefinido, de los que habían llegado a estas situaciones.

Los Alcaldes Mayores y los Alcaldes Menores, en las ciudades principales o en las de segundo orden, eran los funcionarios que tenían las atribuciones de los jueces encargados de la administración de justicia, con competencia en los asuntos civiles, criminales, de comercio y aduana en los asuntos generales. El procedimiento era el mismo del Reino, distribuida la actuación en las gerarquías reconocidas de las Audiencias dependientes del Real Consejo de Indias, con autoridad sobre los Alcaldes Mayores, y éstos, sobre los Alcaldes Menores y Corregidores, con facultad para revisar los fallos judiciales y conocer de toda clase de asuntos en las respectivas instancias.

Después del reinado de los Reyes Católicos y al in-

miscuirse en el gobierno de España los Soberanos de Borbón, a fines del siglo XVII, se introdujeron al sistema de legislación, instituciones y fundamentos del Derecho Francés. Provenía de esta manera la organización de las intendencias generales de provincias, extendida hasta las colonias, con funciones administrativas y judiciales absolutas. Por el uso limitado de las atribuciones concedidas a los intendentes generales degeneró la institución, hasta el extremo de hacer del gobierno, un régimen intolerable de abusos y extorsiones, que, para limitar las consecuencias, el Consejo de Indias instituyó el llamado Juicio de Residencia, para juzgar de manera pública a los Intendentes, castigarlos y deponerlos de su cargo cuando merecían.

Los fueros y privilegios de los jueces, sin embargo, eran sobrados, sin que se les pueda enjuiciar ni civil ni criminalmente, usándose un sistema especial de juzgamiento y trámite, cuando era necesario ventilar denuncias o acusaciones graves, de la misma manera que la acostumbrada en la Metrópoli, es decir, con el Vía Crucis de la administración de justicia y el procedimiento tardío y engorroso de los recursos y las apelaciones.

El Derecho Penal en cuanto a la clasificación de los delitos dejaba al arbitrio judicial, y la aplicación de las penas se hacía según los casos con la muerte, las torturas, las penas infamantes, las de mutilación, privación de la libertad y las penas pecuniarias. El objeto del castigo no era solamente, el de reprimir la infracción sino también, intimidar y ejemplarizar para conseguir por el miedo y el terror, la limitación de los crímenes y delitos, de las infracciones y contravenciones, de las faltas en general; y para evitar la propagación de la criminalidad.

De acuerdo con Noline que dice: el Derecho Penal es el termómetro que sirve para medir la civilización de los pueblos y que su historia es el registro variado de las instituciones, de acuerdo con los sentimientos públicos de la sociedad y las costumbres; afirmáramos, que el estado de las colonias bajo la dominación española fué lamentable y que, el Derecho Penal estaba incluido en la fase que consideraba al delito como una ofensa a la ley, divinidad social con acción prohibitiva y sancionada con una pena. El delincuente, personalidad dueña de su voluntad, incurría por su querer y se hacía acreedor a un castigo. El libre albedrío, incipiente manifestación de la

psicología criminal, localizaba al culpable en un grupo social diferente, dando origen al problema de la desigualdad humana, en relación a lo que, la administración de justicia era diferente en el caso de las categorías sociales y políticas, de los libres y esclavos, nobles y plebeyos, colonos y criollos, etc.

En el régimen penal de la colonia, el delito era también, una rebelión en contra de la autoridad, la misma que encarnaba la idea absoluta de la justicia. El transgresor era considerado como un rebelde en contra de la autoridad divina, puesto que, el magistrado y funcionario judicial tenían características que se las hacía dimanar de Dios y eran reconocidas por el poder temporal. El arbitrio judicial era el problema que acompañaba a estas manifestaciones, dando margen a extralimitaciones y abusos de los jueces, con la práctica ciega de la individualización de la pena y la clasificación del delincuente.

Para justificar el descomunado abuso de la punitión, tal como se desprende de las relaciones de Fray Bartolomé de las Casas, sosteníase que todo hombre viene al mundo con inclinaciones naturales al mal, manchado con la primera culpa del pecado original. Por esta natural inclinación y por las manifestaciones de su voluntad, cuando se puso en la condición de criminal; para precaver a la sociedad de un grave mal y por el respeto y sumisión al soberano, por las leyes divinas y humanas, era necesario la segregación de los inimitables, como un miembro corrompido que se debe amputar, para mantener la salud del cuerpo y la del alma. La segregación se hacía con la aplicación de la pena de muerte o extrarrefugio del territorio, siguiendo a estas penas la de la repudiación social y el aislamiento del mutilado, avergonzado públicamente y desposeído de sus bienes.

Con estos principios vigentes del Derecho Penal de las colonias, no se podía señalar la existencia de instituciones que hayan sido garantía para los delinquentes o respaldo de la tranquilidad y paz social. Menos se puede afirmar la existencia de remotas ideas sobre la condena condicional; a no ser las formas del perdón absoluto concedidas por el soberano de España o autorizados por los Tribunales Superiores, de acuerdo con los fueros y privilegios de los enjuiciados. De otra manera, el arbitrio judicial, las justicias extraordinarias, el procedimiento inquisitorial, desbordábanse en continuas tropelías atenta-

torias contra la vida, el honor e intereses de los asociados. La clasificación de los delinquentes y la creación de sanciones y castigos en nada estaba de acuerdo con los principios humanitarios o positivistas que ya se divulgaban, como fruto de las nuevas doctrinas del Contrato Social o las garantías conquistadas por la Revolución Francesa.

Principios y fundamentos del Derecho Penal Español fueron acogidos en los códigos de algunos países que lograron su independencia y que perduraron mucho tiempo, como aconteció con el Código Penal ecuatoriano de 1837 y otros posteriores, aunque ya en estos cuerpos de leyes se consagran nuevos principios y mejores instituciones.

CAPITULO V

Epocas posteriores a la Colonia.—Influencia de la Legislación Colonial.—Las Nuevas Repúblicas y su Legislación.—El Código Penal del Ecuador de 1837.—Principios Positivistas aplicados en este Código.—Modalidades de la Condena Condicional.—El Proyecto de Código Penal de 1936.—Informes y Comentarios.

