

Donación del Dr. ALBERTO M. JUSTO



GERÓNIMO CORTÉS

VISTAS FISCALES

EXPEDIDAS

EN EL CARÁCTER DE FISCAL

DE LAS

CÁMARAS DE APELACIONES DE LA CAPITAL

TOMO II

BUENOS AIRES

IMPRESA EUROPEA, MORENO ESQUINA Á DEFENSA

1887

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	
Nº. DE ORDEN	51.450
UNIFICACIÓN	J 1465 J

Alonso Grau – Editor
Lima 525



ÍNDICE DEL TOMO II

PARTE SEGUNDA

Cámara de lo Criminal y Mercantil

SECCION PRIMERA

Cuestiones de fondo



Página

XXVIII—ESTAFAS Y ABUSO DE CONFIANZA—Sumario:—Recursos deducidos contra la resolución de primera Instancia y exámen de su procedencia—No pueden admitirse en general otras causas de nulidad de un acto jurídico, y particularmente de una sentencia que las determinadas en la ley, entre las cuales no se comprenden las que se han alegado contra dicha resolución—Esta siendo definitiva, era ciertamente apelable; pero la justicia ó injusticia del recurso resultará del estudio sobre el mérito de los autos—Relacion de los antecedentes del asunto traído por apelacion al conocimiento del Tribunal—Exámen en particular de los hechos principales contenidos en la relacion que precede—Carácter en que manejaba Stump los negocios del «Cambio Central»—Objeto de esta casa y facultades acordadas al administrador—El único punto de disidencia sobre esto entre los interesados—Equivocacion de la vista Fiscal en primera Instancia é inconsecuencia del Juez inferior—Inverosimilitud de una autorizacion ilimitada para jugar, conferida á Stump por Marechal—La caja del «Cambio Central» existia y se ha conservado en poder del procesado—Recibos de dinero por Stump, de cuenta de Marechal—El saldo «Bellamy»—Aplicacion de la doctrina jurídica á los hechos expuestos—Diversos puntos de Derecho discutidos, que se relacionan con la cuestion principal—Observaciones sobre la defensa—La vista del Agente Fiscal—La sentencia apelada: su crítica—Conclusion: cual sea la resolucio[n] que corresponda....



XXIX—CAUSA DE PARRICIDIO—Sumario:—Este crimen es el mas horrendo y abominable; pues proviene de la mas negra ingratitud; y consiste en haber arrebatado el reo la vida al autor mismo de la suya; retribuyendo asi el mas grande beneficio con el mayor mal imaginable—Bajo el aspecto moral quebranta el mas sagrado de los deberes grabado por la naturaleza en el corazon: y bajo su fas social, ataca la subsistencia del Estado, disolviendo la familia que es su fundamento—Solon lo reputó imposible ó no quiso mencionarlo por pudor—El Derecho Romano y nuestras antiguas leyes le atribuyen tal malicia, que lo consideraban capaz de infestar el mundo moral—En fin, el Código vigente lo declara indigno de comiseracion, rechazando de antemano, toda circunstancia atenuante—El reo se encuentra confeso y convicto del delito, deduciéndose de la relacion del suceso que hubo premeditacion y alevosía—Por tanto constituye tambien un asesinato: de suerte que aunque el muerto no hubiese sido el padre, el reo habria incurrido siempre en pena capital—El Defensor carecen lo de otros medios de defensa, recurre á la suposicion de que el procesado cuando cometió el delito, sufría enagenacion mental—Nada autoriza sin embargo esta suposicion, el informe médico la desvanece; y el punto se halla resuelto rechazándose aquella; existiendo de consiguiente, á este respecto cosa juzgada—Por cualquiera de los delitos de asesinato ó parricidio reunidos esta vez en uno, el reo merecia la muerte; pero la sentencia de primera Instancia lo exime de esta pena, y la subroga con presidio por tiempo indeterminado, bajo la consideracion de haber durado el proceso mas de dos años—En general para que esta circunstancia constituya atenuacion, seria necesario que aquello hubiese sucedido sin culpa del reo; lo que no se verifica en el caso actual, en el que fué el mismo reo, quien fingiéndose loco, paralizó por mucho tiempo la causa—No es exacto, ni puede admitirse lo que establece la sentencia, que en causas criminales le sea permitido al Defensor valerse indistintamente de todos los medios—Además, excluyéndose en el delito de parricidio toda circunstancia atenuante, por la naturaleza de la causa, debió prescindirse de la que se ha indicado, á saber: la larga duracion del proceso—Aunque la pena legal en el caso sea la capital; no pudiendo aplicarse en segunda Instancia, cuando no viene impuesta en la sentencia de la primera, el Tribunal debe abstenerse de verificarlo—Debe con todo, hacer al respecto la conveniente declaracion; y reagravar la condena hasta donde alcancen sus facultades ó la ley se lo permita—El Fiscal propone que se adicione la pena de presidio por tiempo indeterminado, con reclusion solitaria del reo por treinta dias en todos los aniversarios del crimen—El Tribunal habrá salvado asi su responsabilidad, y satisfecho á la justicia, que reclama á grandes gritos, un terrible escarmiento, donde ha habido un inmenso escándalo....

XXX—ASESINATO DE UNA MUJER POR SU MARIDO—Sumario:—



Primer aspecto del hecho—Indagacion policial—Antecedentes recojidos en los primeros momentos—Declaracion judicial en la cual el reo lejos de ratificar lo manifestado anteriormente, expone: que no recuerda absolutamente nada del suceso—Valor jurfdico de esta retractacion: su falta de verosimilitud y sinceridad, que se demuestra por el exámen de las inexactitudes en que incurre el procesado—Aun eliminada su confesion y aunque no haya habido testigos presenciales del delito, existe la prueba que se denomina *inferencia necesaria*—La tentativa de suicidio en el procesado es tambien un grave indicio de su criminalidad—Varias reflexiones que apoyan esta misma conclusion; pues que sin suponerse culpable al p ocesado, el hecho resultaria inexplicable—Argumentos de la defensa y respuesta á las objeciones deducidas—Primero: que la ley exige pruebas claras en los delitos, excluyendo la de presunciones—Diferencias entre éstas y la *inferencia necesaria*: á veces aquellas llegan tambien á producir completa claridad; y el Código solo las excluye para la imposicion de la penal capital—Segundo argumento: la enagenacion mental que hacen presumir en el procesado, el haber padecido *delirium tremens*, y el haberse tratado de suicidar—Lo primero resulta desmentido por el reconocimiento médico; y la tentativa de suicidio debe atribuirse mas bien á delito que á enagenacion mental—Tercer argumento: la beodez; pues es cierto que el reo, momentos antes del suceso, habia estado bebiendo coñac, y ademas resulta del proceso que es beodo consuetudinario—La beodez voluntaria nunca constituye excusa, y solo produce atenuacion, desde que sea completa: mucho menos podria servir de excusa, siendo habitual—Por los datos recojidos, el procesado no estaba completamente beodo; siendo tan fuerte para la bebida, que jamás llega á perder de todo punto el sentido—Cuarto argumento: haber obrado el reo dominado y fascinado por la terrible pasion de los celos—Esta suposicion es farsáica pues forma un ridiculo contraste con la indiferencia que resulta demostrada en el reo, respecto á su esposa—Observaciones sobre la relacion de los hechos espuestos por el Defensor, la cual se rectifica sobre varios puntos—Calificacion legal del hecho y penalidad que le corresponde—Divergencia de principios entre el Código Penal y el Civil—Mientras aquel separándose de la antigua Legislacion, no equipara ya al parricidio, la muerte de la esposa, el segundo la llama á heredar junto con los padres y aun en concurrencia con los hijos.....

55

XXXI—ASESINATO DE UNA MUJER POR SU MARIDO—Sumario:—Esta causa versa sobre un hecho excepcionalmente horrendo y que reviste caracteres odiosísimos—Reflexiones filosófico-sociales sobre la propension al mal, de la naturaleza humana—Relacion detallada del suceso que sirve de materia al proceso de que se trata—Exámen de la defensa, que consiste en suponer que el reo, al cometer el delito, se hallaba en estado de enagenacion mental—La conducta del pro-



cesado, aunque demuestra excesiva y extraordinaria ferocidad, no revela indicio alguno de locura—Crítica del primer informe médico que considera al encausado loco á medias; siendo moralmente responsable, pero no acreedor á la pena capital—Impugnacion de los otros certificados facultativos mediante los cuales se declaró alienado al reo, y se suspendió el curso de la causa—Se hace notar y se demuestra la facilidad con que se expiden tales certificados, cuando se trata de salvar la vida al delincuente—Se recuerda un ejemplo reciente en que, declarado loco un criminal por informes de los médicos, se descubrió despues que todo era superchería—Otro tanto ha ocurrido en el caso presente: pues una circunstancia casual ha venido á demostrar con evidéncia que la supuesta alienacion del procesado era una gran impostura—Desconfianza con que los Jueces deben aceptar tales informes, para no exponerse á incidir en groseros errores, y á desempeñar un papel bien desairado..... 78

XXXII—TENTATIVA DE MATAR Á LA MUJER—*Sumario*:—Exposicion del caso, materia del proceso—Importa tentativa de parte del marido de matar á la mujer y su cómplice, sorprendidos en adulterio—Gravedad de este último delito, que ataca á la sociedad en su base, que es la familia—Penas atroces contra él de las antiguas legislaciones; habiendo sido por la Española, la de muerte—La jurisprudencia universal exonera de la responsabilidad al marido que mata á los adúlteros sorprendidos *in-fraganti*—Nuestro Código Penal castiga este hecho con prision de uno á tres años—Trátándose solo de una tentativa, ésta debe ser castigada con el *minimum* de la pena señalada al delito consumado, rebajándose de una cuarta parte á la mitad—Por ese cálculo, la que en el caso de que se trata corresponde, es de seis meses á nueve meses de prision—El Fiscal opta por lo primero, atendidas la conducta generosa del procesado y la incalificable ingratitud de la esposa—Además, estando cumplido este término, solicita el sobreseimiento de la causa..... 92

XXXIII—CAUSA DE ASESINATO—*Sumario*:—Mérito de la prueba producida en primera Instancia—Vicisitudes de esta causa y crítica de la primera sentencia absolutoria del reo—Defensa de las doctrinas del Fiscal sobre prueba en materia criminal—Presunciones, sus diversas clases, efectos y admisibilidad en la generalidad de los casos—Divisibilidad de la confesion calificada—Verdadero sentido de esta doctrina y casos á que se aplica—Jurisprudencia de los Tribunales—Aplicacion de su doctrina al caso *sub-judice*—La presuncion de dolo en los delitos se halla establecida por el art. 13 del Código Penal—Argumentos aducidos en contrario—Por los principios del mismo Código—Con el absurdo y por medio de ejemplos—Solucion á los casos propuestos por el Defensor—La doctrina del art. 13 no es nueva—Viene del Derecho Romano y se hallaba aceptada en la Jurisprudencia Española—La clasificacion legal del hecho materia del proceso es la de asesinato..... 100



XXXIV—TENTATIVA DE INCENDIO—*Sumario:*—Relacion de los hechos y antecedentes suministrados por la Policía—Ocultacion y fuga del reo, que no ha comparecido al llamamiento por edictos—Reseña y exámen minucioso de los datos que obran contra el procesado y demuestran su criminalidad—Existe la prueba que todos los criminalistas modernos reconocen como suficiente, *por el conjunto de las circunstancias*—Nuestra jurisprudencia admite en general la de presunciones, siendo numerosas, graves y concordantes—El Código Penal la admite tambien, en el hecho de que solo la excluye respecto á la pena capital—En especial, la reconoce por bastante en el delito de tentativa de incendio—La fuga del procesado constituye de por sí, una grave presuncion de criminalidad, que segun Derecho, unida á cualquier prueba semi-plena, es suficiente para condenarlo—Error en que incurre á este respecto la resolucion absolutoria consultada, el cual procede de haber confundido dos casos muy diversos—Cuando se procedia contra el prófugo por querrela del agraviado que pedia que aquel fuese dado por enemigo, la ley exigia plena prueba—Por el contrario, procediéndose de oficio, basta prueba semi-plena con la presuncion resultante de la fuga—Razon de esta diferencia en ambos casos explicada con claridad por Gomez—Penalidad correspondiente al caso *sub-judice*. . . . 132

XXXV—UN DELITO DE HOMICIDIO LEGISLADO ESPECIALMENTE—*Sumario:*—Exposicion circunstanciada del caso—Se trata en él de la muerte inferida entre dos á un individuo, cuyo cadáver manifestaba seis heridas, de las que una solamente era mortal—No constando cuáles ni cuántas heridas causó cada uno de los procesados, ¿cómo debe juzgarse?—Si se les debiese castigar á uno y otro, ¿cuál seria la pena aplicable?—Inteligencia del art. 204 que rije al caso—¿Que entiende el Código por heridas graves, cuando ni las define, ni conserva tampoco, la antigua division de mortales, graves y leves?—El Código juzga de la gravedad de las heridas por su resultado; mas este criterio no es aplicable en el caso actual, por cuanto habiendo el herido fallecido en el acto, á consecuencia de la herida mortal, no puede conocerse con exactitud, el resultado que hubieran tenido las demás—Sin embargo, habiendo tres de ellas interesado el pulmon, puede suponerse que el herido si hubiese vivido, habria quedado perpétuamente inutilizado—En este caso si fuesen imputables á los procesados, la pena en conformidad al art. 233, debiera ser de tres años de prision, y no de uno solamente segun resuelve la sentencia consultada—El Juez arriba á tan extraño resultado, comprendiendo, que al referirse el precitado art. 204 á las disposiciones sobre las lesiones, alude al caso análogo previsto en este título y penado en el art. 241—Esto no es así: pues que no puede confundirse en manera alguna, el caso en que de una pelen resultase un homicidio, sin que se pueda averiguar el que lo causó, con el de que solo resulte una herida grave—Al refe-



rirse en cuanto al primero de estos casos, el art. 204 á las disposiciones penales sobre las heridas, lo que quiso indicar, es que se aplique á todos los contendientes la pena generalmente establecida para las graves en los casos comunes—Puede demostrarse directamente por el mérito del proceso, que el reo presente es responsable por lo menos, de una de las heridas clasificadas como gravísimas—Cuando fuese cierta la teoría del Juez del Crimen y exacto el cómputo que verifica para determinar la pena, ésta resultaría siempre deficiente—Se olvida en efecto, que el suceso de que se trata, se produjo resistiendo los procesados con armas á la autoridad; lo que de por sí constituye un delito castigado con un año de prision, pena que debería agregarse á la que correspondiese por las heridas.. 145

XXXVI—CAUSA DE HOMICIDIO—Sumario:—Sobre la protesta de sinceridad del Defensor, que se reconoce sin dificultad, observándose, sin embargo, que el abogado concluye casi siempre por preocuparse—Se levanta el cargo hecho á los Jueces del Crimen, de que el ejercicio de sus funciones los predispone á considerar delincuente á todo procesado—Puntos á que se contrae la espresion de agravios: y para procederse á su exámen, se presenta la relacion de los hechos—Lo que resultaba de la primera indagacion practicada por la Policía, y lo que se deduce de la sumaria informacion judicial—Constatao el hecho material del homicidio, ¿qué deba juzgarse sobre la intencion con que se ejecutó?—Desfavoreciendo al reo la presuncion legal de dolo, le correspondia desvanecerla; aunque le bastaba prueba imperfecta y de mera verosimilitud—No es suficiente, sin embargo, establecer la posibilidad de la inocencia por suposiciones arbitrarias ó hipótesis imaginarias: doctrina de Mittermayer—Exámen comparativo del mérito del proceso con relacion á las circunstancias inductivas de la intencion y de las declaraciones de los testigos de descargo—Aunque dos testigos hacen plena prueba, hay que examinar prolijamente sus declaraciones, pues la prueba testimonial es muy peligrosa—El Juez no es obligado á atenerse siempre á lo que dice el mayor número, aunque se trate de testigos no tachados, especialmente en causas criminales; pues debe preferir lo que encuentre mas razonable—Circunstancias que en el caso presente hacen desmerecer á los testigos de descargo—Eran amigos del reo y compañeros de parranda, habiendo andado juntos en diversion, cuando ocurrió el hecho de que se trata—Han declarado además, con variedad y con inverosimilitud..... 154

XXXVII—SOBRE EL DESCUBRIMIENTO EN BARRACAS DEL CADÁVER DESCUARTIZADO DE UNA MUJER—Sumario:—Exposicion del caso, y contenido del informe médico—El procesado se halla confeso del delito; pero no existiendo otras pruebas que lo convenzan, independientes de su confesion, ésta debe aceptarse en todas sus partes; al menos en cuanto no sean inverosímiles—Segun la relacion del procesado, el delito resultaria homicidio simple—No obsta á esta



clasificacion el que se castigue como asesinato, el homicidio con ensañamiento, el cual parece deducirse del hecho de hallarse el cadáver descuartizado; pues la mutilacion no se hizo en vida para aumentar el sufrimiento, sino en el cadáver, con el objeto de ocultar el suceso—En lo criminal, lo mismo que en lo civil, existe la prescripcion, así de la pena como del derecho de acusar—El término se cuenta desde que el delito se cometió; y no desde que se descubre ó el reo es capturado—El Código determina ocho años como término para la prescripcion del derecho de acusar en los delitos sujetos á pena de presidio ó penitenciaria por tiempo determinado—Entre éstos está comprendido el homicidio simple, que se castiga con seis años de presidio ó penitenciaria—El que sirve de materia á esta causa se encuentra pues prescripto ya; porque habiendo tenido lugar el 7 de Setiembre de 1876, hasta el 21 de Noviembre de 1884, en que la Policia inició las primeras diligencias indagatorias, habian transcurrido mas de ocho años... 170

XXXVIII.—VIOLACION DE SEPULCROS Y PROFANACION DE CADÁVERES

—*Sumario*.—El presente proceso relativo á un hecho raro é inaudito ejecutado por una sociedad secreta constituida para todo género de delitos, revela los progresos de la inmoralidad en el país —Demuestra tambien el peligro que le amenaza con la afluencia de elementos corrompidos y dañosos que arrojan los pueblos del viejo mundo; elementos que es urgente regenerar—De la misma suerte, la aplicacion del Código Penal al caso ocurrente, manifiesta que las idens desmoralizadoras y disolventes alcanzan ya á las clases elevadas, pues llegan á veces á prevalecer en las Legislaturas—Solo así se explica el que no por descuido, sino concientemente, en el Código dejara de pensarse un hecho abominable y execrado por la conciencia de la humanidad—El proyecto del Código contenia un capítulo sobre los delitos contra la religion, entre ellos la profanacion de los cadáveres—La Legislatura suprimiendo ese capítulo, dejó impune este hecho tan inmoral y tan atroz—E respeto á los cadáveres viene de la idea de la inmortalidad del alma; y la Filosofía materialista tiene que considerarlo necesariamente, una mera preocupacion—Para evitar la impunidad del hecho, el Agente Fiscal recurre á la antigua Legislacion; pero esta ya no rige despues de sancionado el Código Penal—El hecho se llevó á cabo por una asociacion de malhechores; mas aunque en el Código se habla del complot y de las bandas, solo se les castiga cuando tienen por objeto delitos determinados y siendo constituida aquella para toda clase de crímenes, resultaba licita—El Juez del Crímen clasifica el hecho de robo; mas reconoce con todo, que no le son aplicables las reglas comunes, porque ni el cadáver tiene valor alguno, ni los proceados se proponian tampoco apropiárselo—Le denomina, pues, plágio ó robo de personas; pero ciertamente el cadáver no es una persona—Encuentra tambien en él violacion de domicilio, mas en el



sepulcro solo habita la muerte—Podría considerarse en el hecho tentativa de estafa á la familia Dorrego, pero las amenazas desnaturalizan este delito—Habría tentativa de robo; pero no puede ser castigado como tal, por hallarse legislado especialmente—Las amenazas para sacar dinero se castigan con prision de uno á tres años, cuando se intimida con la prevencion de cometerse un delito—Las que se dirigieron á la familia Dorrego son vagas; y la única determinada consistía en profanar el cadáver; lo cual no constituye delito—En este caso la pena de la amenaza es solamente, un mes de arresto; pero los procesados llevan ya mas de dos años de prision; y en justicia deben ser puestos en libertad, revocándose la sentencia de primera instancia..... 175

XXXIX—CUAL SEA SEGUN EL CÓDIGO VIGENTE, LA PENA SUPERIOR INMEDIATA Á LA DE PRISION—Sumario:—Las leyes penales favorables al reo tienen efecto retroactivo—Esta doctrina se extiende aun á los casos ya juzgados, cuando hay necesidad de determinar la gravedad del delito anterior para los efectos legales—Se aplica en particular segun Haus, á la penalidad de la reincidencia—La pena superior inmediata en grado á la de prision es la de penitenciaria—Verdadera inteligencia del art. 90 del Código Criminal..... 182

XL—DEL DAÑO CAUSADO Á UNA PERSONA DIVERSA DE LA QUE SU AUTOR SE PROPONIA OFENDER—Sumario:—Exposicion del caso: el procesado en una disputa con una mujer, le tiró con una hacha, y errando el golpe, hirió á una criatura—¿Cómo se haya de clasificar el suceso, si por un verdadero delito ó solamente como un hecho culpable?—Parece que existiendo además del hecho material la mala intencion de producirlo en el agente, que son los elementos característicos del delito, debiera resolverse lo primero—En el caso presente, el Juez del Crimen supone que el procesado no le tiró el hacha á la mujer con quien disputaba, con propósito de ofenderla—Con esto evade la dificultad; mas esa suposicion es inexacta, constando lo contrario por relacion uniforme de todas las personas que presenciaron el hecho—Es inaplicable por tanto, la disposicion que aquel invoca sobre los hechos involuntarios—El caso no está previsto en nuestro Código; y es necesario buscar su resolucion en otros, ó bien en los principios jurídicos que deben regirlo—El Código Español considera el hecho como delito; y declara que su autor es responsable de la pena, aunque el mal recaiga sobre distinta persona de la que se quiere ofender—Pacheco, Caravantes y Goyena con otros autores aprueban esta resolucion; y procuran demostrar que existen los caracteres del verdadero delito—El profesor Haus, distinguiendo el dolo eventual ó indeterminado de que puede provenir el hecho, del concurso del dolo y culpa y de la culpa determinada por dolo, enseña que aquel está sujeto á diversas apreciaciones, segun las circunstancias y en conformidad á las reglas que determinan—Ejemplos con que este autor ilustra la materia que ex-



pone—Aplicacion de sus doctrinas al caso *sub-judice* con arreglo á las cuales resultaria una tentativa de delito, respecto á la mujer sobre quien el procesado arrojó el hacha, y un acto culpable pero no criminal, en la lesion inferida á la criatura que fué herida—La penalidad correspondiente viene á ser así, la misma que adopta la sentencia de primera Instancia, aunque partiendo de una suposicion equivocada 187

XLI—TENTATIVA DE ASESINATO—Sumario:—Relacion del suceso segun lo que se deduce del mérito de la causa—El hecho por parte de Balleto no puede clasificarse de otra manera, que por tentativa de asesinato—Cuando no se descubra positivamente el plan de matar ó asesinar, ni el reo lo confiese, debe juzgarse la intencion por las circunstancias del hecho—La doctrina del Defensor de que respecto á las lesiones solo deba juzgarse por el resultado, no puede tener aplicacion, cuando aparezca que el reo ha obrado con un propósito decidido—Un mismo hecho segun la intencion con que se ejecute, puede importar solamente una lesion, ó tambien tentativa próxima de homicidio ó asesinato—Del empleo de arma mortífera, del ensañamiento y repeticion de los golpes con la fuga del criminal, puede deducirse la intencion de matar—El ataque imprevisto simulando hasta entonces amistad y dirigido contra persona indefensa constituye alevosía, y caracteriza el asesinato—Inferioridad de la prueba de descargo, respecto á la que apoya la acusacion en los términos indicados—Cernadas se halla confeso de haber herido con una piedra en la frente á Balleto despues de pasado el ataque—Tal hecho es clasificado equivocadamente por el Juez del Crimen, de exceso en la defensa—Esta debe ser simultánea al ataque, y las ofensas inferidas al agresor despues que aquel ha pasado, deben considerarse actos ilícitos de venganza—Cernadas no se escusa con decir que trató de impedir la fuga del malhechor, no siéndole aplicable, como equivocadamente lo supone el Juez, lo dispuesto de un modo especial respecto al ladrón nocturno—Razones que justifican lo dispuesto en este caso—Tal disposicion tiene por objeto no solo la defensa de la propiedad, sino de las personas, que se consideran en peligro 196

XLII—PRESCRIPCION DE LOS DELITOS—Sumario:—El castigo de los delitos debe regirse á todos respectos, por la ley en vigencia cuando se cometieron, á menos que la nueva sea mas benigna—En caso contrario, no puede privar al reo de las escepciones ó motivos de atenuacion que por aquella le correspondiesen, ni dificultar la prescripcion—No vale decir que antes de consumarse esta, el reo no tenia un derecho adquirido; pues al menos le correspondia para no ser juzgado por otra ley que la que él conocia é infringió—Diversidad de opiniones y de doctrinas en la materia, entre las cuales la mas fundada es la que está siempre á la ley mas benigna—No puede admitirse error de copia ó de imprenta no salvado en la



edicion auténtica del Código—La prescripcion en lo penal sigue distintos principios que la civil, corriendo aun contra ignorantes ó impedidos y sin distincion alguna de presentes ó ausentes—En los delitos sucesivos no empieza á correr la prescripcion, sino cuando ya no se siguen cometiendo	Página 205
XLIII—HERIDAS CON PREMEDITACION Y ALEVOSÍA—Sumario: —No puede suponerse tentativa de asesinato, sin que se compruebe la intencion de matar—Esta no se demuestra suficientemente por el hecho de haberse causado una herida con premeditacion y alevosía—Tales circunstancias pueden existir tambien, aunque el propósito hubiese sido el de producir simples lesiones—Tampoco se acredita la intencion de matar por los antecedentes de enemistad—Aunque revelen un plan de venganza, el cual puede consistir en meras lesiones, golpes ú otras ofensas—En este sentido se juzgó ya anteriormente en un caso ocurrido—En el que causa una herida, á no constar de la intencion, se supone un dolo indeterminado, y debe responsabilizarse por el resultado.....	210
XLIV—HERIDAS CAUSADAS CON BALA—Sumario: —La mala intencion es un elemento esencial en los delitos—No solamente los constituye, sino que determina tambien su clasificacion—Un mismo hecho segun la intencion con que se ejecute puede constituir diversos delitos—La ley presume el dolo; pero no atribuye al reo la peor intencion imaginable—La circunstancia de que una herida inya sido causada con bala, no es suficiente para establecer la intencion de matar—Puede sin embargo hacer presumir en la tentativa, la intencion de producir una lesion grave—En el que hiere existe dolo indeterminado; y debe responsabilizarse por el resultado—El Código vigente no varia la penalidad en las heridas por haber sido causadas con bala—Sin embargo, en razon de que en tales casos se pone la vida en inminente peligro, seria justo legislarlos de un modo especial.....	215

SECCION SEGUNDA

Jurisdiccion, Superintendencia y Procedimientos

XLV—CONFLICTO DE LA CÁMARA CRIMINAL CON EL MINISTRO DE JUSTICIA SOBRE LA DEPENDENCIA EN QUE ESTE TRATABA DE COLOCAR Á LOS FISCALES—Sumario: —El Ejecutivo tiene derecho para solicitar informe de cualquier oficina ó Departamento de la Administracion; pero debe pedirlo por conducto del Gefe—Era por tanto irregular en el caso de que se trata, dirigirse aquel al Agen-
--



te Fiscal, que es un empleado subalterno—Es inaceptable la declaración que hace el Ejecutivo, de que sus procedimientos no deben ser paralizados ni entorpecidos por defectos de mera forma—La resolución que se comunica adolece de este mismo defecto, pues á pesar de su importancia y gravedad, carece de la firma del Presidente—En el caso presente la irregularidad observada debe llamar la atención especialmente, por cuanto procede del concepto de que los Agentes Fiscales, como el Fiscal de las Cámaras, dependen inmediatamente del Ministerio de Justicia—Este concepto es equivocado, porque siendo las atribuciones de aquellos funcionarios puramente judiciales, su misma naturaleza requiere el que sean ejercidas con independencia—Los Agentes Fiscales en el desempeño de sus cargos, según la ley, deben ser vigilados por el Fiscal, y todos se hallan sujetos á la superintendencia de la Cámara—El error en sostener que los Fiscales inferiores dependen del Ejecutivo, proviene del título de Agentes con que se les designa, el cual se pretende interpretar respecto del Ejecutivo, cuando en realidad dice relacion al Fiscal Superior—La ley, queriendo constituir un Ministerio de la Fiscalía, debía establecer jerarquía y cierto grado de subordinación entre los funcionarios que la desempeñan—Tanto el Reglamento de 1813 para la administración de Justicia, como el de 1817, consideraban á los Agentes Fiscales, auxiliares del Fiscal de la Cámara—Opinión de varios autores sobre la organización de la Fiscalía—Respuesta á los argumentos con que se pretende demostrar que los Fiscales deben depender inmediatamente del Ministerio de Justicia—Aunque el Poder Judicial es una desmembración del Ejecutivo, debe sin embargo ser ejercido con independencia—En las monarquías los Fiscales representan al Rey, á cuyo nombre se administra también la justicia—Estos principios no son aplicables al gobierno democrático, en el cual los Jueces reciben del pueblo su jurisdicción; y los Fiscales representan la causa pública—En Estados Unidos, según Story, los Fiscales nacionales lo que propiamente representan es á la Unión—El Ejecutivo de ningún modo y en ninguna forma debe intervenir en los juicios—Aunque le es permitido incitar al Fiscal á entablar acusación en casos dados, no puede con todo, ordenárselo positivamente—El Fiscal tiene el deber de acusar los delitos aun contra la voluntad del Ejecutivo—Podría hacerlo aunque se tratase de empleados subalternos de aquel, que supusiera haber obrado por orden superior—En los casos contenciosos tendria también que observar la inconstitucionalidad de que adoleciera cualquier acto del Ejecutivo todo lo cual es incompatible con su dependencia de este Poder—El carácter y posición del Fiscal se determinan menos por el origen histórico de su oficio, que por la forma de Gobierno y atribuciones de que se le reviste—En nuestro país hay dos clases de Fiscales, de Gobierno, que dependen exclusivamente del Ejecutivo, y judiciales, que solo funcionan en los Tribunales—Doctrina de los

Dres. Ferreyra, Malaver y Tejedor explicando esta distinción.—La representación del Ejecutivo por el Fiscal es impicante y contradictoria de la superintendencia de la Cámara á que se halla sujeto. . . 222

CONTESTACIÓN PUBLICADA EN EL «NACIONAL» Á LAS OBSERVACIONES DEL SEÑOR MINISTRO SOBRE LA RESOLUCIÓN QUE PRECEDE. . . 242

XLVI—SOBRE EL NOMBRAMIENTO DE ESCRIBIENTES PARA LOS JUZGADOS SUPERIORES: CONFLICTO DE LA CÁMARA CON EL EJECUTIVO—*Sumario*.—El régimen constitucional está basado en la división de los Poderes—Cualesquiera que sean los principios que rijan esta división, deben corresponder á cada uno, las facultades indispensables á su objeto, manteniéndolo independiente—Toda cuestión de atribuciones es grave, y las autoridades deben reclamar las suyas, no pudiendo renunciarlas—Es inexacto que al Ejecutivo corresponda exclusivamente la interpretación de las leyes; siendo el Poder Judicial su intérprete final—Aunque incumba al Ejecutivo el nombramiento de empleados que no esté reglado de otra manera, es facultad implícita de cada uno de los Poderes el arreglo de sus Secretarías y la designación de los subalternos—Este es un acto económico de cada uno de dichos Poderes é indispensable á su mejor régimen—De otra suerte vendría á sufrir una responsabilidad indebida ante el público por el mal servicio—Aun respecto de las oficinas dependientes del Ejecutivo, el nombramiento de cuyos empleados le corresponde, convendría el que verificase el de los subalternos, á propuesta de los Jefes ó directores—Los antecedentes aducidos por el Ministro de Justicia son de ningún momento; en realidad los Tribunales han estado en posesión del derecho de nombrar los escribientes—Al declararse en el inc. 1º, art. 86 de la Constitución, que el Ejecutivo tiene á su cargo la Administración General, por esta frase no se expresa que le correspondan todos los ramos de la Administración, sino que está empleada en contraposición á la palabra provincial ó municipal—La facultad de las Cámaras Legislativas para organizar sus Secretarías y nombrar los empleados subalternos, no se deriva solo de sus reglamentos, sino de la naturaleza de sus funciones, que las constituyen Poder independiente, como lo es también el Judicial. 256

XLVII—FACULTAD DE INDULTO EN EL EJECUTIVO—*Sumario*.—Aunque en el régimen Provincial el derecho de gracia en el Ejecutivo se hallaba muy restringido, las limitaciones establecidas han caducado con las disposiciones en que se apoyaban—En el C. Penal vigente se encuentra también reglamentado el indulto para los delitos; pero las circunstancias que requiere deben entenderse solamente condiciones impuestas á los penados para solicitarlo, y no como restricciones al Ejecutivo—La facultad del Presidente para conmutar las penas ó perdonar los delitos está regida exclusivamente por la Constitución Nacional—Dicha facultad es sumamen-



te amplia, pues no reconoce sino una sola escepcion; y el Congreso no podría tampoco restringirla—La indicada escepcion se refiere únicamente á las penas impuestas en juicio político por las Cámaras Legislativas—La cláusula de nuestra Constitucion concerniente á esta materia, es idéntica á la correlativa de la Constitucion de Estados Unidos—Doctrina de varios federalistas que la esponen en el sentido espresado—En el caso presente, por sus circunstancias, la gracia solicitada resulta equitativa..... 270