Las instituciones jurídicas y leyes españolas que rigieron en las colonias de América, subsistieron mucho tiempo después de que, algunos países habían conquistado su independencia y libertad. Los principios doctrinarios del derecho público, las normas aplicadas a la regulación de los derechos personales y particulares, de las legislaciones de países europeos, y más las nuevas concepciones americanistas, fueron las bases para las adaptaciones y adopciones de los sistemas jurídicos, políticos y administrativos de las naciones independizadas.

Los pueblos que constituyeron la Gran Colombia, con los auspicios del más grande de los Capitanes de la libertad, Bolívar, acogiendo los postulados democráticos proclamados en la Declaración de los Derechos del Hombre, perfilaron la nueva modalidad del derecho latinoamericano o hispanoamericano. Los proyectos políticos constitucionales, así como el derecho en general estaba encaminado, por la aplicación conveniente, a hacer de estos pueblos grandes y poderosos. Pero, diversos factores imperantes como el militarismo, por ejemplo, con sus exageraciones que influyó en el ánimo social, fomentando luchas y rivalidades, fué la causa para que la marcha y desarrollo de la organización de los incipientes estados sufriera graves alteraciones, con consecuencias que hasta la hora presente se constatan.

Sin embargo, la influencia de la Revolución Francesa y los ideales político-sociales propugnados por Rouseau, asimilados por Nariño y Espejo, especialmente, facilitaron la constitución de la nacionalidad que debía ser reglamentada y regulada por sorprendentes normas de derecho y valiosos aportes jurídicos, reconocidos en la legislación comparada universal.

Desgraciadamente la embriaguez de libertad; sin escuela de libertad y con marcada tendencia individualista, reveló en muchos sectores granelombinos el descontento absoluto para el papel creador del gobierno, de los pueblos que aspiraban a ser eminentemente libres. La cohesión social y política faltó en los momentos más apremiantes de la disgregación del Estado ideado por Bolívar aconteció, en las circunstancias históricas que el Ecuador las delimitó.

Pasado algún tiempo; después del período llamado "floreano" y el constante conflicto y retroceso de la evolución jurídica del Ecuador, la Constituyente de 1835 designó a Dn. Vicente Rocafuerte para Jefe del Estado quien, con profundo genio político organizador, trató de contener los desbordes de la demagogia y "truhanerías del corrompido elemento militar". A pesar de las censuras parlamentarias del Congreso de 1837 consiguió que sus gestiones se caractericen por la realización de un amplio programa de reconstrucción y modelamiento de las instituciones nacionales.

Se debe a la influencia de Rocafuerte que el Congreso Nacional de 1837 aprobó un ejemplar del Código Penal, conteniendo numerosas innovaciones doctrinarias y mejores aplicaciones jurídicas; incluyendo entre otras, los dictámenes de la Convención de 1835, sobre el juzgamiento de los funcionarios públicos, factor depurativo de la administración. En este mismo año se promulgó la Ley Interpretativa de la Constitución, estableciendo la verdadera división de los poderes públicos; sistema para contrarrestar las influencias del militarismo floreano insatisfecho y turbulento, que agitaba a la República, afectando al Estado y Gobierno, al orden social y los particulares.

El Código Penal de la República del Ecuador sancionado por la Legislatura de 1837, fué adoptado de un Proyecto de Código Penal que cursó en la Convención y Congreso de la Gran Colombia en 1828, pero que no llegó a promulgarse por diferentes motivos. Contenían sus instituciones expresivos conceptos del derecho positivo, considerando para la aplicación de las normas legales factores preponderantes, como el medio ambiente social, la capacidad económica y las manifestaciones filosóficas de la época.

En el Capítulo II —De las Penas y de su Ejecución—

del Código Penal de 1837; contiene el artículo 8º entre las penas correctivas: "11.—El apercibimiento judicial. 12.—La represión judicial; y la 14.—La fianza de buena conducta" que explicadas en los Arts. 37, 39, 40 y 77, señalan verdaderos antecedentes de la condena condicional; ya que, los principios que sustentan y las modalidades de la aplicación, expresan la idea de reprimir la primera delincuencia, estableciendo la sanción como una garantía para el infractor en consideración al delito de poca importancia.

"El que deba dar fianza de buena conducta —dice el Art. 37 del mencionado Código— tendrá obligación de presentar su fiador abonado a satisfacción de la autoridad local respectiva. El fiador será responsable con sus bienes de la buena conducta del fiado durante el tiempo por el cual se haya exigido la fianza. En defecto de esta garantía será confinado o arrestado, el reo, donde pueda trabajar por un tiempo que no exceda de la mitad del señalado al afianzamiento".

El contenido de este artículo revela la analogía de sus dos partes principales, la fianza de buena conducta y la aplicación del arresto o confinio en caso de no ser cumplida la fianza, con las instituciones del derecho penal inglés, del Pacto de Seguridad de Paz y Buena Conducta, aplicado en los distritos penales, en 1812. El modo de aplicarlo es en todo casi semejante, con la sola diferencia en cuanto a la expresión del juramento de paz y la prestación de la fianza, que en Inglaterra se la hacía ante el Jefe del Distrito Penal, después del juzgamiento por la autoridad competente; y en el Ecuador, el procedimiento ordenaba que debía presentarse ante el mismo juez que conoció y falló la causa.

El Art. 39 del Código de 1837 dice textualmente: "El apercibimiento judicial consistirá en expresarse y declararse en la determinación del juez el acto culpable del reo, advirtiéndole que ha faltado a su obligación, y previniéndole que se abstenga de reincidir en otras faltas en adelante, bajo apercibimiento de que si reincidiera será castigado con mayor severidad".

El Art. 40.—"La represión judicial consistirá en expresarse y declararse en la determinación del juez el acto reprobable del reo, añadiéndose que ha faltado a su obligación, y que se espera su enmienda".

Se constata así mismo en el Derecho Penal francés

la institución *L' admonition* y la *Blamé* —La admonición y la Reprimenda— en mucho semejante a los principios enunciados en los artículos transcritos. Las relaciones de la Historia, del Derecho Penal anotan tanto las instituciones del derecho francés e inglés, así como la de la Severa Interlocución contenida en los libros del Digesto, como las bases para las nuevas concepciones y composición de la condena condicional; pudiéndose sin duda, agregar también, el apercibimiento judicial y la reprobación judicial y la fianza de buena conducta, del Código ecuatoriano de 1837, a los aportes anteriores de la verdadera institución de la condena condicional.