XLVIII—FACULTAD DE INDULTO EN EL EJECUTIVO—Sumario:—

Aunque la Constitucion acuerda al Ejecutivo la facultad de indultar ó conmutar las penas, en términos generales, ciertas disposiciones del C. Penal sobre la materia, referentes á algunas clases de penas y en condiciones determinadas, han venido á suscitar dificultades—La Cámara de lo Criminal ateniéndose estrictamente á las indicadas disposiciones, sostiene que el Ejecutivo no goza en la Capital, de la espresada facultad, respecto á los delitos comunes sino en los casos en que el Código autoriza su ejercicio—En estos términos, el Presidente solo podría conmutar la pena de prision, é indultar las de presidio ó penitenciaria; mas no la de muerte, ni las de prision, arresto, confinamiento ó destierro, á menos que hubiesen sido impuestas por los Jueces Federales—Tal distincion no es aceptable, pues no responde á principio alguno, ni descansa en fundamentos sólidos; repugnando ademas, el que nadie pudiese indultar la pena capital impuesta por delitos comunes, siendo como es irreparable—Puesto que la Constitucion solo exceptúa de las facultades generales que confiere al Presidente para indultar ó conmutar las penas, las que se impongan en juicio político, debe inferirse que todas las otras quedan comprendidas en aquella—Al referirse la Constitucion á los delitos del Fuero Federal, alude á todos los que están sujetos á la jurisdiccion nacional, exceptuando solamente aquellos, cuyo juzgamiento corresponde á los Tribunales Provinciales—En Estados Unidos es desconocida la distincion entre Jueces Federales y Nacionales; y entre nosotros tambien todos los Jueces de la Capital en realidad son Federales; habiéndose reservado sin embargo esta denominacion especial á ciertos Tribunales, para indicar el ramo de la jurisdiccion que invisten—Se ha pretendido fundar la restriccion que se impone al Ejecutivo Nacional, respecto á la facultad de indultar, en la observacion de que, habiendo sucedido en la capital al Gobierno Provincial, este se hallaba sujeto á las indicadas limitaciones—No es exacto que el Presidente mande en la Capital como Gobernador, pues mientras este derivaba sus facultades de la Constitucion Provincial, las de aquel son regladas esclusivamente por la Nacional—Tambien se pretende esplicar la distincion que se introduce en los delitos respecto á la facultad del Ejecutivo para indultarlos, por la naturaleza diferente de los políticos y los comunes—No es exacto que



todos los delitos definidos en las leyes de Justicia Federal ó que juzgan los llamados Jueces Federales, sean políticos ni que deje de haberlos de esta clase, entre los que comprende el C. Penal.—Si la facultad de indultar que ejerce el Presidente, fuese relativa solamente, á los delitos de que conocen los Jueces Federales, no podría perdonar, ni conmutar los delitos militares.—Tampoco habria habido necesidad de exceptuar de su facultad de indulto, los que son materia de juicio político; pues que nunca se habria podido en el supuesto indicado, considerarse incluidos en ella.—Siendo íntima por la Constitución la expresada facultad, las leyes reglamentarias no habrian podido restringirla.—El Cód. Penal habla del intulto como premio á la buena conducta de los reos, ó estímulo á su reforma moral; y en esta virtud ha debido exigir ciertas condiciones.—No se ha propuesto en manera alguna, reglamentar, ni restringir las atribuciones del Ejecutivo en esa materia..... 279

XLIX—SOBRE UNA PETICION DE INDULTO: MOTIVOS QUE LA JUSTIFICAN—Sumario:—El reo ha sido juzgado con excesivo rigor; y la pena de dos años y medio de prision resulta en el caso sobradamente dura.—Se trata en realidad de un hurto insignificante de varias fruslerias, cometido por un muchacho de diez y siete años.—Sin embargo, se le ha clasificado de robo; y ha sido castigado con la pena ordinaria de este delito.—Es un error jurídico el clasificar un hurto como robo por solo la circunstancia de haberse verificado de noche.—En el hurto, como en el robo, al estimarse la gravedad del delito, entre otras circunstancias, debe tenerse en cuenta el valor de lo sustraído: opinion de Haus á este respecto.—Al determinar el Cód. Penal dos años de prision para el robo, cuyo valor no exceda de quinientos fuertes, suponía sin duda que no se harian procesos escritos por pequeñeces.—Su inteligencia en sentido contrario, ha dado lugar á condenas excesivas y desproporcionadas, y en virtud del principio de que proceden, aun puede producir otras peores.—La edad del reo, menor de diez y ocho años, es y debe considerarse circunstancia atenuante en general, pues así lo reconoce el Código.—Sin embargo, habiendo este omitido determinar la proporcion en que se haya de disminuir la pena, respecto á los delitos sujetos á prision, se ha enterdido que en ellos no debe haber rebaja.—Siendo estos leves deberia hacerse con mayor motivo que en los graves; pues la indicada causa de atenuacion es general.—Ha sido tomada del Código Español; y en éste comprende todos los delitos, segun lo explican Pacheco, Caravantes y Goyena.—Uno de los objetos principales de la facultad constitucional de indulto en el Ejecutivo, es el de corregir la irregularidad de las penas que en casos particulares resulten inequitativas, por la aplicacion estricta de disposiciones generales.—Por las razones indicadas, en concepto del Fiscal, es razonable y procedente el indulto en el caso propuesto..... 290





- L—SOLICITUD DE LOS DEFENSORES DE POBRES AL EJECUTIVO PARA QUE SE LES SEÑALE SUELDO.—***Sumario:*—Desde luego parece una anomalía el que siendo retribuidos los servicios de todos los funcionarios de la Administración Superior de Justicia, solamente los Defensores cuyos deberes son delicados y muy gravosos sean gratuitos.—El origen de esto se encuentra en las instituciones coloniales; pues en los antiguos Cabildos, que por lo regular se componían de hombres pudientes que servían gratis, cada año se designaba uno de sus miembros para que ejerciese las funciones del indiciendo cargo con el título de Regidor Defensor de Pobres.—Suprimidos los Cabildos después de la revolución, las funciones del Defensor se encomendaron á algun sujeto respectable, dándosele Asesor: y mas tarde á uno ó mas abogados; pero desde entonces, en casi todas las provincias fueron retribuidos.—En la de Buenos Aires se han conservado sin embargo gratuitas, quizá en consideración á la obligación que tenían los abogados de defender gratuitamente á los pobres.—Tal obligación en realidad no puede considerarse subsistente en el régimen actual; desde que siendo compensación á las exenciones y privilegios que disfrutaban, estos no se conservan.—La Constitución en efecto, suprimiendo las distinciones nobiliarias, establece además la igualdad de las cargas, con lo que destruye los privilegios de los abogados; pero tambien deben cesar sus gravámenes especiales.—Los empleos puramente honoríficos y sin sueldo no son conformes á la índole de los gobiernos democráticos; pues así como en ellos á nadie debe eximirse del impuesto, todos los servicios deben ser retribuidos; y á nadie se han de exigir gratuitos.—Esta es la doctrina que ha prevalecido en Estados Unidos; habiéndose discutido el punto, con motivo de la dieta que se trataba de acordar, y en efecto fué acordada á los Diputados.—Opiniones al respecto, de Laboulaye, Tocqueville y Storr, que sostienen y justifican la enunciada doctrina.—Además, siendo esencial en el gobierno libre el principio de la responsabilidad de los funcionarios, esta no podria hacerse efectiva, mientras aquellos sirvan sus empleos por obligación y gratuitamente.—La falta de sueldo impone tambien la necesidad de cambiar con mucha frecuencia á los Defensores, lo cual produce resultados perjudiciales.—Acordándose á estos funcionarios una remuneración equitativa, la Defensoría podria organizarse y reglamentarse mejor, con lo que este ramo del servicio público ganaria mucho. 296

- LI—SOBRE PUBLICIDAD DE LOS ACTOS JUDICIALES.—***Sumario:*—Petición de uno de los Escribanos de Registro solicitando un acuerdo en que se prohiba á los diarios la publicación de cosas que puedan perjudicar.—Establecido el sistema de publicidad en todos los ramos de la Administración, se aplica tambien á los tribunales, secretarías y registros.—Casos de escepcion, como seria el contenido del sumario en causas criminales, ó aquello que se prohiba especialmente, en obsequio de la moral para evitar escándalo.—Al es-



tablear la ley el registro especial de varias clases de contratos y documentos, lo que procura es precisamente la publicidad—En las demás ningún Escribano es obligado á dejar inspeccionar sus registros sino por orden de Juez competente; y debe guardar la reserva conveniente, sin que para esto sea necesario acuerdo—Resolucion del Tribunal Superior en este sentido.....	304
LII—EJECUCION DE LAS CONDENACIONES CIVILES EN CAUSAS CRIMINALES	307
LIII—NULIDAD RECLAMADA EN EL JUZGADO DEL CRIMEN DE UN PROCESO INICIADO POR LA AUTORIDAD MILITAR—Sumario: —Aunque la autoridad militar no ha resultado competente para juzgar el delito, lo era sin duda para levantar un sumario en esclarecimiento de los hechos—Por consiguiente este no debe anularse, como no se anularia tampoco, cuando levantado por el Juez Correccional, resultase despues que la causa correspondia al del Crimen ó viceversa—Segun la Jurisprudencia establecida, la ratificacion de los testigos en el término probatorio no es un trámite esencial—El Defensor la renunció tácitamente dejando de solicitarla, y tampoco ha tachado á los testigos por defecto de forma en el exámen—En los juicios no pueden renunciarse los trámites esenciales al descubrimiento de la verdad; pero sí, los que no lo son—Una vez descubierta aquella conforme á la Recopilada, debe juzgarse por ella, no obstante cualquier defecto de forma en el proceso, no reclamada por la parte—El hecho materia de la causa, resulta completamente esclarecido y la resolucion apelada es justa.....	310
LIV—DELITO DE RAPIÑA—Sumario: —En los ataques contra la propiedad para graduar la pena, hay que tomar en cuenta su importancia, no menos que la reincidencia del delincuente, como sucede tambien respecto de esta en todos los demás delitos—Inteligencia del art. 325 del Código Pennl.....	316
LV—DELITOS CONTRA LAS COSTUMBRES—Sumario: —Inteligencia del artículo 266 del Código Penal, que prohibe el procedimiento de oficio, en los delitos contra la honestidad.....	322
LVII—PROCEDIMIENTO EN LOS DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD—Sumario: —En el delito de violacion, como en el de estupro, solo puede procederse segun el Código Penal vigente, por acusacion de la parte agraviada ó sus legítimos representantes, no bastando la simple denuncia: inteligencia del artículo 266.....	333
LVIII—JURISDICCION EXTRATERRITORIAL EN LOS DELITOS—Sumario: —Exposicion del caso: la querrela versa entre dos extranjeros domiciliados aqui, por una publicacion calumniosa, mandada hacer fuera del país, por uno de ellos contra el otro—Demandado aquel ante el Juez del Crimen le opone incompetencia, sosteniendo que el conocimiento de un delito corresponde al del lugar en	



que se cometió—Esta circunstancia no es la única que surte fuero porque tambien lo es el domicilio del delincuente—Si ambos lugares perteneciesen á la Nacion, el punto seria sencillo; pero respecto á los delitos cometidos en el extranjero, no carece de dificultad—Diversas opiniones de los autores sobre si la jurisdiccion criminal es puramente territorial—El derecho Francés atribuye competencia á los Tribunales de la Nacion, para castigar los delitos cometidos en el extranjero contra el Estado ó contra alguno de sus súbditos—Reconoce pues el principio de la jurisdiccion extraterritorial, el cual admitido, cada Nacion la ejercerá en la manera que determine—Si la Legislacion Francesa y los Códigos de las naciones que han adoptado en este punto su doctrina, no castigan los delitos cometidos fuera de su territorio, cuando ofenden á un extranjero, consiste en que no consideran deberle la misma proteccion que al nacional—Nuestra Constitucion, siguiendo principios mas liberales, acuerda al extranjero igualdad de derechos civiles con los hijos del País; y de consiguiente les debe en ellos la misma proteccion—Así, toda vez que un argentino pueda ocurrir á los Tribunales del país en demanda de justicia por delitos cometidos contra él, igual accion debe corresponder al extranjero—Demostrado pues que en el caso de que se trata, el primero habria podido quejarse aqui contra el autor de la indicada publicacion, la demanda debe considerarse bien interpuesta, aunque el querellante sea extranjero, y el delito se haya cometido fuera del territorio argentino..... 338

IX.—JUICIOS DE IMPRENTA.—*Sumario*.—¿Si existen leyes vigentes en la Capital que rijan sobre los abusos de la prensa?—El C. Penal no comprende estos delitos; y porque no los comprende—Apreciaciones equivocadas al respecto—La verdadera causa del error está en que se ha entendido que el Congreso no podia legislar sobre imprenta—La prohibicion en todo caso no seria estensiva á la Capital y territorios federalizados—La falta de leyes que castiguen un hecho acusado como delito, no constituye excepcion dilatoria, sino perentoria—En el caso presente ha sido mal aducida esta consideracion, para fundar la incompetencia del Juez—Leyes de imprenta que rejian en la Provincia y reglamentaban el juicio—Dejaban á eleccion del acusador, ocurrir al Jurado ó á los Jueces ordinarios—La subsistencia de aquel no escluiria la jurisdiccion de estos—Los Tribunales ordinarios debian aplicar las penas de los códigos españoles con algunas modificaciones—El C. Penal no derogó las leyes de imprenta provinciales; antes bien supone su vigencia—La Ley Orgánica mantuvo en vigor los procedimientos criminales—Las disposiciones penales á que se refieren dichas leyes de imprenta, no podian calucrar por el hecho solo de la federalizacion..... 345

IX.—ACCION DEL MARIDO PARA ACUSAR LAS INJURIAS HECHAS Á



SU MUJER—Sumario:—Exposicion del caso y origen de la dificultad—La redaccion oscura del artículo 314 del C. Penal ha inducido en error á la apelante, dejándole comprender que el marido no puede acusar las injurias hechas á la mujer.—Sin embargo, examinada atentamente, y recurriendo para explicarla á los principios de la materia, no tiene seguramente el significado que se le atribuye.—Desde el Derecho Romano quedó establecido que de un mismo hecho criminal ó ilícito puede nacer accion á varias personas, sin que el Código haya modificado este principio—La declaracion pues, de que estando viva la persona injuriada, solo ella puede quejarse, importa únicamente considerar la injuria delito privado, del cual no nace accion popular—Esto no equivale á resolver que un hecho no pueda agraviar á muchas personas ó que no se ofenda al marido con las injurias inferidas á la mujer—Mucho menos importa decidir que la persona agraviada por la injuria no pueda querrellarse por medio de procurador; ó desconocer en el caso, la personeria de los representantes de los incapaces, cuando lo fuese el injuriado—Así lo explica terminantemente Pacheco exponiendo una disposicion análoga del C. Español de la cual ha sido tomada la del artículo 314 del nuestro—La resolucion contenida en la segunda parte de ese artículo, concediendo accion de injuria á los deudos, se refiere á una hipótesis diversa de la á que alude en la primera—En esta se trata de la injuria hecha á persona viva; mientras en aquella se habla de la que se irroga á la memoria de un muerto—No puede por tanto contraponerse dicha resolucion acordando accion de injurias á los deudos, á la de la primera parte que la niega en general, para deducirse de aquí que ni aquellos la tienen—Aun admitiendo que la injuria agrave tambien á los deudos, como la muerte disuelve todo vínculo de parentesco, respecto á la injuria hecha á un muerto, podria dudarse si les correspondiese alguna accion—Ha sido necesario por esto resolverlo especialmente; y se ha hecho concediéndoles accion, cuando la injuria fuese trascendental á ellos mismos; y acordándosela siempre al heredero—Queda pues subsistente el principio de que por un mismo hecho pueden resultar injuriadas diversas personas, siéndolo efectivamente el marido por las que se causen á la mujer. Es por tanto, justa, la resolucion apelada que así lo declara y en consecuencia debe confirmarse..... 357

SECCION TERCERA

Materias Mercantiles

LXI—PROTESTO DE BILLETES AL PORTADOR..... 362

LXII—PROTOCOLIZACION DE UNA ESCRITURA PÚBLICA DE SOCIEDAD

MERCANTIL OTORGADA EN EL EXTRANJERO—*Sumario*.—Esta diligencia ha sido denegada por el Juez, suponiendo no espresarse en aquella el lugar de su otorgamiento, y por no haber intervenido en este todos los socios..... 365

LXIII—APLICACION DE LA LEY DE SELLOS Á LOS CONTRATOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO, PARA TENER EFECTO EN EL PAÍS—*Sumario*.—Aquella debe hacerse distinguiendo segun que la ejecucion en la República haya de ser total ó parcial 369

LXIV—TRIBUNAL COMPETENTE PARA DEMANDAR UNA SUMA DE DINERO PRESTADA AQUÍ, POR UN COMERCIANTE, Á UNA EMPRESA DE MINAS DE LA RIOJA—*Sumario*.—El préstamo de dinero solo es mercantil cuando versa entre comerciantes y se destina á objeto de comercio—Una empresa minera que solo procura materias primas, no puede equipararse á una fábrica que las elabora y transforma; ni debe por tanto considerarse mercantil—No le son pues aplicables los artículos del C. de Comercio que determinan el lugar del pago, estableciendo que en el préstamo, á no mediar estipulacion especial, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor—El caso se encuentra en consecuencia regido por las disposiciones del C. Civil, que respecto á las obligaciones de entregar sumas de dinero, y en las concernientes al mútuo, no habiendo estipulacion al respecto, establece que el lugar del cumplimiento será aquel en que se contrajo—Sin embargo, esta circunstancia no resuelve por sí sola, en favor de la competencia de los Tribunales del lugar en que se contrató—La Ley de Procedimientos requiere además, la residencia del demandado en este lugar, aunque fuese accidental, al interponerse la demanda—En el caso *sub judice* los demandados no se encontraban aquí cuando el juicio se entabló; y de consiguiente, los Tribunales de la Capital no son competentes para conocer en él..... 372

LXV—SOBRE NOVACION DE LAS OBLIGACIONES POR LA ADMISION EN PAGO DE DOCUMENTOS—*Sumario*.—Relacion del caso: el recurrente presentó documentos al concurso de que era acreedor, demandando el pago, y pretendiendo el privilegio de constructor—El concurso admitiendo la doctrina sobre el privilegio, observó que no constaba la precedencia del crédito; pero reconoció en el interesado el derecho de acreditarla, como se acreditó efectivamente—Sin embargo se pretendió entonces que era necesario el consentimiento de todos los acreedores; y el Juez de Comercio rechazó el privilegio bajo la consideracion de no haberse alegado en el acto del reconocimiento de los créditos—Apelada esta resolucíon, fué revocada; y en tal virtud el Juez debia pronunciarse nuevamente sobre el fondo de la cuestion—Así lo ha hecho desechando por segunda vez el privilegio, porque existiendo documentos, en su concepto, era inadmisíble la prueba testimonial, y porque aquellos llevan la cláusula de *valor recibido*—Respecto á la admisibilidad





do los testigos en el caso, debe distinguirse la forma de las obligaciones y su prueba—Faltando la primera, con nada puede suplirse; mientras que la segunda se subsana muchas veces—La locación de servicios no exige *pro forma* documento; y una vez prestados aquellos podían acreditarse por testigos—La existencia de documentos no excluye en absoluto la prueba testimonial, sino en cuanto tienda á contradecirlos—Es permitido producirla para fijar mejor el sentido de los documentos, determinando enunciaciones vagas ó generales contenidas en ellos: doctrina de Bonnier—Esta doctrina es aplicable al caso actual, porque justificándose los servicios prestados á los fallidos, sin contradecirse el contenido de los documentos, se especificaba mejor el modo y forma del recibo de valores confesado en ellos—Además, el C. de Comercio permite especialmente probar contra la causa de la obligación expresada en los documentos de crédito—No es exacto que la expresión de *valor recibido* consignada en un documento, transforme la obligación en mútuo, y produzcan novación respecto á la primera, haciéndole perder sus privilegios—La enunciada cláusula solo tiene por objeto determinar las relaciones de acreedor ó deudor entre el firmante y el tomador del documento—Sentido equívoco del art. 700 del C. de Comercio sobre la naturaleza del mútuo; el cual se ilustra con la doctrina del Dr. Velez en la materia—Por la sola expresión de *valor recibido* no se produce novación; pues no se cambian las personas ni el objeto de la obligación—El consignar en documento una obligación; el hacerla mercantil ó ejecutiva, como el modificarla en otros accidentes, tampoco induce novación—Para evitarse la novación por el recibo de documentos, no es indispensable, según el C. Civil, que en ellos mismos se espresen que se dan en pago de la primitiva obligación—Según el C. de Comercio, basta el que no se haya otorgado recibo simple del pago, sino que en aquel se haga referencia á la causa preexistente—Esta declaración demuestra que no es indispensable al efecto indicado, el que los mismos documentos contengan igual referencia—En otro sentido, la opinión del Dr. Velez sería singular; pues que resultaría en oposición á la doctrina común, y en especial á la de Marendé, que cita como concordante de la suya..... 377

LXVI—CUBRO DE UNA CUENTA EN VIRTUD DE CARTA DE CRÉDITO

—*Sumario.*—Se trata del valor de efectos que se suponen entregados en virtud de una carta de crédito—No habiendo sido reconocida la firma que suscribe la que acompaña la demanda, se procedió al cotejo de letra por peritos calígrafos—El parecer de éstos, sin embargo, por Derecho no hace plena prueba, antes bien, la importancia que debe atribuirse á esta diligencia queda librada á la apreciación del Juez—En este punto acuerdan con el nuestro todos los Códigos antiguos y modernos; siendo además doctrina generalmente aceptada—En el caso de la cuestión se recurrió en subsidio

á la compulsa de los libros comerciales de los demandantes—Resultando no hallarse rubricados por el Juez, como lo previene el Código, no pueden comprobar tampoco la obligacion que se supone derivada de ella, sino á condicion de que se justifique, lo que no se ha verificado, haber hecho uso de ella el interesado—Así mismo no puede acreditar obligacion por mayor cantidad que la que determina; mientras que el crédito reclamado excede en su valor, al que autorizaba la indicada carta—Los demandantes, por tanto, no han justificado legalmente su accion y la sentencia apelada que así lo declara, es justa; debiendo en consecuencia, confirmarse.....

389

LXVII—CUAL SEA LA JURISDICCION COMPETENTE PARA CONOCER EN EL PLEITO SOBRE NULIDAD DE LA ENAGENACION DE UNA FINCA HECHA POR UN FALLIDO Y RECLAMADA POR EL SINDICO Á NOMBRE DEL CONCURSO—Sumario:—Para determinar la competencia del Tribunal, es necesario examinar atentamente los términos de la demanda—En la de que vamos á ocuparnos, se reclama la nulidad de la enagenacion de una finca hecha á nombre del fallido, antes de declararse la quiebra, á fin de que aquella vuelva á la masa del concurso—La demanda se funda en que á la época de la enagenacion, el establecimiento fallido habia cesado ya en sus pagos—Se alega tambien que sus Directores carecian de autorizacion para enagenar bienes raices—Se espone así mismo, que no obstante haberse simulado venta, el contrato, en realidad, era dacion en pago á favor de un acreedor y en perjuicio de los demás—En fin, se observa que por virtud de los efectos retroactivos de la quiebra, debe anularse todo pago hecho en otra forma que en dinero ó papeles de comercio y posterior á la fecha en que tuvo lugar la efectiva cesacion de pagos—Por consiguiente la referida demanda debe considerarse emergencia de la quiebra, y su conocimiento corresponde al Juez de Comercio—Para establecer la competencia del Tribunal Civil en el asunto, no basta el que generalmente hablando, la enagenacion de fincas no se considere acto de comercio, ni aquellas sean artículos mercantiles—A pesar de ésto por diversas causas y en muchos casos, el Juez de Comercio puede ejercer jurisdiccion esclusiva sobre ciertos bienes raices—Debe distinguirse, respecto á la competencia del Tribunal, la demanda de reivindicacion de una finca contra un tercero á nombre del concurso, de la de reintegracion á la masa, de bienes muebles ó raices, segregados indebidamente—Opinion de la Curia Filípica sobre que debe ser el Consulado, quien en caso de quiebra resuelva sobre la revocacion de los pagos que se supongan ilegales—Segun las Ordenanzas de Bilbao, debia conocer tambien, de los pagos anticipados verificados por el fallido con bienes muebles ó raices; pagos que nuestro Código equipara á todos los que se verifiquen despues de la cesacion, de otro modo que en dinero ó papeles de comercio





—La Ley Española de Procedimientos acorde con el C. de Comercio, atribuye á la jurisdiccion mercantil, el conocimiento sobre pleitos de reintegración á la masa de cualquier especie de bienes enagenados por contratos, que puedan resultar ineficaces por Derecho.—El concurso es un juicio universal que atañe á sí todos los que afectan los intereses de la masa, aun aquellos en que el concurso sea el demandante; desde que puedan considerarse como emergencias de la quiebra.—Opinion de Riviere enseñando que deben reputarse tales, aquellos que sin la quiebra no habrian tenido lugar.—Opinion del Dr. Moreno sobre que corresponden al Tribunal de Comercio todos aquellos, cuya resolucio[n] dependa de la aplicacion de los efectos de la quiebra.—Doctrina de Dalloz relativa al caso y favorable á la jurisdiccion mercantil, apoyada por una resolucio[n] de la Corte de Lieja, que se transcribe.—Resumen y conclusio[n]..... 394

LXVIII—CONCESION DE MORATORIAS—Sumario:—El Código de Comercio no requiere para la concesion de moratorias el voto positivo de dos tercios de los acreedores que representen tres cuartas partes de la deuda, ó tres cuartos de los acreedores que representen dos tercios de aquella.—Se contenta con que este número de acreedores no se oponga; lo cual es muy diverso, pues, esto sucede tambien en los que no asisten ó no votan. Respecto del concordato está dispuesto de otro modo, pero el Código distingue este de las moratorias, aun cuando puedan contenerlas.—Opinion del Dr. Moreno, que apoya la doctrina expuesta sobre el sentido del artículo 1620.—No es aplicable la de Manresa y Navarra aducida en contrario por el Juez *á quo*, por cuanto se refiere al Código Fernandino, que no distingue como el nuestro, el concordato de las moratorias, comprendiéndolos bajo la denominacion de convenio.—Además, para que este tenga lugar requiere el apoyo de mas de la mitad de los acreedores, que representen tres quintas partes del pasivo.—Nuestro Código, por el contrario, respecto á las moratorias solo requiere que no se oponga el número de acreedores que determina..... 406

LXIX—SOBRE SI LOS MENORES, AUN DESPUES DE LA PUBLICACION DEL CÓDIGO CIVIL, CON AUTORIZACION DE LOS PADRES, PUEDEN EJERCER EL COMERCIO—Sumario:—El Código de Comercio, al determinar quienes pueden ejercer esta profesion, se refiere á los que por el Derecho comun tengan la libre administracion de sus bienes.—Es pues el Código Civil el que regla la capacidad de las personas; si bien aquel, como lo indica en términos expresos, introduce ciertas modificaciones.—Estas pueden referirse principalmente á los menores emancipados y habilitados, que sin tener libre la administracion de sus bienes, son considerados mayores á los efectos del Derecho Mercantil.—Cuándo se verifica la emancipacion; cómo se obtiene la habilitacion de edad, y restricciones á que á pesar de ella queda-

ban sujetos los menores; las cuales no subsistian en el comercio—El nuevo Código Civil no admite otro medio de emancipacion que el matrimonio; y suprime completamente la habilitacion—Parecia por esto que los menores no podrian ya en lo sucesivo ser comerciantes—Sin embargo, lo que el Código de Comercio requiere, no es propiamente la emancipacion, siro el permiso de las personas á que los menores se hallan sujetos—Así, el hijo de familia asociado á los negocios del padre ó que con autorizacion suya ejerce el comercio, en cuanto á este, segun el Código, debe ser tenido por mayor—En Francia, para ser comerciantes los menores, se exija ademas del indicado permiso, la emancipacion—Dificultades que ofrecerá en la práctica el sistema opuesto, especialmente en cuanto á la entrega de sus bienes que el padre haya de hacer al hijo menor—Anomalia que resulta tambien, de que el tutor por sí solo pueda autorizar á su pupilo para ejercer el comercio, cuando para hacer continuar ó cesar un establecimiento mercantil que aquel adquiriera, necesita licencia del Juez—A pesar de todo lo expuesto, el Código Civil expresamente, aunque solo de un modo incidental, declara que los menores sujetos á la patria potestad pueden ser comerciantes..... 410

LXX—COMPETENCIA ENTRE EL JUEZ DE COMERCIO QUE EJECUTA Á UNA MUJER CASADA POR DEUDA MERCANTIL, Y EL TRIBUNAL CIVIL QUE EXIENDE EN EL CONCURSO DEL MARIDO, PARA RESOLVER SOBRE LA PROPIEDAD DE UNA FINCA EMBARGADA POR AMBOS—Sumario:—El Juez de Comercio conociendo de una ejecucion contra una mujer casada por deuda mercantil, embargo é hizo rematar una casa que se consideraba propiedad de aquella—Habiendo resultado al otorgarse la escritura de la venta, que tambien se hallaba embargada por el Juez Civil, se dirigió á este á fin de que levantase ese embargo—Como dicho Juez Civil se hallase conociendo en el juicio de concurso formado al marido de la ejecutada; y se le hubiese denunciado aquella finca por bien ganancial, solicitó por su parte del de Comercio, la remision de los autos ejecutivos contra la esposa del concursado—El Juez de Comercio se denegó á este requerimiento, y sostuvo: que siendo la finca embargada propiedad esclusiva de la mujer, á cuyo nombre se encuentran otorgados los títulos y no estando ella concursada, se hallaba en su perfecto derecho para continuar la ejecucion—Declarada la competencia entre ambos Jueces, resultó que por las leyes vigentes, no existia Tribunal alguno autorizado para dirimirla—Entonces el Síndico del concurso se presentó en el Juzgado de Comercio declinando su jurisdiccion—Niega que la casa sea propiedad esclusiva de la mujer, aunque la escritura esté puesta á su nombre, por no constar ser adquirida con dinero suyo—Sostiene que siendo la mujer sócia del marido, el cual es el administrador de la sociedad, la personalidad de ambos esposos se confunde, y la fa-





lencia del marido produce necesariamente la de la mujer—El Juez de Comercio no hizo lugar á la declinatoria, sosteniendo que por ser irregular la sociedad conyugal, no existía solidaridad entre los socios, y la mujer podía ser al mismo tiempo socia y acreedora del marido—Que cuando la casa en cuestion resultase efectivamente ganancial, todavía habría sido bien embargada por él, y que el concurso del marido no embarazaba el ejercicio de su jurisdicción—El Fiscal impugna esta doctrina, observando que si la casa fuese en efecto bien ganancial, respondería no solo de las deudas contraídas por la mujer con licencia del marido, sino también de las contraídas por este durante el matrimonio—Sostiene que por lo regular, estando confundidos los bienes de ambos esposos y los gananciales, en caso de concurso es indispensable que el Juez que entienda en él, conozca también en lo concerniente á la separación de la sociedad conyugal; y bajo esta consideración en el caso presente, opina por la competencia de la jurisdicción civil..... 419

LXXI—COMPETENCIA ENTRE LOS DOS JUECES DE COMERCIO PARA DECLARAR UNA QUIEBRA—Sumario:—Antecedentes del caso: habiendo conocido uno de los Jueces de Comercio en el juicio de moratorias, y resultando desechadas por los acreedores, los deudores manifestaron también que desistían de su solicitud; é inmediatamente se presentaron en quiebra ante el otro Juez, que la declaró efectivamente—El primero de dichos Jueces, que entendía en las moratorias, ignorando esta resolución, proveyó admitiendo el desistimiento de los deudores, y á solicitud de uno de los acreedores, los declaró también en quiebra, surgiendo con este motivo la competencia—En favor del primero que hizo la declaratoria de quiebra se alegaba hallarse en turno; y que había prevenido en el asunto, debiendo considerarse independiente el juicio de quiebra del de moratorias—El turno establecido entre los Jueces es una medida puramente económica, tendente á distribuir con equidad el trabajo; y no altera la jurisdicción—Entre los Jueces que gozan jurisdicción acumulativa, no previene en un asunto el primero que sentencia, sino el primero que empezó á entender en él—El juicio de moratorias no es independiente del de quiebra, pues desechadas éstas ó revocadas, debe seguirse la declaratoria de aquella—Decreitada por el Juez de las moratorias la suspensión de todo procedimiento ejecutivo, mientras aquella medida subsista, no puede declararse la quiebra—Los antecedentes instructivos de uno y otro juicio son los mismos; y no habría conveniencia alguna en que estos se siguieran en diversos tribunales..... 425

LXXII—EJECUCION DE UNA SENTENCIA PRONUNCIADA POR UN TRIBUNAL ESTRANERO—Sumario:—Exposición del caso y resolución que en él ha recaído—Requisitos que se exigen para la ejecución de sentencias emanadas de Tribunales extranjeros—Se demuestra que todos ellos concurren en la sentencia cuyo cumplimiento se

pide—Respuestas á las observaciones que se han opuesto en sentido contrario—Inteligencia de la disposicion que requiere el que la obligacion declarada por el Tribunal extranjero, sea válida segun nuestras leyes—La resolucion de que se trata no solo es verdadera sentencia definitiva, sino tambien ejecutoria, así por las leyes del Reino de Italia, como por las nuestras—Siendo insubsistente la resolucion del auto apelado, éste debe revocarse..... 431

LXXIII—COMPETENCIA ENTRE DOS CÁMARAS—Sumario:—Relacion del caso—Recusado todo el personal de la Cámara en lo Civil, se constituyó con el que debia reemplazarlo; y aceptada la recusacion, el tribunal que se formó, procedió tambien á resolver sobre lo principal—Devuelta la causa, al ejecutarse la sentencia, surgió un incidente de que se apeló para ante la Cámara permanente; la cual entró á conocer en el recurso; y habiéndosele rechazado los autos, por dicho tribunal se los denegó—Este ocurrió entonces á la Suprema Corte, á fin de que se los mandase entregar; pero se resolvió que no era llegado el caso de que tomára intervencion en el asunto—Comunicada en ese estado vista al Fiscal, examinando la forma de la competencia, encuentra que en el espediente nuevamente formado hay datos suficientes para resolver; y que aquella procederia en el caso por inhibitoria—Razones por las cuales los vocales permanentes de la Cámara de lo Civil se consideran hábiles no obstante la recusacion—Se examinan esas razones y se indican las que fundan la competencia del tribunal anteriormente formado, que debe declararla y sostenerla..... 438

APENDICE

Acusacion y defensa del coronel D. Pedro Oyarzabal, en la causa que se le siguió de oficio por su conducta pública como jefe del Departamento del Rio Cuarto durante la Intervencion Nacional de 1861..... 443





PARTE II

CÁMARA DE LO CRIMINAL Y MERCANTIL





PARTE SEGUNDA

CÁMARA DE LO CRIMINAL Y MERCANTIL

SECCION I

Cuestiones de fondo

VISTA XXVIII

ESTAFa Y ABUSO DE CONFIANZA

SUMARIO:

Recursos deducidos contra la resolucíon de primera Instancia y exámen de su procedencia—No pueden admitirse en general otras causas de nulidad de un acto jurídico, y particularmente de una sentencia, que las determinadas en la ley, entre las cuales no se comprenden las que se han alegado contra dicha resolucíon—Esta siendo definitiva, era ciertamente apelable; pero la justicia ó injusticia del recurso resultará del estudio sobre el mérito de los autos—Relacion de los antecedentes del asunto traído por apelacion al conocimiento del Tribunal—Exámen en particular de los hechos principales contenidos en la relacion que precede —Carácter en que manejaba Stump los negocios del «Cambio Central»— Objeto de esta casa y facultades acordadas al administrador—El único punto de disidencia sobre esto entre los interesados—Equivocacion de la vista Fiscal en primera Instancia é inconsecuencia del Juez inferior— Inverosimilitud de una autorizacion ilimitada para jugar, conferida á Stump, por Marechal—La caja del «Cambio Central» existia y se ha conservado en poder del procesado—Recibos de dinero por Stump, de cuenta de Marechal—El saldo «Bellamy»—Aplicacion de la doctrina jurídica á los hechos expuestos—Diversos puntos de Derecho discutidos, que se relacionan con la cuestion principal—Observaciones sobre la defensa—La vista del Agente Fiscal—La sentencia apelada: su crítica— Conclusion: cual sea la resolucíon que corresponda.





Erma. Cámara : — El Fiscal se ha instruido con atención y estudiado detenidamente, cual lo requiere su importancia, la causa criminal que V. E. se ha servido comunicarle en vista, seguida por acusacion de D. Antonio Maréchal contra Jorge Gustavo Stump, sobre estafa y defraudacion de la suma de un millon de pesos moneda corriente, que se supone haber tenido lugar en esta capital, en el decurso de 1881 y principios del 82.