El Art. 77 del mismo Código de 1837, en la escala de graduación de las penas, señala la cantidad y gravedad de las que se aplicaban en caso de reincidencia de los que fueron apercibidos o reprobados judicialmente o violaron la fianza de buena conducta, en los cuales casos, la pena por la nueva infracción abarcaba, también, la pena anterior correspondiente al primer delito.

La escala de las penas contenida en el Art. 77 revela que la aplicación de las sanciones y castigos, cuando se había infringido la ley o producido graves alteraciones en el orden social, no era únicamente con el fin de castigar, sino que, como en el caso de los delitos simples, cometidos por primera vez: ejercer una acción tutelar interesándose la administración de justicia, porque el "infractor inexperto" y "no mal intencionado" no vuelva a cometer otros actos criminosos. Fijaban con este objeto, penas que consistían en el requerimiento judicial al reo, con la obligación de cumplir la ley, que, si violada, era sancionado con castigo; previniéndole, sin embargo, que no se cumpla mientras se abstenga de reincidir, porque en caso contrario, sería castigado con pena más grave.

Tales disposiciones aunque no determinadas con el nombre de condena condicional, justifican sin dubitaciones, el alcance de los principios penales, que en correlación a las doctrinas declaradas en varios pasajes del Código de 1837, como la contenida en el Art. 2º que expresa: "No se impondrá nunca otras penas, que las que señale a una ley publicada antes de la violación a, que se impongan".

§ único. Cuando se cometa alguna acción que, aunque parezca punible, no esté comprendida en este Código, o en alguna ley, no se procederá de ningún modo con-

tra el que la cometió, y el juez respectivo dará cuenta a la Corte Suprema de Justicia para que la ponga en conocimiento del Congreso"; eran de reciente aplicación —en ese entonces— de los postulados positivistas como el del *Nullum crimen nulla poena sine lege*.

Siguiendo a Nicolini; el índice científico y legal de las conquistas positivistas, demostraban el grado de adelanto y el avanzado camino de perfección en la aplicación de las penas, en formas y condiciones más ventajosas a las reformas posteriores y adopciones de los siguientes Códigos al de 1837. Los Códigos Penales del Ecuador posteriores al derogado, rechazaron inconscientemente principios científicos que en épocas actuales han vuelto a ser de imperiosa necesidad, y que solamente, en el actual cuerpo de leyes penales vigente, se mencionan aún con debilidad y timidez.

El Código Penal de 1938 que tuvo por base el Proyecto elaborado por los Profesores de la Universidad de Cuenca, Dres. Andrés F. Córdova y Aurelio Aguilar Vázquez, introdujo a la legislación ecuatoriana, como verdadera institución jurídico-legal, la condena condicional. La regulación, empero, no se la estableció de acuerdo con los adelantos científico-jurídicos que marcaban las modernas concepciones doctrinarias criminalistas.

El contenido del Art. 86 del Código de 1938 que señala el tiempo máximo de seis meses de prisión correccional, respecto al que cabe condena condicional por los primeros delitos, difiere notablemente con el de igual número del Proyecto de 1936.

Dice el Art. 86 del Proyecto: "En los casos de condena por primera vez y por delito al que correspondía una pena cuyo máximo de un año de prisión correccional, o a los que sólo se aplique multa, los jueces podrán ordenar en la misma sentencia que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena".

Con respecto a esta innovación penal expresan los señores doctores Octavio Díaz León, Julio Tobías Torres y Alejandro Peralta, en el Informe aprobado en la sesión de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, del 21 de Febrero de 1936:

"Lo que merece un caluroso aplauso a los autores del Proyecto, es la institución de la condena condicional.

Esta institución es una verdadera novedad entre nosotros, si bien es verdad que ha existido con mucho éxi-

to en Francia, Bélgica, Austria y Hungría y en muchos países indo-latinos, habiendo sido recomendada desde 1889 por la Unión Internacional del Derecho Penal, reunida en Bruselas.

"La Comisión considera esta reforma como una verdadera conquista para nuestra legislación penal, pues, con ella se realiza un acto de altísima justicia y se aleja del sendero del crimen a muchísimos delincuentes de ocasión".

Continúan en otros acápites: "Los autores de la reforma de la pena condicional se manifiestan timoratos por su inmediata aplicación, y por eso establecen que se la ha de aplicar únicamente en los casos en que la pena por la infracción no exceda de un año; cuando en muchos Códigos, especialmente en el Código Penal de la República Argentina, que viene rigiendo desde 1922, se faculta al juez para conceder la pena condicional en infracciones, cuyo máximo sea de tres años de prisión".

"La pena condicional se funda además en la individualización de la pena, principio justamente sostenido por los más ilustres criminalistas modernos, los que para establecerla tienen en consideración: las atenuantes y agravantes de carácter personal, la determinación de un mínimun en la sanción, la menor perversidad de ciertos delitos, ya porque no causan deshonor o por ser insignificante el daño causado, antecedentes que han sido apreciados debidamente por los ilustrados autores del Proyecto".

Pues, a pesar de tan magníficos conceptos, la promulgación del Código Penal, por la Dictadura de 1938, determinó la variación que se ha anotado; suprimiendo, además, criticablemente, el Título V, De los Consejos de Patronato, institución complementaria de la condena condicional.

De acuerdo con el Proyecto, se organizaban los Consejos de Patronato en cada capital de provincia, compuestos por el Director de Asistencia Pública, o Delegado Provincial, en su caso, que los presidirá; el Jefe de División de Policía, en las provincias cabeceras de División, o el primer Comisario Nacional, en las demás; el Presidente del Concejo Municipal de la cabecera de provincia, el Director de Sanidad o su Delegado; y un abogado, designado por el Ministro de Justicia. Las funciones eran, según el numeral 3 del Art. 121 del Proyecto: "Supervigilar la conducta de los liberados condicional-

mente o de los que hubieren obtenido condena condicional, solicitando de las autoridades correspondientes los datos que estimen necesarios, y suministrando los solicitados por el juez".