El Juez del Crimen en 1ª Instancia, de acuerdo con el dictámen del Agente Fiscal en cuanto á la resolucion, aunque no acerca del fundamento principal de aquel, ha absuelto en definitiva al procesado, declarándolo inocente en el delito que se le imputaba ; y contra esta resolucion se han interpuesto por el acusador los recursos de nulidad y apelacion de que debemos ocuparnos.

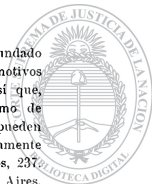
RECURSOS DEDUCIDOS

En cuanto al primero, se funda en que el Juez del Crimen, confundiendo la querella en forma, de Maréchal contra Stump, con su denuncia ante la Policía, en momentos en que á aquel se le consideraba prófugo, ha desnaturalizado de esa suerte la verdadera cuestion, materia del juicio que debia resolver.

Se observa tambien que relacionándolo, sin razon, con otros hechos criminales independientes, sobre los cuales no ha llegado á deducirse acusacion, ni formalizarse proceso, ha complicado indebida y perjudicialmente, el indicado juicio.

En fin, que prescindiendo en la resolucion que ha pronunciado, de consignar la relacion de los hechos, tal como resultaba de la prueba producida, antes de entrar á apreciarlos y aplicarles el Derecho, pervierte las formas legales de la sentencia, y suprime una importante garantía de acierto.

El Fiscal, despues de reflexionarlo con madurez ; debe



manifestar desde luego, que no encuentra bastante fundado el recurso de nulidad; pues en su concepto los motivos alegados no son suficientes á demostrarla; siendo así que, tanto respecto de los procedimientos judiciales, como de los actos jurídicos en general, los tribunales no pueden admitir otras causas de nulidad, que las que espresamente reconoce el Derecho C. C. art. 1037, de Procedimientos, 237.

El art. 170 de la Constitucion Provincial de Buenos Aires, á que el querellante se refiere, al prescribir que en las sentencias, á las consideraciones legales deducidas de los hechos, deba preceder la relacion de los mismos en los casos que determina, se refiere únicamente á los tribunales colegiados, y carece por tanto de ajustada aplicacion á los Juzgados del Crimen de 1ª Instancia, que son tribunales unipersonales.

Es verdad que esta disposicion se encuentra reproducida con mas generalidad en la ley de procedimientos civiles, art. 217, siendo indudable además que convendria aplicarla tambien al enjuiciamiento criminal, por ser ciertamente la forma que establece, la mas adecuada á garantizar el acierto de la resolucion.

Entretanto no existe disposicion alguna legal que haya prescrito todavia en el juicio de que se trata, la indicada formalidad, y mucho menos, que la requiera como sustancial á la validez de la sentencia, no siendo siempre procedente el argumento de analogía de lo dispuesto en el juicio civil, respecto al criminal.

No está distante de convenir el Fiscal en que el ocuparse largamente del origen, objeto y desarrollo del « Cambio Central » que en realidad poca relacion tienen con los fondos que se reclaman, procedentes del Banco Bellamy y C^a, de Ginebra, y destinados especialmente al negocio de giros sobre Europa, pueda estimarse como una digresion innecesaria en la sentencia.

Mas, al fin, habiéndose expuesto que tales fondos ingresaron á la caja de dicho establecimiento, que en ausencia



de Maréchal, Stump conservaba en su poder; y viniendo á relacionarse así con las operaciones de aquel, es cuestion de apreciacion resolver si convenia ó no, ocuparse de él detalladamente, y bajo otro aspecto que el de comprobar el recibo de esos valores por el procesado.

Es cierto que el Juez *á quo* mencionando innecesariamente la denuncia de Maréchal ante la Policía, se distrae algo quizás, y se ocupa hasta cierto punto de hechos inconducentes: pero no por eso deja de hacerse cargo poco despues de la acusacion formal, reconociendo : que ella debe considerarse como la base del proceso: y planteando en sus propios términos la cuestion á resolver: si se encontraba probada ó no resultaba justificada, una estafa cometida por Stump sobre el valor de un millon de pesos moneda corriente.

Por último, si el Juez de Crimen recuerda en los considerandos de su sentencia la denuncia del Dr. Christiani, como la exposicion de Caron y de la Duval, que se reputaban tambien defraudados por Stump, no es para pronunciar el fallo sobre el delito que le atribuian, sino simplemente para establecer: que no habiéndose deducido acusacion ni formalizándose proceso al respecto, nada habia que resolver en la presente causa.

Tal consideracion aducida por el juez *á quo* en la resolucion que examinamos, respondia probablemente, á la observacion emitida por V. E. al denegar la escarcelacion del procesado, con garantia por menor cantidad que la de cincuenta mil pesos fuertes, de que fuera de la acusacion formalizada ya por Maréchal, que pesaba sobre aquel, se hallaba además indiciado de otros delitos semejantes, al que servia de materia á esta causa.

En todo caso, siendo un principio constante el de que en los actos jurídicos y especialmente en los procedimientos, *lo útil no se vicia por lo inútil*, los defectos de difusion y sobreabundancia atribuidos á la redaccion de la sentencia en cuestion no serian ciertamente, cuando existiesen en realidad, capaces de invalidarla.



Puede pues haber sido en efecto, inconducente en la resolución pronunciada en 1ª Instancia, el recuerdo de los términos de la denuncia de Maréchal á la Policia y del abandono de la del Dr. Christiani ; pero desde que en ella se propone tambien y se decide la verdadera cuestion resultante de la querella en forma, aquello no la anula ciertamente.

Desde que el Juez, tomando en consideracion dicha querella se pronuncia esplicitamente, haciéndole lugar ó desechándola, absolviendo ó condenando al reo sobre el delito que se le imputaba, por los motivos que espone, pretendiendo deducirse del proceso y de las prescripciones legales contenidas en el Código, la resolución será ó no acertada ; pero contiene lo necesario á su validez.

Estas razones inducen al exponente á desestimar el recurso de nulidad deducido, contra la sentencia recaida sobre esta causa en 1ª Instancia : respecto al de apelacion, versando este recurso acerca del mérito intrínseco de aquella resolución, no podríamos reconocer su justicia ó desechar sus fundamentos, sin descender al fondo del asunto y examinar el contenido del proceso, como desde luego, procede á verificarlo el Fiscal.

RELACION DE LOS HECHOS

Por el mes de Setiembre de 1877, D. Antonio Maréchal estableció en esta ciudad la casa denominada « Cambio Central » bajo la inmediata direccion de Jorge Gustavo Stump, con un capital de 60,000 \$ m/c. y 16,000 \$ fuertes, valores que debia recibir diariamente por la mañana, y devolver por la noche, trayéndolos al Hotel de la Paz, lo cual verificó puntualmente, mientras aquel permaneció aquí.

Al año siguiente en el mismo mes de Setiembre Maréchal hizo un viaje á Europa, donde permaneció hasta fines de Febrero del 82, y al marcharse, dejó por apoderado general á D. Felipe Budin, único que quedaba autorizado para usar de su firma, pero debiendo ponerse de acuerdo con Stump



para la remision de fondos, y sin poder intervenir en las operaciones del « Cambio Central ».

En cuanto á ese establecimiento, no habiendo hecho innovacion alguna, debia continuar á cargo de Stump bajo el sistema mencionado ; recibiendo este y devolviendo diariamente, los valores que administraba, los que en esa época ascendian ya á 24,000 \$f.

Pasado algun tiempo, segun exposicion de Budin, no contradicha por Stump, este le manifestó haber recibido por carta, autorizacion de Maréchal para conservar en su poder los valores que administraba ; y que en tal virtud iba á comprar una caja de fierro donde guardarlos, y desde entonces los retuvo en efecto, dejando de traerlos al Hotel de la Paz.

Aunque segun resulta, esa autorizacion invocada por Stump era falsa y habria sido bien sencillo descubrirlo, él consiguió sin embargo persuadírsela á Budin ; lo cual debió serle tanto mas fácil, cuanto que habiendo entrado con él en negocios de Bolsa, este desatendia de todo punto los intereses de su principal, y anteponiendo los suyos, solo se preocupaba de labrarse una fortuna rápida por medio del juego ; llegando el caso de que empeñó abusivamente el crédito de Maréchal y firmó una letra á su nombre, para salvar los apuros que produjeron las pérdidas.

Por otra parte, los fondos administrados por Stump, se aumentaron considerablemente ; pues con motivo de haber resuelto Maréchal hacer el negocio de giros, abrió á tal objeto un crédito en la casa bancaria Bellamy y C^a, de Ginebra, que llegó á ascender á la suma de 62,000 pesos fuertes, los cuales ingresaron á la Caja del « Cambio Central » ; porque aunque era Budin quien firmaba los giros, que se negociaban, Stump percibia su valor ; razon por la que lo hacia figurar en sus balances.

No puede dejar de notarse en la lectura del proceso, que en este tiempo la personalidad de Budin en los negocios de Maréchal desaparece casi por completo, y de hecho



queda constituido en mero instrumento de Stump, que no solo lleva la direccion, sino que habia concentrado en su poder quizás todos los valores en giro ; limitándose aquel á firmar á nombre de Maréchal en casos dados ; porque tambien Stump empezó á contratar y firmar á nombre de este, dando recibos por él, y percibiendo realmente fuertes cantidades.

Esta completa desidia y absoluto abandono de Budin, que han permitido al procesado disipar grandes valores y derrochar una fortuna, no son estraños, sino muy naturales, desde que sabemos y hemos recordado ya, que aquel habia entrado en especulaciones de Bolsa, jugando á su propio nombre y asociado á Stump, bajo su direccion.

En esa época, este efectivamente se habia entregado al juego sin limitacion y sin reserva, verificándolo unas veces por su sola cuenta, y otras asociado segun se acaba de decir al mismo Budin, al Dr. Christiani, Caron, y varios mas, y aunque parece que al principio fué bien, no siempre sucedió igual cosa : sino que habiendo perdido, llegaron despues los apuros, y sobrevino por último, como era consiguiente, una situacion azarosa.

Entre tanto, Stump habia escrito á Maréchal en Europa, que absolutamente no jugaba ; y para ocultarle las pérdidas, obteniendo así el que le continuase su confianza, sin renunciar por eso al juego, ni á la esperanza de desquitarse. recurrió á los expedientes mas censurables y reprobados ; pues que envió balances completamente falsos y cuyo resultado estaba muy distante de revelar el verdadero estado de los negocios.

En ellos, disminuyendo considerablemente las deudas, como lo hacia con las de Bellamy, que reducía casi á la mitad ; fingiendo fuertes créditos por depósitos en los Bancos Nacional, Provincial y Carabassa, que no ha tenido segun los informes de estos establecimientos : y en fin, haciendo figurar una existencia en caja, que no habia realmente de mucho tiempo atrás, ocultaba de todo punto la situacion de las



cosas, engañaba á su sócio y se tomaba tiempo para seguir abusando de sus intereses.

No es esto todo : no son los indignos medios que se acababan de mencionar, los únicos empleados por el procesado para llevar adelante sus insanos propósitos ; sino que habiéndole ordenado desde Europa, Maréchal, en Mayo de 1881 y reiterado despues varias veces la órden de remitirle el saldo de la cuenta con Bellamy, que en esa época ascendia á mas de 1.000,000 \$ m/c, para poder retenerlo sin que aquel se alarmase por la demora en la remision, que debia considerar fácil, suponiendo existentes con arreglo á los balances, fuertes depósitos en los Bancos ; inventó entonces el negocio Crotto.

Escusó pues, la falta de cumplimiento á la reiterada órden de remitir los indicados fondos, importe del saldo Bellamy, suponiendo en carta de 24 de Setiembre de 1881, haber realizado la compra de ocho leguas de excelentes campos situados en el Azul, que decia haber adquirido, de un tal Crotto, y otorgádose ya la escritura por 1.000,000 pesos moneda corriente que en lo sucesivo hace figurar en los balances, como descargo.

Nada hubo sin embargo de realidad en este asunto ; ni se ofreció tal campo, ni mucho menos fué aceptado, ni se otorgó la escritura ni se entregó el millon de pesos, que en ese tiempo no existia en caja : resultando haber sido todo una pura invencion de Stump y un mero artificio suyo para retener indebidamente, contra la voluntad y contra las órdenes espresas de su principal, los fondos que hoy con razon y con entera justicia le demanda Maréchal, por haberlos disipado al juego, con la mas calificada mala fe.

En efecto, continuando Stump entretanto en las jugadas de Bolsa, en los meses posteriores al en que ocurriera lo referido, tuvo pérdidas de consideracion, que lo inhabilitaron de todo punto para restituir esos valores, que habia tomado de la caja por un abuso de confianza, especialmente en el mes de Noviembre del mismo año, en que supone haber



perdido mas 70,000 pesos fuertes y en Febrero del siguiente en que esperando desquitarse, volvió á hacer grandes especulaciones que dieron mal resultado.

Aparece tambien que Stump habia comprado una casa en la calle Piedad 1128, que puso á nombre de su esposa, de la cual finca, cuando se persuadió de que su situacion personal era desesperada, hizo una transferencia fingida á favor de don Abraham Block de quien recabó un contradocumento : arreglo que apresuró y consumó en 27 de Febrero de 1882, un dia antes de la venida de Maréchal, á cuya llegada se ocultó, declarándole despues, que no se hallaba en situacion de poder devolverle su dinero, porque todo lo habia perdido.

EXÁMEN EN PARTICULAR DE LOS PRINCIPALES HECHOS CONTENIDOS EN LA RELACION QUE PRECEDE

Carácter con que manejaba Stump los negocios del Cambio : Stump ha sido sin duda dependiente de Maréchal ; pero no un mero dependiente, como se pretende por el Defensor, sino habilitado é interesado en la mitad de las utilidades, segun lo reconoce el mismo procesado, así en sus declaraciones, cuanto en sus escritos, y lo demuestran tambien los balances, en los cuales deduce para sí la mitad de las ganancias.

En la misma forma se acredita tambien, que ha sido comisionista para los negocios llamados de *report*, colocando á interés dinero de Maréchal, de cuyas operaciones dá cuenta en los referidos balances, y en este doble concepto ha administrado fuertes valores de que disponia libremente, con la única restriccion de que debia devolverlos diariamente por la noche, deber de que se eximió en ausencia de Maréchal, siéndole prohibido á Budin mezclarse en las operaciones del Cambio.

En fin, aunque no se hallaba autorizado para tomar dinero á interés, ni para firmar documentos á nombre de Maréchal, haciendo de gestor de negocios, ha realizado ambas ope-

raciones, y recibido en consecuencia valores muy considerables, como lo prueban hasta la evidencia las declaraciones del Dr. Christiani, Caron, y la Duval, en conformidad á los documentos que figuran en los expedientes agregados.

Objeto del Cambio y facultades de Stump—Estando conformes Maréchal y el procesado acerca del modo y forma en que esta casa fué establecida, pues como lo nota con exactitud el Juez del Crimen, este en su declaracion acepta todo lo expuesto por aquel, pretende sin embargo Stump que debia hacer operaciones de Bolsa, jugando á la alza y la baja de los valores que en ella se cotizan.

Agrega tambien, que tenian el mismo destino los valores que Maréchal le entregó por separado del capital: y en la defensa vá mas adelante todavia, pues sostiene: que las operaciones de Bolsa constituian el único objeto real de dicho establecimiento, siendo los otros puramente aparentes.

Supone que por este medio se obtuvieron grandes utilidades sin proporcion alguna á la escasa importancia del capital, verificándose fuertes remesas de dinero á Maréchal, mientras permaneció en Europa, aunque en realidad ni estas remesas se comprueban, ni existe tampoco dato alguno positivo sobre los provechos que se dicen realizados en el « Cambio » antes de ausentarse Maréchal.

Este por el contrario, no solamente niega que Stump se encontrase autorizado para jugar en la Bolsa, y que él haya tomado participacion en tales operaciones, sino que supone haberlas prohibido expresamente; aunque reconoce que en los balances que se le remitieron figuraban pequeñas cantidades provenientes de utilidades de Bolsa, partidas insignificantes á que no prestó atencion.

Como puede notarse, no existe la indefinicion de facultades respecto del procesado, que supone el Juez del Crimen, ni mucho menos hay imposibilidad de determinarlas legalmente, desde que el punto de discrepancia, entre el acusador y el reo, es uno solo, á saber: si este se hallaba





autorizado para jugar, bastando para resolverlo con acierto, establecer á quien incumbia la prueba, y examinar en seguida, si esta se ha producido ó no, en los términos en que correspondia.

El punto en disidencia—Todo lo que á este respecto se encuentra en el proceso, es lo siguiente: D. Luis Grobets, tenedor de libros de la casa, dice que solo sabia que Stump jugaba, ignorando el que tuviese participacion el « Cambio Central », como tambien si aquel ganó ó perdió, agregando D. Felipe Budin, que le constaba el que Maréchal, tuvo conocimiento de que Stump jugaba.

No se comprende, en verdad, como si este se hallaba autorizado para hacer operaciones de Bolsa, siendo tambien ese el principal ó el único objeto real de la casa de cambio; habiéndose verificado fuertes especulaciones, realizándose grandes ganancias, y héchosele en consecuencia á Maréchal frecuentemente gruesas remesas de dinero, nada de esto se justifique.

No se ha encontrado en los documentos del « Cambio » el mas leve indicio de que Stump jugase por cuenta de su sociedad con Maréchal; el tenedor de libros lo ignora absolutamente; en los balances no figuran sino partidas insignificantes, como ganancias de Bolsa y en fin, el procesado se reconoce individualmente deudor de lo que ha perdido.

Si en los balances no hubiese figurado absolutamente partida alguna relativa á operaciones de Bolsa, podria creerse que era cosa convenida ocultar en ellos el juego; pero cuando este se confiesa sin reparo, si es que alguna vez ha tenido lugar, por valores insignificantes, no se atina porque se omitiesen en los balances las grandes ganancias; mucho menos desde que se contase con la complicidad de Maréchal.

El Dr. Christiani dice saber: que el « Cambio Central » jugaba en la Bolsa, y que en cierta época realizó ganancias; pero que ignora si esto sucedia con conocimiento y aprobacion de Maréchal.



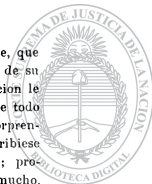
En fin, D. Arturo Richard, refiriéndose únicamente á los años 79, 80 y 81, época de la ausencia de Maréchal, solo dice que jugaban tanto el « Cambio Central » como Budin, por medio de Stump, á cuyo nombre se hacian las operaciones.

Ya sabemos que Budin abusó, y que Stump hizo jugar en grande escala al « Cambio Central », aunque segun parece á su propio nombre y por su propia cuenta; lo que importaba averiguar era, si al efecto habia sido autorizado por Maréchal, único que, prestando su consentimiento, podia salvarlo de responsabilidad; al menos, si conociendo esas grandes jugadas, las aprobó; y si habiéndosele adjudicado la parte que en este caso debia corresponderle, él la percibió; nada de lo cual se ha justificado.

Sin embargo, ha bastado lo referido al Agente Fiscal para considerar desde su principio al « Cambio Central » y declararlo simplemente una casa de juego; y tanto á los socios fundadores, Stump y Maréchal, como á los acreedores, una partida de jugadores, negándoles en consecuencia, toda accion contra el primero, para reclamar su dinero, que aquel ha perdido, por constituir una deuda de juego.

Con mas acierto seguramente el Juez del Crimen rechaza con respecto á Maréchal, por no estar probada, semejante hipótesis, observando con mucha exactitud, que el mismo Dr. Christiani, citado en sentido opuesto, segun lo confiesa Stump, se alarmó al saber la venida de aquel, calculando desde luego, que les impediria continuar en las jugadas de Bolsa, como él lo deseaba para desquitarse.

Notaba igualmente dicho Juez, que la carta de Maréchal corriente á f. 93, fecha 7 de Enero de 1882, citada tambien para demostrar la complicidad de este en las jugadas de Stump, acredita precisamente lo contrario, pues hace ver que si las toleró fué con desagrado; y esto en la suposicion de que no eran gran cosa, y de que se hacian por cuenta del mismo Stump.



Efectivamente, del tenor de aquella carta se deduce, que habiéndole manifestado Stump, sin duda en garantía de su conducta, que no jugaba absolutamente, esta declaracion le fué muy satisfactoria á Maréchal, quien la aprobó de todo punto; y que por lo mismo le fué igualmente sorprendente despues, como se lo dice, el que Stump le escribiese confesándole que habia vuelto á jugar y perdido; procurando consolarle con la esperanza de que no seria mucho.

Equivocacion de la vista Fiscal é inconsecuencia del Juez en esta materia—El Agente Fiscal no solo se equivoca al establecer sin resultar legalmente comprobado, que la suma de un millon de pesos m/c. sobre que versa la acusacion de estafa ó defraudacion, es una deuda de juego, sino tambien al suponer que en esta hipótesis, seria imposible el delito que se persigue, ó que no deberia ser castigado, por cuanto se halla prohibido reclamar deudas de juego.

Esto importaba confundir las acciones civiles con las penas que son totalmente distintas: no es verdad que sea lícito á los jugadores estafarse ó engañarse y defraudarse los unos á los otros, ni que tales actos dejen de constituir verdaderos delitos punibles con las penas comunes. (Pacheco, C. Penal, Comentario al inc. 4º, art. 452, ley 10, tít. XVI, P. VII), por mas que el damnificado no pudiese quizás pretender indemnizacion; pues aunque generalmente hablando, todo delito traiga aparejada la obligacion de indemnizar el perjuicio, esta obligacion es muy diversa de la pena (C. C. art. 1105).

En cuanto al delito de estafa, es doctrina establecida y la mas conforme sin duda alguna á los principios de la justicia, como lo sostiene fundadamente la acusacion, que no hay distincion que hacer sobre el origen lícito ó ilícito de los fondos apropiados con engaño, que han servido de materia al expresado delito, pues en todo caso el hecho importaria una maldad que no debe quedar impune.

A su vez el Juez del Crimen despues de declarar que no resulta probado que el establecimiento de que se trata, tu-



viese un objeto ilícito ; que los fondos que se reclaman del acusado le fuesen confiados para jugar, ó que su deuda tuviese como causa operaciones de Bolsa, por una extraña inconsecuencia ó incurriendo en la mas palmaria contradicción, para desvirtuar la fuerza probatoria de los libros, balances y demas documentos de Stump, recurre á la hipótesis de que las entregas á este que aquellos acusan, no hayan sido reales, y de que las partidas que consignan sean falsas ó provengan del juego.

Proceder de esta suerte en la apreciacion de la prueba, vale tanto como inventar ó introducir en la jurisprudencia una nueva escepcion *non numerate pecunie* cuya justificacion, contra las reglas comunes, deba ser á cargo del demandante ó del acusador.

En cuanto á los valores de que constituyen deudor al procesado, su propia confesion, sus libros ó documentos reconocidos por él en el juicio, no es legal ciertamente acordarle, del modo mas gratuito, la defensa de que la deuda provenga de juego, sin resultar comprobada en manera alguna, y en consideracion solamente á la posibilidad de semejante cosa.

Se le ha observado tambien con mucha razon y oportunidad al Juez *á quo*, que si las partidas de cargo de los libros de Stump, á que rehusa valor probatorio, al absolverlo de la acusacion por fraude, de temor de que sean falsas lo fueran realmente, tendria en esto mismo otro delito aun mas grave que castigar.

Los libros, los balances, la correspondencia y demas documentos reconocidos en forma, prueban plenamente contra sus autores, no solo á los efectos del Derecho Mercantil, sino tambien en juicio civil ó criminal ; no pudiendo en consecuencia lícitamente el Juez despojarlos de su fuerza y eficacia, bajo una suposicion, que él mismo declara injustificada aunque la encuentre posible ; art. 192, Código de Comercio, 1100, Código Civil. LL. 8 y 12, tít. XIV, Partida VII.

Improbabilidad de una autorizacion ilimitada á Stump, para jugar—No es verosímil ciertamente, que un hombre tan suspicaz y precavido, cual se manifestaba Maréchal: al exigir que Stump devolviese diariamente el pequeño capital que le confiaba, le entregase poco despues 20,000 pesos fuertes mas, y en seguida 60,000 para que en ausencia suya, los jugase libremente, á su propio nombre.

¿Qué garantia habria obtenido Maréchal, en la referida estipulacion, con que Stump hubiese de traerle todos los dias á la noche, el capital y demás valores del « Cambio Central », si por otra parte, mediante la indicada autorizacion, pudiera cualquiera de esos dias, declararle que todo lo habia jugado en uso de su autorizacion, y perdido ?

Habiéndole prohibido Maréchal á Stump tomar prestado para sí, el dinero que se hallaba encargado de colocar á interés, ¿ cómo sin incurrir en la mas absurda contradiccion, habria podido permitirle tomar cuanto quisiese, para jugar á su propio nombre y por su cuenta ?

Sabiendo Maréchal, segun se pretende, que Stump jugaba para sí, no podia consentir en que jugase tambien á su propio nombre, por cuenta del « Cambio », sino haciendo de él una confianza tan ilimitada, como imprudente : porque debiendo por necesidad tal sistema producir una completa confusion, todo vendria á quedar librado á la palabra de Stump : pues habria podido si se le antojaba, imputar al « Cambio » las jugadas en que perdiese, adjudicándose él mismo, las que tuviesen buen resultado.

Si el objeto de los fondos que Maréchal le confió á Stump, al marcharse á Europa, lo mismo que el de los que le proporcionó despues mediante el crédito abierto en el Banco Bellamy era el de que los jugase, ¿ por qué lo engañaba escribiéndole unas veces, que absolutamente no jugaba, y otras incluyendo solo en los balances, operaciones insignificantes ?

¿ Cómo es que, si se hallaba autorizado por Maréchal para jugar, y en efecto ha jugado valores pertenecientes al





« Cambio » no le imputa, sin embargo, la pérdida, sino, que se hace responsable de ella ?

¿ Por qué cuando ha perdido fuertes sumas, y se encuentra imposibilitado de reembolsarlas, declara que no puede dar balance, ocultándose á la llegada de Maréchal ?

¿ Pues habia mas que justificar las pérdidas y cargárselas ! ¿ O respondia del resultado de las jugadas, á pesar de hallarse plenamente autorizado para hacerlas sin limitacion alguna ?

Nada de esto es verosímil, como lo reconoce el Juez *á quo* : todo indica que no podia ser así, que las cosas han pasado de muy diverso modo ; y que admitir lo contrario, á despecho del buen sentido, seria incidir en un grave y manifiesto error.

Conservacion de la caja del Cambio en poder de Stump
— En concepto del Fiscal es de suma importancia para la acertada resolucion de la cuestion, fijar bien este punto, al cual no se ha prestado quizá toda la atencion que merecia ; pues que necesariamente debe considerarse responsable de sus existencias y de todos los valores que aparece haber ingresado en ella, al tenedor de la Caja del « Cambio ».

Bien, pues, desde mucho antes del regreso de Maréchal, esta permanencia indudablemente en poder del procesado, lo cual se prueba no solo por las declaraciones del mismo Maréchal y Budin, no contradichas en esa parte por Stump, sino tambien por lo que se deduce de su propia exposicion.

En efecto, explicando las relaciones en que quedó colocado respecto á Budin, durante la ausencia de Maréchal, solo dice que era aquel quien debia firmar los documentos, y que le informaba del estado de los negocios, sin expresar, como era sustancial en el caso, que diariamente le entregase el dinero y valores que tenia en su poder ; y asimismo á f. 216 solo menciona haber practicado esta operacion en época anterior al viaje de Maréchal.



Hay, sin embargo, otro hecho decisivo en este punto; porque presentándose material y tangible, habla al respecto con suma claridad y convence hasta el grado de evidencia, cual es el de que, al iniciarse el juicio, la caja, el capital y las existencias que quedaban del « Cambio Central » se encontraban en poder de Stump, en la casa que ocupaba, donde consta que fueron inventariados.

Recibos de dinero por el procesado de cuenta de Maréchal—Este es sin duda alguna, otro de los tópicos mas importantes y debatidos en la presente causa, consistiendo la principal defensa de Stump, en negar el recibo del millon de pesos perteneciente al acusador, y por cuya defraudacion se le trata de responsabilizar criminalmente.

Ese punto es evidentemente, uno de los extremos que le incumbia al querellante justificar de un modo legal; y es tambien principalmente en el defecto de esa prueba, que se funda la sentencia pronunciada en 1ª Instancia, absolutoria del reo, de la cual se ha apelado; conviendo por tanto examinarlo de una manera especial.

A f. 26 del proceso confiesa Stump que al marcharse Maréchal á Europa, lo cual se verificó en Setiembre de 1878, incluyendo el capital primitivo, le tenia dados aquel 24,000 pesos fuertes.

A f. 29 confiesa tambien haber recibido de Caron cosa de 42,000 pesos y 12,000 de la Duval, sumas por las cuales firmó los documentos que se registran en los expedientes agregados, y aparecen otorgados á nombre del « Cambio Central »; pero aun prescindiendo de estas sumas, reconoce ademas el Defensor á f. 253, que tanto Maréchal, como Budin, le entregaron algunas otras cantidades; y por último ha confesado igualmente á f. 290, cuad. 2º, que el procesado es deudor á Maréchal por el valor de todas las partidas que figuran en el cuerpo de los balances presentados y que aquel tiene reconocidos judicialmente.

Ahora bien, el valor de las expresadas partidas, que, como se acaba de ver, el procesado confiesa haber tenido en su



poder, por las cuales se reconoce deudor, segun informe del Contador Quesada que ha analizado los mencionados balances, confrontándolos con los libros, resulta importar aproximadamente, un millon y medio de pesos, como lo demostraremos mas adelante ocupándonos en particular de la liquidacion.

Negocio Crotto—No cabe duda de ningun género de que este fué una pura invencion de Stump; porque suponiéndolo hecho á propuesta de D. Bruno Quintana, por medio de D. Federico Delgado, ante el escribano D. Victorino J. Cabral, todos ellos lo han desmentido respectivamente, cada uno en lo que le concierne, y manifestado no tener la menor idea de tal asunto.

Los Contadores Etchegaray y Quesada ratifican la falsedad del hecho que se deduce tambien de las mencionadas declaraciones; pues que habiendo inspeccionado los libros y papeles, del « Cambio », no han encontrado en ellos, segun lo manifiestan, el menor vestigio ni el mas leve antecedente, que indique la existencia de tal negociacion.

Entretanto el Contador Quesada analizando y explicando los balances de las operaciones de Setiembre y Octubre de 1881, en que figura la supuesta negociacion por un millon de pesos invertidos en ella, para satisfacer una de las preguntas propuestas por el exponente, resuelve dos puntos de mucha trascendencia.

Tales son: 1º Que las partidas referentes á dicha negociacion por la indicada suma, son parte esencial de los balances en que figuran, ó que pertenecen al cuerpo de los mismos, sirviéndonos de la expresion empleada por el Defensor, desde que dan salida á una existencia que sin ella debia resultar en caja.

2º Que la negociacion se suponía verificada de consiguiente por cuenta del « Cambio Central » desde que el dinero que se pretende haberse empleado en aquella, figura como existencia suya prestado á Crotto, y no tomado por el mismo Stump, á quien esto ademas le era prohibido, tanto por



el contrato, cuanto por disposicion de la ley, y que tampoco aparece como deudor. — (C. de Com. art. 367, C. C. art. 1919).

El saldo Bellamy.—Aunque Maréchal suponía que el desfaldo real causado en sus intereses por Stump, importaba mas de millon y medio de pesos m. c., la acusacion de estafa y defraudacion, versa solamente sobre un millon procedente del saldo Bellamy, que le ordenó remitirlo á Europa con urgencia, y con repeticion, y que el procesado retuvo no obstante, á pretesto de una falsa negociacion, resultando haberlo disipado al juego.

De aquí la necesidad de indagar estos tres puntos : 1º Si los fondos procedentes de giros contra el Banco Bellamy y Cª, de Ginebra, ingresaron al « Cambio Central » que Stump administraba ; 2º Cuál era el saldo de esta cuenta de Mayo á Setiembre del 81, época en que Maréchal le ordenó reiteradamente remitirle sin demora su importe, lo cual Stump se reconoció en el deber de hacer ; 3º Si en esta misma época Maréchal tenía en poder del procesado, fondos iguales ó mayores que el importe del referido saldo, y de consiguiente suficientes á cubrirlo.

Todos estos puntos se encuentran plenamente esclarecidos: porque en cuanto al primero, no solo los balances y cartas reconocidos por Stump, comprendiendo las cuentas de la expresada negociacion, demuestran que los fondos de su procedencia ingresaron á la caja del « Cambio Central », sino que esto mismo ha venido á ser corroborado por el informe de los Contadores con arreglo al resultado de los libros y documentos de dicho establecimiento.

Respecto al segundo punto, resulta del balance de Setiembre de 1881, época en que el procesado, habiendo recibido la órden reiterada de remesar pronto dicho salvo, se escusó fraudulentamente de cumplirla en carta fecha 24 del mismo Setiembre, pretestando la supuesta negociacion Crotto, que ese saldo importaba mas de un millon de pesos moneda corriente.



Hay que notar además que el indicado saldo, en el referido balance, igualmente que en los de Mayo y Octubre del mismo año, resulta disminuido á capricho, pues que por la cuenta de Bellamy, conforme sustancialmente con la que arrojan los libros del « Cambio Central » según el Contador Quesada, el saldo pasaba de 60,000 pesos fuertes á fines de Mayo del 81 ; y no habiéndose hecho operaciones después de esa fecha, la cuenta permaneció paralizada, debiendo el saldo en esta virtud ser el mismo en Setiembre y Octubre, sin otra diferencia que el aumento de intereses.

En fin, respecto del tercer punto, el valor de los fondos que Maréchal tenía en poder de Stump, el precitado Contador examinando en su informe de fs. 528 á 552, cuad. 2º, el contenido de los balances presentados en juicio y reconocidos por el procesado, que llevan las fechas de 8 de Junio, 8 de Octubre, y 8 de Noviembre del 81, demuestra por las cuentas que forma, que de todos ellos Maréchal resulta acreedor por mas de millon y medio de pesos, siéndolo en realidad, según los libros y documentos del « Cambio », de mas de dos millones.

APLICACION DEL DERECHO

¿ Importan los hechos contenidos en la relacion que dejamos consignada, ó cualquiera de ellos, verdadera estafa, un abuso de confianza, ó una defraudacion equiparable á estos delitos ? Aunque en sentido especial y restringido, la estafa propiamente dicha se distinga del abuso de confianza, y tanto este como aquella revistan caracteres particulares que los constituyen, el Código Penal en el cap. 4º, tít. 8º, sec. 1ª, lib. 2º, trata conjuntamente de todos los hechos dolosos en el sentido del Derecho Criminal aplicándoles la misma pena.

Consiste la estafa en defraudar, apropiándose ó disipando objetos ó valores cuya posesion se ha obtenido artificiosamente, aparentando con engaño, calidades, negocios, condi-



ciones ó circunstancias capaces de inspirar confianza, como las que se mencionan en el art. 334.

Ahora bien, en el caso *sub-judice*, no consta que Stump haya empleado procedimiento alguno doloso para inducir á Maréchal á establecer la «Casa de Cambio» ó entregarle los valores que le confió y que él ha administrado : sino que aquel lo hizo segun parece, de su espontánea voluntad, procurando su conveniencia y promoviendo sus intereses.