Las doctrinas del positivismo penal que hasta hace poco han dudado de la posibilidad de reducir a fórmulas legislativas los nuevos principios, han triunfado en muchos países más bien organizados que el nuestro. La adopción de la condena condicional y de la liberación condicional se ha hecho en forma tal, que constituye un verdadero éxito para las innovaciones penales que tienden a destruir los viejos principios de la proporcionalidad entre la falta y el castigo, desnaturalizando el enunciação y noción del estado peligroso del delincuente, como criterio de punibilidad; difundido especialmente por Prius.

CAPITULO VI

La Reforma Penal en Italia, 1921.—Influencias de las Doctrinas Positivas.—La individualización de la Pena y la Escuela Política Criminal.—La Tercia Escuela y los Principios que Propugna.—La Ley de Berénger.—Los Auxilios de la Administración de Justicia.—Complementos de la Condena Condicional.

El Proyecto de la Reforma Penal en Italia de 1921, recordando que "los procedimientos de defensa social contra la criminalidad deben ser adaptados, pues, no tanto a la mayor o menor gravedad objetiva del delito, cuanto a la mayor o menor peligrosidad del delincuente", establece para los delinquentes ocasionales que no obran impulsados por móviles indignos, el estudio y tratamiento humano que ayude a preservarles de la recaída y les facilite la rehabilitación y el pronto retorno a la útil cooperación en la convivencia social, tratando de evitar en lo posible el contacto con los delinquentes de carácter habitual, elementos pervertidos que ejecutan, en mala hora, una acción disolvente y corruptora.

La escuela moderna o contemporánea de la política criminal, precouizada y divulgada por los penalistas alemanes, especialmente Von Liszt, consigna en "La notion de la Politique criminelle", que, el nuevo Derecho Penal "es el conjunto de principios con arreglo a los cuales deben organizar el Estado y la sociedad la lucha contra el delito", añadiendo Dorado en sus BASES PARA UN NUEVO DERECHO PENAL, "que el fin único de la justicia penal es la lucha eficaz contra el delito y la busca consiguiente de los medios más a propósito para conseguirlo".

De los medios que señala la Escuela Política Criminal para la eficiente administración de justicia en la lucha contra el delito, considerando de modo especial la naturaleza del delincuente, anota la individualización de la pena, mediante la determinación legislativa, fijando los actos judiciales y administrativos para la ejecución de las normas reguladoras. Estas leyes y normas de preferencia constatan el elemento interno del delito, el factor psíquico,

la intención que ha guiado al delincuente para producir el daño; antes, que sólo las consecuencias del acontecimiento; aspirando la transformación de las penas respectivas, en los sistemas preventivos de aplicación individual.

La individualización de las penas, sin descartar los principios recomendados por Monsieur Garçon en "La Société Generale des Prisons de Paris", sobre penas paralelas; la escuela de la Política Criminal los ha ampliado exigiendo que, los delinquentes sean tratados previamente, en cada caso, para localizarlos luego de los informes psicó-patológicos-criminales, en los grupos de los natos, incorregibles, habituales, o de los ocasionales o primarios.

Para la clase de los delinquentes ocasionales, que habían infringido, a merced de circunstancias internas o externas, que en un momento dado, por falta de acción de los centros de inhibición y sólo por el ejercicio de los centros motores, se ha propuesto la abolición de las penas cortas de cárcel, por inútiles y perjudiciales, porque el encierro en vez de mejorarlos, puede producir estragos incalculables, con el relajamiento de la personalidad del delincuente. Estas pequeñas penas de prisión correccional, por los delitos de los *honrados o los interesados*, están sustituidas por la condena condicional, sintetizando el principio de que "los delinquentes jóvenes, especialmente, no deben ser jamás castigados, y si por el contrario protegidos".

Los principios legislativos y las funciones judiciales y administrativas, en cuanto a la individualización de la pena, consideran, en los países en que se ha hecho esta introducción: amplitud suficiente para los funcionarios de la justicia para que, con suficiente criterio y absoluto dominio de la lógica, estudien en cada caso y tipo delictivo, todas las circunstancias relacionadas con el delincuente, la infracción cometida y las consecuencias del hecho delictivo. Se indica, entonces, una especie de examen y diagnóstico criminal, base para el tratamiento terapéutico y reforma del delincuente clasificado.

Para conocimiento de las causas determinadas por el factor biológico, las influencias de los factores exógenos, en presencia de un delincuente, la Tercia Escuela Criminal aconseja, la intervención de los auxiliares de la justicia, como los médicos legistas y forenses para que, en razón de los exámenes médico-antropológicos de cualquier clase de delinquentes, de los ocasionales, de modo

especial, menores de edad, antes de ser sometidos al juzgamiento de las autoridades de justicia y la aplicación de las penas por infracciones cometidas, se los someta a los tratamientos correctivos, de los sistemas aconsejados por el Bureau Of Education of Washington o la Howard Association of London.

Complemento de la individualización de la pena, en el derecho francés contemporáneo, lo mismo que en el italiano, es el perdón judicial, o sea el auto de sobreseimiento definitivo dictado en favor del reo, cuando demuestra o se han comprobado, razones que permitan aceptar el propósito de no reincidir, luego de haberle hecho saber de su responsabilidad, con relación a lo cual se ha querido darle, únicamente, reprensión moral que evite las complicaciones del encierro o el encarcelamiento.

En todos estos casos, de preferencia en la aplicación de la condena condicional, en países que el problema penal es atendido con inusitado esmero, se toma muy en cuenta la Ley de Berénger sobre la atenuación o agravación de las penas. Por este sistema se ha demostrado la ventaja, de suspender la ejecución de las penas dictadas para los primeros delinquentes, cuando los delitos eran simples o el daño producido o las consecuencias no han sido de mayor importancia. La comprobación médico-jurídica de los caracteres del delincuente, de los móviles del delito y las circunstancias en las que fué cometido, se recomienda que deben ser aceptadas con suficiente *arbitrio discrecional* por los tribunales y jueces encargados de la aplicación de la individualización de las penas, de la condena condicional en los casos que corresponda.