Stump ha usado en verdad, y puesto en práctica en sus relaciones con Maréchal, artificios reprobados y censurables, ocultándole la marcha de los negocios ó la verdadera situacion de las cosas : y aun engañándolo positivamente, con balances inexactos y operaciones fingidas : mas esto ha sucedido despues de tener en su poder los valores que ha disipado : sin que de consiguiente tales artificios hayan influido, ni podido influir en su entrega. No ha habido, pues, estafa.

Cometen abuso de confianza los que defraudan, prevaleñéndose de la que en ellos se ha depositado, al entregárseles algunos valores en administracion, para un objeto determinado, en depósito, comision ú otro cualquier título que produzca la obligacion de restituir, si en vez de conducirse fielmente, retienen con engaños, se apropian, distraen, ó disipan estos valores.—(Art. 335, inc. 6º del C. Penal).

Eso ha sucedido realmente en el caso que nos ocupa : porque administrando Stump valores considerables de Maréchal como sócio en la «Casa de Cambio» y comisionista para colocar dinero á interés, títulos ambos que le imponian la obligacion de restituir aquellos fondos, en vez de verificarlo, los ha jugado y perdido.

Este delito, sin embargo, se caracteriza mejor respecto al valor del saldo Bellamy y á la negociacion Crotto que se relaciona con él, porque habiendo recibido orden, que se reconocia en el deber de cumplir, de remitir el expresado saldo, para cubrir la cuenta de que procedia, lejos de cumplirla, retuvo por medio de un engaño calificado, esos fondos, y los disipó luego jugándolos.



En efecto, por el mes de Mayo del 81, como se ha referido, siendo deudor Stump á Maréchal de mas de dos millones de pesos moneda corriente, éste le dió orden, que reiteró despues, de remesarle el saldo que se adeudaba á la casa Bellamy y C^a, que en esa época importaba mas de un millon de pesos.

Mediante esa orden formal y reiterada, es claro que este valor quedaba afectado á un destino especial determinado con precision, cual era el de satisfacer el crédito de la mencionada casa bancaria, no pudiendo desde entonces ser distraido, ni aplicarse á otro objeto, sin infidelidad por parte del administrador: tanto menos, cuanto que segun se ha observado y hecho notar, el mismo Stump se consideró y declaró en el deber de cumplir esa orden.

No lo hizo á pesar de todo, sino que engañando á Maréchal en Europa, y aquí á su apoderado Budin con la supuesta negociacion Crotto, retuvo indebidamente esos fondos para continuar jugando, como lo realizó: perdiendo en Noviembre segun declara, mas de 70,000 \$f., y otras crecidas sumas en Febrero siguiente, que lo inhabilitaron de todo punto para restituir aquellos valores.

No es esto solo: la conducta en general del procesado, mediante la cual ha privado á Maréchal de las fuertes cantidades que resulta deberle y haber derrochado, ha sido en verdad manifestamente censurable y criminal; pues entregándose sin reserva al juego, mientras le escribia que no jugaba absolutamente, para conservar los fondos que administraba y poder disponer de ellos, no ha trepidado en la eleccion de los medios, y ha puesto en práctica los que en otra parte se han mencionado.

Ahora bien, tales engaños profundamente inmorales en flagrante daño de la propiedad, y los medios empleados, como la adulteracion de las cuentas y valores, con la supresion de deudas y suposicion de depósitos, no menos que la invencion de colosales negocios y pingües ganancias.



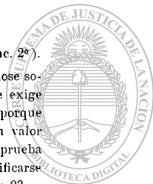
Tales medios y artificios, decíamos, capaces de engañar á cualquiera, sin que baste á precaverlo la comun prudencia, mucho mas si se emplean contra un socio ó comitente ausente á gran distancia en Europa, cual sucedia esta vez, pertenecen sin duda alguna al Derecho criminal, y se comprenden bajo el nombre genérico de *defraudacion*, siendo equiparados á la estafa y abuso de confianza, ya que resultando los balances disconformes con los asientos de los libros, este hecho no deba castigarse con la pena del hurto.—(Código de Comercio, art. 283).

Exámen de algunos puntos discutidos—1º No puede cuestionarse, porque no es lícito dudar siquiera, si un simple dependiente sea capaz de cometer el delito de estafa, desde que tenga á su cargo valores ó dineros confiados á su administracion, porque no solo puede defraudarlos abusando de la confianza hecha, sino tambien inducir á su patron con dolo y artificio á fiarse de él : apropiándose en seguida lo que se le entrega.

Si un dependiente, puesto de acuerdo con un bribon, se lo recomendase al patron para que le vendiese á plazo, y consiguiendo él que éste así lo verificase, se dividiese enseguida con el primero el valor de los objetos sustraídos por ese medio engañoso, habria cometido evidentemente una estafa.

Si encargado de pagar una deuda y habiendo recibido al efecto el dinero, se lo apropiára sin verificar el pago : ó si comisionado para cobrar un documento, despues de realizar la cobranza, disipase su valor, fuera de duda habria cometido un abuso de confianza.

Se ha supuesto que un dependiente jamás administra ; lo cual es una equivocacion, pues el patron puede muy bien encomendarle ciertas operaciones ó confiarle una parte de la administracion de los negocios ; y si en ella el dependiente se conduce mal, defraudando los intereses de su principal, por declaracion expresa de la ley, no solo es obligado á la indemnizacion, sino que incurre tambien en responsabili-



dad penal. — (Código de Comercio, arts. 155 y 161, inc. 2º).

2º Ni aun en el Derecho civil ó mercantil, tratándose solamente de la restitucion de los valores recibidos, se exige indispensablemente como prueba, un contrato escrito, porque no todos requieren esta forma, y porque aunque su valor exceda la tasa de la ley, habiendo un principio de prueba escrita, lo cual es muy diverso, la entrega puede justificarse con toda clase de prueba.—(Cód. de Com., arts. 192 y 93.—C. C., 1190 y 91, de Proc. 180).

Así en la sociedad aunque no exista contrato escrito ó este no haya sido registrado, razones por las que deba considerarse insubsistente y nulo, tratándose solo de la disolucion de aquella y division de los valores mancomunados, puede comprobarse por los libros, la correspondencia, el empleo de la firma social y muchos otros antecedentes.—(Cód. de Com., arts. 399 y 401).

Ilógico é irracional seria dificultar dicha comprobacion tratándose del descubrimiento de los delitos, en cuyo castigo es interesada la sociedad: si el hurto y el robo siendo delitos mas graves pueden acreditarse por todo género de prueba, mal se pretenderia que la estafa y el abuso de confianza se justifiquen solo bajo la base de un contrato escriturado; lo cual favorecería sobremanera el dolo.

3º No es cierto que entre jugadores sea lícita la estafa ó que estos carezcan de accion para pedir su castigo; ni en fin, que este delito suponga lícita la procedencia de los fondos: una cosa es la accion civil para la indemnizacion y otra muy diversa la criminal para el castigo del delito; así entre jugadores y aun tratándose de juegos ilícitos; el que hace trampa, procurando artificiosamente asegurar el éxito, que solo debe ser efecto de la suerte, indudablemente es un estafador.—(Goyena, Derecho Penal, t. V, páj. 363, N° 616).

4º Como el mandato no puede versar sobre cosas ilícitas, y en el general no entra la facultad de jugar ni de autorizar el juego, entre las que corresponden al mandatario ó apode-



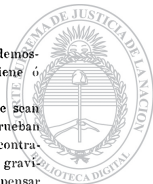
rado, su consentimiento ó complicidad, jamás podría escusar como se ha pretendido, la responsabilidad de un administrador para con el dueño, respecto á los fondos que se le hubiesen confiado con cualquier otro objeto, y que él hubiese disipado en el juego.

5º No es cierto que el dueño pierda toda accion para reclamar los fondos ó valores, cuya administracion confiase indebidamente su apoderado á una persona que sabia muy bien á quien pertenecian, y los hubiese recibido á nombre de este para administrarlos por su cuenta, y con arreglo á sus instrucciones, las cuales desatendiera ó quebrantase despues, desde que cuando menos resultaria una gestion de negocios. — (Cód. Civ., lib. 2º, sec. 3ª, tit. 18).

6º Es un gravísimo error pretender que aun en el Derecho Civil, los delitos no sean una causa de obligaciones; pues lo son en realidad; y ni Savigni ni nadie ha enseñado hasta ahora lo contrario, aunque haya sostenido perfectamente, que no por eso se han de reputar actos jurídicos; pues que no son destinados á crear derechos, y la obligacion nace en ellos por accidente, fuera de la voluntad y del propósito del agente. — (C. C. art. 944).

7º La diferencia característica entre el dolo del Derecho civil y el que la ley penal castiga como delito, no está en que en el primero su autor, menos que dañar á nadie, se proponga servir y promover sus intereses; pues eso mismo sucede en el hurto, sino mas bien en la naturaleza de los medios ó del artificio empleados; porque cuando para precaver el engaño, no basta por lo regular la prudencia comun, la ley en auxilio de esta, añade su sancion penal. — (Ortolan, Derecho Penal, tom. 1º, páj. 253 y 94).

8º Seria una teoría nueva é inadmisible la de que el acreedor que ha tenido cuenta con su deudor, deba suministrar por sí mismo todos los elementos de la liquidacion, y el que no bastándole confesar las partidas recibidas por él, que se le descuenten por aquel, deba comprobar ademas no habérsele hecho otras entregas: siendo que jamás po-



dria presentar tales comprobantes, y que aquella demostracion solo puede resultar de los que el deudor tiene ó debe conservar en su poder,

9. Los libros de los comerciantes á pesar de que sean mal llevados y resulte deficiente la contabilidad, prueban contra ellos, aunque no á favor: pues admitir lo contrario seria no solamente exonerar á aquellos de una gravísima e importante obligacion, sino tambien recompensar el dolo y la mala fe, permitiendo que sus autores reporten de ellos gran provecho, y haciéndolos de mejor condicion que los que cumplen puntualmente sus deberes.— (Obarrio, tom. 1.º, páj. 330, N.º 127.—Bonnier, *Trat. de las Pruebas*, tom. 2.º, páj. 726, N.º 777).

10. Otro tanto sucederia si por resultar equivocadas á su favor las partidas de descargo, debiesen presumirse inexactas tambien las de cargo, cuando lo razonable y lo legal es que tales libros hagan prueba en contra, pero no á favor: lo primero porque nadie confiesa una obligacion falsa contra sus intereses; lo segundo porque la prueba de un crédito ó de un derecho no puede consistir en la mera afirmacion del mismo acreedor. ó pretendido dueño. — (Ley Sum. 22, D. de Pecul).

OBSERVACIONES SOBRE LA DEFENSA Y LA VISTA FISCAL

Respondiendo á la acusacion, alega el Defensor, que no cabe abuso de confianza de parte de Stump, cuando no ha sido sino un simple dependiente, en quien ninguna confianza se ha depositado; pues que no ha administrado fondos algunos: nada de esto es exacto, ni atendible.

Stump era un dependiente habilitado, y de consiguiente sócio en la mitad de las utilidades, que manejaba libremente un capital; era comisionista para colocar fuertes sumas á interés y por último, ha hecho tambien de gerente y gestor de negocios contrayendo obligaciones, percibiendo dinero y suscribiendo documentos á nombre del «Cambio Central»,

según resulta de su propia confesión y de los documentos reconocidos por él.

Es verdad que mientras permaneció aquí Maréchal, devolvía diariamente por la noche los valores que recibía por la mañana ; pero si tal condición importaba una restricción en la confianza que se le dispensaba, esta misma precaución cesó en ausencia de aquel, por deferencia del apoderado Budin ; y teniendo éste instrucción de no mezclarse en las operaciones del « Cambio Central » la administración llegó á ser enteramente libre.

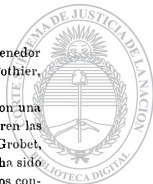
Si Stump nada administraba, ¿ por qué rendía cuentas y presentaba balances mensualmente sin intervención alguna de Budin ? ¿ Quién era, pues el administrador del « Cambio », si no lo era el procesado ? Maréchal se hallaba ausente, su apoderado Budin tenía instrucción de no mezclarse, y en efecto, no se ha mezclado en las operaciones de aquel establecimiento.

Si Stump no tenía en su poder los fondos ¿ cómo pudo jugarlos y perderlos ? ¿ Por qué se reconoce á sí mismo exclusivamente deudor de la pérdida ? ¿ Por qué una vez que jugó y perdió los fondos, se halló en la imposibilidad de dar balance ? ¿ Cómo, en fin, la caja con las pocas existencias que habían quedado, se ha encontrado, y ha sido inventariada en su poder ?

En el mismo escrito, pretende el Defensor que los balances pasados por Stump á Maréchal mientras se hallaba en Europa, los cuales han sido presentados y reconocidos en juicio, son meros documentos de contabilidad, que solo prueban contra aquel como tenedor de libros, no como cajero y administrador.

Semejante pretensión es en todo caso inadmisibile : porque aun en la suposición de que hubiese sido un dependiente el que formaba los balances, estando firmados por el gerente de la casa, harían prueba contra este, como la hacen los libros contra los comerciantes, desde que sean tenidos á sus nombres, aunque el que los lleva sea algun empleado subalterno.





; Cuánto mas, siendo uno mismo el director, cajero y tenedor de libros !—(Cúria Filípica, lib. II, cap. VIII, N° 2.—Pothier, Trat. de las obligaciones, N° 857).

El hecho es inexacto, sin embargo, y la observacion una pura sutileza ; precisamente en la época á que se refieren las fechas de los balances no era Stump, sino D. Luis Grobet, quien llevaba los libros del « Cambio », aunque no ha sido este seguramente el autor de las falsedades que aquellos contienen en disconformidad á los asientos de los mismos libros. —(C. de Com., art. 383).

Cualquiera que fuese el concepto en que Stump formaba los balances, desde que él se los remitía á su principal como gerente del « Cambio », hacen prueba y demuestran haber administrado fuertes sumas de que lo constituyen deudor ; y lo que es mas, haber procedido de mala fe y con infidelidad ; porque siendo imposible admitir en el procesado una dualidad de conciencia correspondiente á su doble carácter, es claro que los fraudes de Stump contador, perjudican á Stump cajero ó administrador.

Niega el Defensor que la carta que Stump dirigió á Maréchal con fecha 24 de Setiembre de 1881, en que le dá cuenta de la negociacion Crotto, diciendo haber invertido en ella un millon de pesos moneda corriente, lo constituia realmente deudor por esa suma ; pues en la misma carta refiere que hablando con Budin sobre esa negociacion, le habia manifestado, que para llevarla á cabo, necesitaba todo su dinero, ademas del que Maréchal le exigia le remitiera á Europa (saldo Bellamy).

Admitiendo que el procesado en esta época contase con algunos fondos propios, y que en la frase mi dinero, no se refiriese al que de ordinario manejaba en el « Cambio » en contraposicion á los valores procedentes del Banco Bellamy y C^a, que no habian ingresado á la caja de dicho establecimiento, sino de un modo eventual ; y prescindiendo, en fin, de que la negociacion Crotto era una pura falsedad ; habria sido siempre inexacto el que para realizarla en las



condiciones en que manifiesta haberlo verificado, en la expresada carta á Maréchal, es decir, por un millon de pesos, necesitase un valor mayor que el saldo Bellamy, que en esa época ascendia á mas de un millon.

La referida carta tiene relacion sin duda á las operaciones del mes de Setiembre, detalladas en el balance fecha 8 de Octubre siguiente, en el cual hace figurar la negociacion Crotto, por un millon de pesos, que supone ser lo mismo que Maréchal le ordenaba remitir por cuenta del saldo Bellamy.

Ademas, en él da salida á este valor, que de otra suerte, segun informe del Contador Quesada, debia figurar con la existencia en caja : siendo por tanto inadmisibile la suposicion, de que dicha negociacion se presentase como verificada por cuenta de Stump, mucho menos, no estando autorizado para invertir en negocio propio el capital ni los fondos que manejaba de Maréchal. — (Cód. Civ., artículo 1919).

A nada conduce para probar lo contrario, segun pretende el Defensor, el que dicha negociacion Crotto no figure en el balance de f. 3 cuad. 2^a, correspondiente al mes de Mayo : mal podia hacerla aparecer en este balance, cuando decia haberse realizado recién en Setiembre.

En cambio en dicho balance del mes de Mayo, hacia figurar falsamente un valor aproximado á un millon de pesos, en depósitos que suponía existir en los Bancos Nacional, Provincial y de Carabassa, que resulta no haber tenido jamás.

Niega el Defensor que los fondos procedentes de Bellamy ingresasen á la caja del « Cambio Central », mas esto resulta no solo de los balances remitidos por Stump que comprenden esta cuenta, y de su propia confesion, al reconocerse en el deber de remitir ese saldo que le exigia Maréchal, sino tambien de los libros del « Cambio », sustancialmente conformes con las cuentas de Bellamy, segun lo informado por el Contador Quesada.



Niega tambien el Defensor que, segun el balance de f. 3, cuad. 2^a, fecha 8 de Junio de 1881, que corresponde á las operaciones del mes de Mayo, el expresado saldo Bellamy en poder de Stump, á quien se le ordenó remitirlo, pasase de 1,310 \$fts; pero tal pretension, resulta completamente equivocada.

Esta partida figura efectivamente en el indicado balance, con relacion á dicho saldo; pero como lo explica el Contador Quesada, es solamente un valor imputable á esa cuenta; mas no es el saldo mismo, que por el mencionado balance era en aquella época, de mas de un millon, y segun los libros, de millon y medio.

Sobre los fondos entregados por Caron y la Duval, se dice en la defensa, que si el procesado no estaba autorizado para recibirlos, estos no tendrian accion sino contra el mismo Stump, lo cual no es cierto, desde que supone haber remesado á Maréchal parte de esos fondos; y que si no hubiese pretendido obrar por autorizacion, no es verosímil que se los dejaran tanto tiempo en su poder; siendo así que jamás dió cuenta de tal negociacion, que ni siquiera la hace figurar en los libros, y que probablemente Maréchal la ignoró de todo punto.