Las concepciones de Berénger, para aplicar la *Ley de Sursis* (literalmente sobreseimiento), más bien, suspensión de la condena-condena condicional) revelaron ampliamente el movimiento de la política criminal, rechazando la idea de la justicia absoluta y considerando que la mejor justicia es la que salva a las personas.

Las aplicaciones de la condena condicional, como las propuso Berénger, no tienen por objeto la supresión de la pena, pero sí, la suspensión de su ejecución. Es el beneficio que se obtiene de la sociedad, judicialmente, en favor de uno de sus miembros, constituido en delincuente primario, para evitar a éste la reincidencia.

Al aplicar las penas se debe tomar en cuenta el fin moralizador que con éstas se persigue, y, para la clasi-

ficación de las penas privativas de la libertad, débese recordar el objetivo del Estado al sancionar a los culpables: precautar el interés y la paz social. No debe apartarse de los pensamientos criminalistas y doctrinas como las de Mittelstád o Vargha, que reerimaban el régimen de las penas cortas. "Una pena de esta especie — dicen — no dura lo bastante para moralizar y dura demasiado para no corromper. Aún practicada en celda y sin ninguna promiscuidad, la prisión, por su primer contacto es corruptora por sí misma, porque hace perder el sentimiento de la dignidad individual".

Hasta 1875 no se había llegado a la diferenciación de las penas cortas, señalándolas específicamente, a diferencia de las demás. El pensamiento de Berénger alcanzó a discriminar los fundamentos de las penas, su aplicación y el perdón en determinados casos, atendiendo circunstancias de carácter personal, psicología del delincuente; del medio ambiente, como el régimen carcelario; factores económicos, la necesidad de trabajar en la lucha por la vida y defensa de los intereses económicos del infractor, para él, su familia o sus relaciones.

Si se concedía la liberación a un condenado, como gracia administrativa, sujetándole, a veces, a cumplir la sanción "libremente", bajo una especie de tutela y patronato y vigilancia moral, por que no habría de comenzar desde la pena misma, al momento de su aplicación.

Este fué el razonamiento que en 1891 sirvió para que se discutiera en el Parlamento francés la Ley de Sursis o de Berénger, en la forma como la aplican la condena condicional en muchos países. Sin que sea posible hacerla extensiva a toda clase de delinquentes, se la admitió parcialmente, para los primeros que incurrían en simples contravenciones; atendiendo al comienzo, al hecho y no a los principios que debían aplicarse. Al discutirse la Ley se preguntó: "¿Qué provecho daría a la sociedad, hacer sufrir la prisión a un delincuente primario cuando podía creerse que se trataba de un extraviado que no caería en lo sucesivo?—El único medio de salvarle, es evitarle la pena".

La autoridad representada sea por el padre o el jefe de la familia, o sean los funcionarios en el orden jerárquico, en la administración pública y vida del Estado, siempre, salvo las cosas graves, concedieron el perdón para la primera falta. Saleilles interroga: ¿Y la sociedad o-

ra la única que no iba a perdonar nunca? —Únicamente, a consecuencia de una idea de lógica igualitaria y radical ya pasada, de que la ley es la ley y de que, para suprimirla en su aplicación, preciaría la intervención de los que tienen derecho a hacerlo, no puede la sociedad eximirse de conceder esta gracia a los que la merecen”.

En la realidad jurídica y legal, la aplicación de la ley está encomendada a los funcionarios y magistrados que representan al Poder Público; en consecuencia, la aplicación relativa de la ley penal, la parte inculpativa, no debe ser un obstáculo insalvable, para que el poder de administrar justicia, limite la aplicación de las sanciones. La ley confiere, también, a los jueces, la facultad de perdonar la pena, en nombre de la Sociedad y autoridad del Estado.

Pero, para que esta facultad “no caiga en los errores de la Ley del Perdón —afirma Chiamouni, en La CONDANNA CONDIZIONALE— se ha permitido que los jueces puedan sondear el corazón; y a ellos toca apreciar y juzgar, sin que la ley les trace ninguna regla, ni siquiera aproximada”.

Era sin embargo, necesario, que se trate de prisión correccional, de un delito cometido por primera vez y sancionado con esta clase de pena, para que, la autoridad del juez pueda suspender la ejecución, merced a las atenuantes, o la presencia de una excusa ventajosa al reo. El *sursis* fué la primera modalidad que se encargó de esta suspensión administrativa condicional; pero, poco a poco llegóse a la perfección de la institución de la condena condicional, individualizando la pena y adaptando al individuo y hasta suspendiéndola, en atención no sólo a la naturaleza del hecho simple, sino a las condiciones del infractor, al que se puede alejarlo de la reincidencia y los senderos del crimen, por la inejecución de castigos inadecuados, como la privación de la libertad corta y temporalmente, en establecimientos que no llenan la finalidad del castigo, moralizar y reeducar al individuo.

El testimonio no sólo de criminalistas y profesionales consagrados a estudiar, la variación de los criminales y relación de la personalidad en los antros llamados prisiones, sino también el de psicólogos de corazón y personalidades de virtud como Dostoiewsky o doña Concepción Arenal o Pablo Haymans, en *Souvenirs de la Maison*

des Morts, El Visitador del Preso, y La Lutte Contre le Crime, respectivamente, han reflejado en sus obras, la falsedad de las concepciones penalistas clásicas con el encierro común, tomando en cuenta los motivos y aspectos de índole exterior, sin concretarse a analizar las grandes alteraciones que se operan en la vida de las prisiones.

Se había tomado en cuenta hasta entonces, el factor objetivo del d-lito, y considerado para la aplicación de la pena; descurriendo, dentro del punto de vista penal, el factor psicológico, el más ductil, para la ampliación de la criminalidad.

De las observaciones anotadas en “La Mansión de los Muertos” y de las discutidas en “La Lucha Contra el Crimen” ya se avisó de la incongruencia de los castigos y anomalías de ejecución. La mutua relación de los aberrados criminales con los incipientes infractores, de los delinquentes comunes y los detenidos por atentados políticos, en cárceles y presidios, establecimientos de burda organización, no servían sino para desvirtuar la finalidad de la pena, especialmente, en el aspecto de su duración.

La medida objetiva y legal, relativa a la gravedad del crimen y la alteración producida en el estado social; y la medida subjetiva, que dice relación a la criminalidad, en cuanto a los sentimientos o el móvil psicológico que inspiró la infracción, habían sido ampliamente descurridas. El resultado final del castigo fué, solamente, el de despertar los instintos de venganza contra la autoridad y desarrollar los medios y factores del reincidente. Berénger y sus partidarios pudieron analizar perfectamente el problema; y el resultado satisfactorio fué la ley que lleva su nombre.

La Ley promulgada el 17 de Marzo de 1908, facultaba a los Tribunales de Francia “para otorgar por sí o aplicar por el ministerio de la ley la condena condicional, por el plazo de tres a seis años” (Art. 1°).

Se aplicó por el ministerio de la ley, cuando en la sentencia era apreciado el mayor número de requisitos para declarar la exención de la responsabilidad y cuando fuese menor de quince años. La facultad reconocida a los tribunales, en cambio, era limitada en primer lugar, por la duración máxima de la pena que ha de suspenderse, un año; luego, por la personalidad del delincuente primerizo, así como también, “la naturaleza jurídica del hecho y las circunstancias que concurrieron a su ejecu-

ción" (Art. 2).

Entre los varios delitos que excluían la condena condicional figuraban los que eran perseguidos por instancia de parte, los que pasaban de cierta cuantía y los cometidos contra la fé pública, o por funcionarios de la administración.

La reincidencia suspendía la condena condicional, y el sentenciado por otro delito debía ejecutar las dos penas conjuntamente (Art. 5).

CAPITULO VII

El Derecho Penal Ecuatoriano en 1938.—Disposiciones Sobre la Condena Condicional.—Principios en los que se Fundamentan.—Suspensión de la Pena y no de la Sentencia.—Efectos de la Condena Condicional.—La Condena Condicional y las Indemnizaciones Civiles.—Casos Generales de Aplicación.

En el derecho Penal ecuatoriano, la condena condicional está regulada en el Art. 86 que dispone: "En los casos de condena por primera vez y por delito al que corresponda en este Código una pena cuyo máximo no exceda de seis meses de prisión correccional, o a los que sólo se aplique multa, los jueces podrán ordenar en la misma sentencia que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión se fundará en el criterio respecto de la personalidad integral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo han rodeado, en cuanto puedan servir para apreciar dicha personalidad. Los jueces requerirán las informaciones que crean pertinentes para formar criterio.

En el caso de concurrencia de infracciones, procederá la condenación condicional, si el máximo de la pena aplicable al reo, no excede de seis meses de prisión, o fuere sólo de multa".

Del contenido de este artículo se desprende que, la condena condicional es aplicable sólo en los casos de los delitos simples cuya sanción que consiste en pena correccional, no pase de seis meses. La condena condicional debe ser dictada en la misma sentencia en la que se haga el señalamiento de la pena; suspendiéndose, únicamente la pena, pero no el pronunciamiento de la sentencia, porque no cabe ser expresada en otra clase de diligencias judiciales, sin antes conocerse de los motivos o razones que existan en cuanto al delincuente, la naturaleza de la

infracción, las consecuencias del hecho punible y la oportunidad de la condena condicional.

En la segunda parte, el criterio del juez, criterio judicial, debe ser abonado con la ayuda de los auxiliares de la administración de justicia, médicos legistas, peritos, funcionarios públicos, testigos, etc., que revelen la personalidad integral del condenado. La aplicación científico-jurídica, de las doctrinas penales y la regulación legal, deben ser tomadas en cuenta, con proflijidad marcada, a fin de apreciar la naturaleza del delito, para distinguir la infracción cometida de otros casos similares y análogos; porque la ley penal, no se aplica por extensión o analogía. Las consecuencias del acto cometido, no deben ser indiferentes a los jueces en el caso de la aplicación de la condena condicional, puesto que, en ocasiones pueden determinar variaciones en la naturaleza del delito y designándolo, hacer que se clasifique en otro tipo de infracción.

De acuerdo con el Proyecto originario del actual Código Penal, las funciones del Consejo de Patronato, habían sido anotadas, por el inestimable valor de las informaciones y ayuda positiva que podían prestar cualquiera de los componentes, en su ramo, para que el juez formara criterio, en razón del cual dicte la sentencia pronunciando la condena condicional.

En el caso de la concurrencia de infracciones, existe un principio del Derecho Penal reconocido en muchas legislaciones, inclusive en la nuestra, de que la infracción de mayor gravedad absorbe a la de menor importancia, así como la pena menor no se cumple cuando ha sido aplicada otra de más gravedad. Siendo la pena máxima de seis meses de prisión correccional; los delitos sancionados con penas de prisión de tiempo menor, o si fuere solamente de multa, son susceptibles de aplicación de la condena condicional.

Los delitos de los funcionarios públicos, por violación de sus deberes, la usurpación de sus atribuciones y los abusos de autoridad; en la forma como se halla expresada en el Art. 241 del Código Penal, o de los delitos de los médicos, cirujanos, practicantes, obstetrices que por razón de su oficio o profesión son depositarios de secretos y los revelaren sin ser llamados a declarar en juicio; por el quebrantamiento de la condena, cuando el condenado ha sido puesto bajo vigilancia de la autori-

dad; y, los usureros y prestamistas que no cumplen con los reglamentos respectivos o las ordenanzas sobre la materia, por disposición del Art. 87, están exceptuados de la condena condicional, debiendo cumplirse sin más trámite la sentencia que contra éstos se hubiere dictado, por la infracción juzgada.

La condena condicional, según el Art. 88, se tendrá como no pronunciada, si dentro del tiempo fijado para la prescripción de la pena y dos años más, el condenado no cometiere nueva infracción, y por el Art. 89.—Si el condenado, durante el tiempo indicado en el artículo anterior cometiere nueva infracción, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que corresponde al nuevo acto cometido.

Suspender la ejecución de la condena, es una garantía en favor del delincuente ocasional, establecida por el nuevo derecho penal que propende ante todo, la tutela del delincuente y su corrección; siendo más activa la aplicación de los principios de la escuela de la Política Criminal, cuando se ha comprobado la menor peligrosidad del delincuente "honrado, inexperto, menor de edad". Como tal, la prescripción del Art. 88, vuelve al estado de normalidad el orden social que fuera alterado por el delito y restaura a su integridad al que lo cometió, lo rehabilita, haciendo desaparecer todo rastro del juzgamiento y la condena, cuando la personalidad de infractor ha sido revelada a toda prueba y demostrada la ausencia de propósitos de no realizar otros actos criminosos; de no reincidir.

Más, si el infractor se deslizare posteriormente, por las pendientes del mal y sus actos han terminado en la comisión de un nuevo delito; revelando su naturaleza delictiva, efecto de cualquier clase de factores, pierde las garantías determinadas por la condena condicional. El primer efecto de la reincidencia, es la aplicación de la sentencia condenatoria por el nuevo delito cometido; sumándose luego, el castigo que le fuere impuesto y suspendido por la condena condicional. La adición de la pena se verifica computando el tiempo de la condena dictada en la sentencia por el nuevo delito y el tiempo señalado en la condenación que no se ejecutó.

Pronunciada la sentencia por el correspondiente Juez del Crimen que conoció del juzgamiento de una infracción; absolutoria o condenatoria, es susceptible de apela-

ción, consulta al superior y del recurso de tercera instancia. Cuando se ha impuesto una pena que no pase de seis meses de prisión o de cien sueros de multa, la sentencia no debe ser elevada en consulta; pero el juez, si puede conceder la apelación interpuesta por alguna de las partes. Más, en el caso de que la pena impuesta gozase de la condena condicional, decretada en la misma sentencia, es el Fiscal quien puede apelar; y del fallo que se dictare en segunda instancia, no cabe recurso de ninguna clase y sobreviene la ejecución de la sentencia en la forma como se haya resuelto.

En el procedimiento anterior a la sentencia, cuando de modo claro, de los antecedentes del proceso se colige, que el delito que se persigue es de los que pueden ser reprimidos con condena condicional, ha dispuesto la norma del Derecho Procesal Penal, que el juez, debe abstenerse de dictar auto de detención, sin perjuicio de la prisión que puede disponer en la sentencia si no se decreta aquella condena. Sin embargo, si el infractor, por cualquier razón hubiere sido aprehendido y se halla privado de la libertad, aún con posterioridad a la sentencia, apelada, o en consulta, en los casos de sentencia absolutoria o condena condicional, puede dar fianza de conformidad con las reglas generales del Derecho Civil, calificada y aceptada en todas sus partes por el juez; y debe ser puesto inmediatamente en libertad. Si el fallo de la apelación, confirma la sentencia de primera instancia y la deja firme, aplicando la condena condicional, la fianza debe ser cancelada.

La condena condicional —Art. 90— no suspende la reparación de los daños y perjuicios causados por el delito, el pago de las costas procesales, ni el comiso especial.

Todo delito produce dos clases de efectos: el uno penal, por la alteración de la tranquilidad, el orden y la paz social; reclamando por el escándalo producido la sociedad, el Ministerio Público, la Ley, la aplicación de las sanciones al infractor; y el otro, civil, por los perjuicios causados por el hecho delictivo y sus consecuencias a la víctima, a los familiares, a los ascendientes y descendientes, en los órdenes regulados por el Derecho Civil; en aquello que se llame el daño emergente o el lucro cesante. Con relación al primer efecto, la acción de la ley penal termina por la aplicación de la sanción correspondiente

o por la absolución del reo sea por el ministerio de la ley o por voluntad de la parte ofendida. En cuanto al segundo efecto, en el caso de sentencia condenatoria, la reclamación por daños y perjuicios subsiste en favor de los agentes pasivos del delito, de la víctima; sin que sea obstáculo para la ejecución de la sentencia penal. Los interesados en las indemnizaciones civiles, pueden solicitarlo ante el mismo juez de la causa, por efecto de las reglas de la competencia que consagran que, el juez que pronunció una sentencia es competente para ejecutarla, sea cual fuere la cuantía o naturaleza del asunto.

La acción de indemnización por daños y perjuicios, pago de las costas procesales se ventilará en juicio verbal sumario y cuaderno separado, sin perjuicio de mantener la unidad procesal, con relación al proceso penal.

CAPÍTULO VIII

Conclusiones.—El Problema Penal en el Ecuador.—Necesidad de Revisión de Nuestras Leyes Penales.—Doctrina e Incriminación.—La Condena Condicional y su Reforma.—Los Consejos de Patronato: Complemento Indispensable.—El Ejercicio Profesional y la Administración de Justicia.

En la República del Ecuador, a diferencia de lo que ocurre en muchos países de América Latina, que confrontan similares aspectos y análogos problemas penales, por la relación racial, los factores económicos y sociales; la verdadera reforma penal está muy descuidada. Sin estar en armonía con nuestra realidad general, en casi todos los fundamentos de legislación, apenas se han introducido timidas innovaciones y más desfigurados principios, los mismos que de la peor manera son desvirtuados por las absurdas aplicaciones. No sólo el desconocimiento de las disposiciones legales, sino también la falta de técnica jurídica, disciplina científica, preparación y moral profesional, afectan en sumo grado nuestra organización jurídica y nuestras instituciones del derecho nacional. El laberinto y el *maremagnum* de las leyes en general deben ser tomados en cuenta serenamente por los Congresos y Poderes Públicos, por la Comisión Permanente de Legislación, para su regulación y coordinadas reformas.

En lo penal, el estudio detenido de la realidad del medio ecuatoriano y las variaciones geotopográficas de las grandes secciones de la costa, la sierra y recortado oriente, debe ser la base para el establecimiento de mejores sistemas de punición, fundamentados en principios positivistas impostergables y demandados en la hora actual.

La individualización de la pena y el sistema de la condena condicional, merecen también, esmerada atención; mayor, si se considera el problema de las cárceles del Ecuador y la propagación del delito de diversas maneras.

Las estadísticas nacionales de criminalidad, en lo que se conoce, ya han demostrado que el simple contacto de la cárcel, ha multiplicado la reincidencia. El único medio de librar al delincuente primario, en atención a su na-

turalidad personal y responsabilidad penal, es el de evitarle la pena. Y esto es lo que quiero la condena condicional, cuando el tiempo fijado en la sentencia o establecido por la ley penal, no excede del límite acordado. En el Ecuador el tiempo de seis meses.

Se había creído que el límite de un año, era todavía, demasiado tiempo para la suspensión de la condena, por delitos cometidos por primera vez y delinuentes cuya personalidad no encubra abismos de corrupción, de peligrosa anormalidad; y este tiempo fué reducido a seis meses, en la promulgación del Código Penal de 1938, descabalandando la institución de la condena condicional, con la supresión de los Consejos de Patronato; pues, en los tiempos que corremos, se hace indispensable, si no elevar a más de un año, el tiempo de la condena para los delitos cometidos por primera vez, de prisión correccional, por lo menos fijarlo en el que contenía el Proyecto de 1936. De otra manera, seguiríase desnaturalizando la ley, como hasta ahora ha ocurrido, sin tomar en cuenta las probabilidades de regeneración del sujeto infractor y estándose, únicamente, a la gravedad objetiva del hecho.

Integrar la contextura de la ley de la condena condicional, con todas las reformas convenientes; incluyendo, lo relativo a los organismos para su ejercicio y aplicación, debe ser el motivo principal de las comisiones de legislación y tribunales supremos de justicia, al tratarse de reformas penales. Las innovaciones deben alejarse de los ensayos y considerar más a fondo la realidad imperante del medio ecuatoriano. Los nuevos horizontes abiertos por los principios científicos están bien definidos; cabe, entonces, hacer la aplicación metódica, jurídica y administrativa, de las nuevas ideas sobre la individualización de la pena.

Para perfeccionar la institución de la condena condicional, en el Ecuador, no se debe descuidar el aspecto de la edad del delincuente. Más atención requiere el caso, cuando se trata de los menores de edad entre los catorce y los diez y ocho años, que hayan incurrido en infracción; es sancionadas penalmente; edades en las cuales, la labor de tutela de la sociedad y del Estado deben ser más activas. No se podría salvar a un individuo de las escabrosidades del delito si, por aplicación de normas generalizadas, se descuidan circunstancias importantísimas, como la educación o la rehabilitación del sujeto.

La aplicación de la condena condicional para los menores delincuentes, sin contar con establecimientos para la reeducación, cuando se han comprobado caracteres de anormalidad o natas inclinaciones delictivas, no daría otro resultado que el anticipar y hasta asegurar la existencia de un delincuente de mayor grado de peligrosidad.

Exigía la acción de los Tribunales de Menores, en las actividades tendientes a precautelar la organización social y amparar a los menores que se deslizan por las pendientes del mal, se dan casos en los que, éstos organismos, así como los tribunales comunes, se han visto imposibilitados de hacer la aplicación de sanciones y castigos por delitos de cierta gravedad, debido a las fallas y vacíos de nuestras leyes penales. La determinación de algunas disposiciones especiales sobre este particular, salvaría enormemente la grave irregularidad de la delincuencia de los menores de edad.

Las instituciones complementarias ayudarían eficazmente la labor de la sociedad y el Estado: prevenir la delincuencia y evitar la multiplicación de los reincidentes. Los Consejos de Patronato podrían hacer frente a muchos problemas insolubles por la inercia administrativa, ayudando a liquidar las complicaciones judiciales que se presentan por falta de informes y consejos sobre asuntos de típico estudio.

La capacitación amplia del personal administrador de la justicia y de sus auxiliares, la organización de los sistemas punitivos correspondientes, el establecimiento de una ética profesional a toda prueba, son cosas de ineludible interés, para conseguir las ventajas anotadas con la introducción de nuevos principios a la legislación ecuatoriana.

La administración de Justicia y el ejercicio profesional, son cuestiones importantes que se deben tomar en cuenta, en cuanto el cumplimiento de las leyes y la eficacia de las instituciones.

“Debe desaparecer —dice Dorado— el enredo curulesco y los patrocinadores de todas las causas buenas o malas que se comprometen tratarlas, con tal que les pague.— Se debe hacer la disección moral de cualquiera de esos juriconsultos sea novel, sea ya maduro y curtido en las lides del foro. Sólo así se podrá conseguir la eficacia de las leyes en su aplicación, encaminadas siempre a reprimir los crímenes y las infracciones”.

BIBLIOGRAFIA:

- Historia del Derecho Penal.—Ladislao Thot.
 Historia Universal del Derecho.—Juan Antonio Irribarren.
 Historia Universal del Derecho.—Carlos Cueva Tamaziz.—Apuntes Universitarios M. Ernesto Domínguez O.
 Lecciones de Historia del Derecho Peruano.—Román Alzamora.
 Criminología y Ciencia Penal.—Garófalo.
 Criminología y Antropología Criminal.—Luis Gámbara.
 Derecho Penal.—Eugenio Cuello Calón.
 Derecho Penal.—Pesina.
 Derecho Penal.—Von Listz.
 Nociones de Derecho Penal.—Pedro Ortiz Muñoz.
 Criminología.—José Ingenieros.
 Criminología.—Parmelet.
 La Individualización de la Pena.—R. Saleilles.
 Nociones de Criminología y Ciencia Penal.—Virgilio Astudillo.—Apuntes Universitarios, M. Ernesto Domínguez.
 El Derecho Penal Ecuatoriano.—Andrés F. Córdova.—Apuntes Universitarios, M. Ernesto Domínguez O.
 Historia del Ecuador.—Pedro Fermín Cevallos.
 Historia del Ecuador.—Federico González Suárez.
 Recopilación de las Leyes de Indias.
 Historia del Derecho Romano.—Krugger.
 Relaciones de Indias.—P. Vitoria.
 Nuevos Derroteros Penales.—Pedro Dorado M.
 El Visitador del Preso.—Concepción Arenal.
 Bases Para Un Nuevo Derecho Penal.—Pedro Dorado Montero.
 La Lutte contre le Crime.—Paul Hymans.
 Código Penal de Chile.—Fernández.
 Código Penal del Uruguay.
 La Reforma Penal en Italia, 1921.
 Programa de Derecho Penal.—Carrera.
 Códigos Penales del Ecuador 1837, 1872, 1889, 1906, 1938.
 Proyecto del Código Penal Ecuatoriano.—Andrés F. Córdova—Anrelio Aguilar Vázquez, 1936.
 Enciclopedia Eспаsa.
 La Mansión de los Muertos.—Fedor Dostoiewsky.