Sobre los depósitos en los Bancos, que falsamente hacia figurar el procesado en los balances, pretende el Defensor que no habiendo estado autorizado Stump para administrar, no se encuentra en el deber de rendir cuenta de ellos. ¿Por qué, pues, el único depósito efectivo que resulta haber existido, se hizo á nombre del «Cambio Central» de que él era exclusivo administrador? ¿Por qué incluía tales fondos en sus balances?

Nadie pide cuenta de esos depósitos, que se sabe muy bien haber sido falsos, y no haber existido jamás. De lo que se le pide cuenta al procesado y de lo que se le responsabiliza, es de los fondos que ha defraudado á Maréchal, valiéndose de tales artificios para inspirarle confianza,

retenerlos en su poder, y procurarse ganancias ilícitas en busca de las cuales los ha desfalcado.

La vista Fiscal en 1ª Instancia.—El dictámen consignado en este escrito, tiene por principal fundamento que el «Cambio Central» jamás fué otra cosa que una casa de juego, y que las mismas sumas procedentes de Bellamy le fueron entregadas á Stump por Budin para jugar por cuenta de Maréchal.

Nadie sin embargo en el proceso dice tal cosa, ni esto aparece de documento alguno; Maréchal y Budin lo niegan absolutamente; y el mismo Stump se declara deudor de los dineros que ha perdido, desechando también el Juez á *quo* aquella suposición; cuyas consecuencias por tanto no pueden menos de resultar equivocadas.

Entre tanto, el Agente Fiscal argumenta así: probado el que Maréchal y Budin jugaban en la Bolsa, es evidente que el «Cambio Central» tenía por principal objeto tales especulaciones; y que las fuertes sumas de que Maréchal se dice acreedor de Stump, son en su mayor parte ganadas al juego: pues que las especulaciones tomaron mayor proporción debido al crédito que Stump le dió á la casa.

Por poco que se reflexione sobre el contenido de este período que forma una especie de sorites, no podrá menos de notarse su falta de hilación y la ninguna conexión que guardan entre sí las ideas que en él se aducen, como antecedentes respecto de los consiguientes.

Podía ser muy bien en efecto, que Maréchal y Budin jugaran en la Bolsa, sin que el «Cambio Central» tuviese por principal objeto las operaciones de Bolsa.

Podía ser muy bien que estas fuesen realmente el principal objeto de aquel establecimiento, sin que las fuertes sumas que Maréchal demanda de Stump, fuesen en su mayor parte adquiridas en el juego, desde que nada impide á los jugadores tener entre sí otros negocios.

Podía ser en fin que á pesar de haber tomado mayor proporción dichas operaciones de Bolsa, estas sin embargo no



hubiesen producido ganancias, ni las sumas reclamadas proviniesen de ellas.

Pretende el Agente Fiscal que Stump no ha sido administrador, comisionista, depositario, ni gestor de negocios respecto de Maréchal, quien, por lo mismo no puede imponerle responsabilidad alguna, cuando según se ha visto y queda establecido, Stump ha sido todas estas cosas, y ha desempeñado todos estos papeles á la vez, á los cuales debe agregarse todavía el de socio.

Va mas adelante la vista Fiscal, y sostiene que el procesado ni siquiera ha sido tenedor de dinero alguno ó fondos pertenecientes á Maréchal ; cuando el mismo Stump confiesa que éste antes de marcharse á Europa le tenia dados 24,000 pesos fuertes ; últimamente se reconoce deudor de todas las partidas que figuran en el cuerpo de los balances como deuda, y cuando en fin, el mismo Agente Fiscal afirma que Budin entregó á Stump las fuertes sumas procedentes de giros contra Bellamy y C^a.

El Agente Fiscal opina que habiéndosele entregado indebidamente por Budin á Stump los expresados fondos procedentes de Bellamy, el procesado solo seria responsable para con Budin, mas no resultaria deudor á Maréchal.

No cabe en verdad una apreciacion mas equivocada. Budin procedia como apoderado de Maréchal y entregaba dineros de éste á Stump, que lo sabia muy bien, los recibia en este concepto, y se declaraba en sus cuentas deudor á Maréchal por esas cantidades, quien, conociendo á su vez tales entregas jamás las desaprobó ; pues no era al hacerlas Budin que procedia indebidamente, sino en dejar la Caja en poder de Stump, sin exigirle que diariamente por la noche depositase esos valores, como se hallaba establecido, y debia haberlo verificado.

Establece la vista Fiscal que para que pueda tener lugar el delito de estafa ó el de defraudacion, es necesario que se trate de valores reales, efectivos y no imaginarios, como son, según dice, los que se exponen en la Bolsa ; pero si bien es





cierto que en esta suele jugarse á la vez lo que no se tiene, no lo es menos que por ese medio se derrochan frecuentemente las fortunas mas saneadas y los capitales mas positivos.

¿ Qué razon tiene el Agente Fiscal para considerar imaginarios los 80,000 \$f. del Dr. Christiani, los 40,000 de Caron, los 12,000 de la Düval, en fin, los 62,000 de Bellamy, que Stump exponia al juego de la Bolsa ?

En cuanto á las doctrinas expuestas en el escrito que nos ocupa, en lo que se relacionan con la cuestion, y no pueden considerarse arregladas, las hemos observado ya : y por lo mismo prescindimos de ellas en este lugar.

LA SENTENCIA APELADA

Teniéndose presente la relacion de los hechos que dejamos consignados fielmente en esta vista, tal como se desprende de autos, y las rectificaciones que se han verificado tambien sobre las doctrinas jurídicas que se rozan con la cuestion *sud judice*, resulta, y se demuestra facilmente, que la resolucion contenida en la referida sentencia, por la cual se absuelve al encausado del delito de defraudacion, no es la consecuencia legítima de las prescripciones legales del caso aplicadas al mérito del proceso.

Vamos sin embargo á emitir algunas observaciones especiales sobre los conceptos y afirmaciones que en dicha sentencia se aducen como principales fundamentos, y los antecedentes que se establecen como puntos de partida de la resolucion á que arriba.

No es exacto en primer lugar, segun queda ya notado, que la acusacion de estafa ú otra defraudacion, contra un socio ó un administrador infiel, requiera indispensablemente como base, la manifestacion de un contrato escrito y debidamente registrado, cual lo supone dicha sentencia para desechar la querella de Maréchal.

La sociedad en que se haya cometido la estafa, puede ser civil, y no necesita entonces registrarse : su capital puede



no exceder de mil pesos fuertes, y no requiere entonces escritura ; aun excediendo de ese valor, y no habiendo contrato escrito y registrado, no por eso se considera nula con respecto á las operaciones realizadas y á los efectos de la division : antes puede acreditarse de muy diversos modos, y mucho mas debe suceder así para los efectos del Derecho criminal : el castigo de los delitos, que interesando al Estado, conviene facilitar. — (Cód. de Com. arts. 399 y 401).

Tampoco es exacto segun se supone igualmente, que haya vaguedad, ni indeterminacion en cuanto al capital, objeto y condiciones de la asociacion en el caso presente, pues á estos respectos Stump acepta la exposicion de Maréchal, y el único punto en que resultan disidentes, es el de si aquel se hallaba autorizado ó no para jugar en la Bolsa por cuenta de la sociedad ; lo cual siendo ilícito, no debiendo por tanto presumirse, y no habiéndolo justificado Stump como lo declara el Juez, se ha de suponer falso.

No pueden alterar el contrato, ni dificultar realmente la resolucion del caso, los abusos cometidos por el procesado excediendo sus facultades ; y únicamente deben atribuirse á tales actos los efectos que la ley les determina ; ni es admisible tampoco segun lo indica la sentencia, que se alterase la sociedad solo porque sus operaciones alcanzasen mayor desarrollo, fuera de que es necesario distinguir las operaciones que Stump ejecutaba como socio, de las que practicaba como comisionista.

No es jurídico ni admisible, que tratándose del delito de estafa por un millon de pesos, que el acusador demuestra haber tenido Stump en su poder, segun las cartas, balances y libros llevados por el mismo procesado, se deseche la acusacion, por cuanto el acreedor no comprueba las partidas recibidas por él.

Bástale á este respecto reconocer, como reconoce las partidas de descargo que se detallan en los balances ó se consignan en los libros ; y si fuera de ellas el deudor sostiene haber verificado otras entregas de dinero, á él le toca com-



probarlas con los resguardos que debe tener en su poder, si es que puede permitirse á un comerciante probar contra el contenido de sus libros, sin que pueda exigirse al acreedor producir la prueba imposible de su negativa : *negatio per rerum naturam provari nequit*.

Sobre este punto, el Fiscal no puede menos de hacer notar graves equivocaciones en que, á su juicio, incurre el Juez *á quo*, porque si prevaleciesen los conceptos que entrañan y fuesen erigidos en regla, de que la contabilidad mala y deficiente en sus libros debiese aprovechar al que los lleve, esto favorecería sobre manera el dolo y la mala fe.

Encontrando, por ejemplo, que en los libros llevados por Stump se finjen depósitos á favor, toma ocasion de aqui para suscitar dudas sobre la exactitud de las deudas que acusan ; lo cual en vez de castigo, seria un premio á la mala fe.

Encontrando, que la contabilidad es deficiente y que faltan datos para establecer con ellos el resultado exacto del negocio, deduce que no deben considerarse justificadas las deudas que se desprenden de los datos que existen ; y de esa suerte la contabilidad mala y deficiente en sus libros favorecería sobre manera á los comerciantes fraudulentos. —(Bonnier, Trat. de la Prueba, tom. 2º páj. 325 N° 777).

Aunque las cuentas y cartas reconocidas en juicio, lo mismo en el Derecho Mercantil que en el Civil, lo mismo en este que en el Criminal, prueban plenamente contra sus autores ; y aunque el Juez *á quo* encuentra que por los libros y balances de Stump, éste resulta alcanzado á favor de Maréchal por fuertes cantidades que pasan de un millon de pesos, rehusa darles crédito, suscitando las dudas mas injustificables.

Las partidas de cargo, pregunta el Juez del Crimen : ¿ Representarán entregas reales de dinero por Maréchal ? ¿ No provendrán de ganancias de juego ? ¿ No serán supuestas por Stump para halagar á Maréchal ?

Con semejante criterio, Exmo. Señor, y con tales facul-



tades en los Jueces para estimar la praebe resultante de los libros y balances, el Fiscal no comprende en verdad, cómo podrian los comerciantes liquidar sus cuentas, ya fuera para cobrar lo que se les debiese, ó para obtener el castigo del fraude mas criminal.

Constando la entrega de una partida, por los mismos libros del deudor ¿qué es lo que autoriza al Juez para no darle crédito, introduciendo oficiosamente una especie de excepcion *non numeratæ pecunie*, no conocida en el comercio y que nuestro Código acaba de suprimir tambien en lo Civil ?

Habiendo declarado y repitiendo ahora misino que no se ha probado que Maréchal jugase asociado á Stump en el « Cambio Central » ¿ cómo puede presumir que algunos de sus créditos constantes en los libros como procedentes de causas muy diversas, provengan en realidad de juego ? El Derecho presume en las obligaciones una causa lícita, ¿ qué es pues lo que autorizaria al Juez en este caso para presumirla ilícita ?

Siendo, en fin, la falsedad un delito aun mas grave que la estafa y abuso de confianza : y no presumiéndose jamás el crimen, no le es permitido ciertamente suponer falsas las partidas ó asientos de los libros, respecto á los cuales no se haya justificado que lo sean realmente ; pero todavia es un error mas grave aducir tal consideracion que convertiria en un criminal al procesado, precisamente para absolverlo.

Supone el Juez del Crimen que para que fuese procedente la acusacion contra Stump, Maréchal debió probar dos cosas : 1º La entrega de un millon de pesos á título que produjese la obligacion de restituir. 2º Que el procesado la defraudó en la acepcion legal de esta palabra, cosas que no ha justificado.

Nada de esto es exacto. Exmo. Señor, ni hay aquí mas que apreciaciones equivocadas : la correspondencia, los balances y los libros llevados por Stump, acusan haber reci-



bido de Maréchal dos millones de pesos, uno de los cuales, como lo reconoce aquel, debía remitirse para pagar á Bellamy ; pero el juez, segun se ha visto, partiendo del supuesto de que el recibo del deudor no justifica la entrega por el acreedor, exige equivocadamente que Maréchal hubiese comprobado sus entregas, por separado y con prescindencia de los documentos del « Cambio ».

Admite, sin embargo, el Juez del Crimen haberse probado, por confesion explícita del procesado, la entrega de 24,000 pesos fuertes ; bien pues, entonces, y por lo que concierne á la pena de la estafa, que es una misma por esta cantidad que por 40,000, lo que importaba averiguar era, si el procesado la defraudó ó nó.—(Cód. Penal, art. 334, inc. 6°).

La sentencia resuelve por la negativa, tomando la defraudacion en el sentido legal de la palabra, porque, aunque es cierto que, habiéndose ordenado á Stump remitir el importe del saldo Bellamy, él retuvo estos fondos con el engaño mas odioso y repugnante, á pretesto de un negocio que inventó, continuó jugando en la Bolsa y los dispipó, perdiéndolos ; esto, segun el Juez *á quo*, no importa *defraudacion en sentido legal*.

La razon, segun él, consiste, en que quizá la intencion de Stump, al proceder de esa suerte, fué buena, y solamente se propuso favorecer sus intereses, sin perjudicar los de Maréchal. Pero ¿cómo puede admitirse que no haya dolo, ni se perjudique al dueño exponiendo al juego y perdiendo sus intereses ? ¿ Es, pues, un acto indiferente ó inocente jugar lo ajeno, que se debe conservar y restituir ?

Aunque la ley no presumiese la mala intencion en los delitos, estando en este caso de manifesto, es imposible juzgar piadosamente. Stump, faltando á sus deberes y empleando un engaño calificado, retuvo en su poder los fondos de Maréchal, para continuar jugando á su nombre y por su cuenta. ¿ No hay en esto fraude ?



Continuo jugando en efecto, y los perdió. ¿No hay en esto disipacion? ¿Qué se entiende entonces por defraudacion *en sentido legal*, si no es privar á otro de su propiedad por medio de fraude, y tal que para precaverle no baste la comun prudencia?

No es, pues, exacto, como supone el Juez de 1ª Instancia, que la acusacion no presente un punto de vista claro y preciso, que haga resaltar la existencia del delito que imputa al procesado; porque apenas podria imaginarse un hecho mas bien caracterizado, en situacion mejor definida que el que el Fiscal acaba de ofrecer á la consideracion de V. E., deducido de los términos de la acusacion y arreglado al mérito de la prueba.

Tampoco es cierto, que para fijar la responsabilidad del procesado, fuese indispensable deslindar y determinar la de Budin, desde que no aparece ni debe presumirse en él responsabilidad alguna criminal en el hecho de que se trata, y en la defraudacion que se persigue, por mucha que en diverso sentido ó con relacion á otros hechos pueda corresponderle.

No lo es en fin, que el querellante haya probado inconducentemente hechos múltiples y complejos, ajenos á este juicio, pues que su prueba, puede decirse, no consiste sino en el exámen de las declaraciones del procesado y de los documentos emanados del mismo, en cuanto conciernen al estado de sus cuentas; versando la testimonial principalmente sobre la falsedad de la negociacion Crotto.

Cuando fuera verdad, como supone el Juez, que tales hechos dieran lugar á la resolucion de cuestiones complicadas y difíciles, deber suyo seria todavia, analizarlas pacientemente y estudiarlas con detencion; porque los Jueces no lo son solamente para decidir las cuestiones claras y sencillas, mas tambien las oscuras y difíciles.

Si con arreglo á las prescripciones que cita del Código de Comercio; la decision acertada de este proceso hacia necesaria la intervencion de peritos ó de árbitros, para de-



cidir previamente las indicadas cuestiones, debió ordenar su nombramiento; y de ninguna suerte pudo absolver al reo, alegando la falta de un trámite, que habria podido y debido subsanar.

El Fiscal encuentra sin embargo de todo punto equivocadas la inteligencia y aplicacion que el Juez del Crimen hace de lo dispuesto en el art. 28 del Código de Comercio, al prescribir la decision por árbitros de las cuestiones que versen sobre la existencia de fraude, error, dolo y simulacion en la formacion ó ejecucion de los contratos.

Bajo diversos aspectos, el dolo y el fraude pueden corresponder igualmente al Derecho Civil, al Comercial y al Penal: si se trata del dolo comun y de la reparacion de los perjuicios, pertenece á los primeros; si de la pena del fraude clasificado por delito, seria materia del último: es pues á aquella especie de dolo y á los efectos indicados, que se refiere dicha prescripcion: y por eso agrega el citado artículo: *sin perjuicio de las acciones criminales que por tales hechos (de dolo y fraude) pueden tener lugar.*

Mal puede entonces desecharse la acusacion en el juicio criminal, bajo la consideracion de que en las cuestiones sobre dolo, para la indemnizacion de los perjuicios, deban intervenir árbitros, ó de que este juicio sea previo, cuando sucede lo contrario, pues con arreglo al art. 1101 del C. C. en-
tablado como ha sucedido el juicio criminal, no podria tratarse de la indemnizacion civil, sin que preceda la condenacion en aquel.

Por los motivos expuestos, el Fiscal opina que no son atendibles ni subsistentes los fundamentos bajo los cuales el procesado ha sido absuelto en 1.^a Instancia, y que resultando comprobada legalmente la defraudacion de un millon de pesos m/c. por que se le acusa, debe condenársele á la pena del art. 334, inc. 6.^o del Código, costas é indemniza-

cion de perjuicios, revocándose en consecuencia la sentencia apelada.

En cuanto al honorario del Contador nombrado por V. E. á solicitud del exponente, en su concepto debe ser satisfecho por la parte que fuese condenada en costas; y si ninguna lo fuese, ó aquella no tuviese de que satisfacerlo, debe ser abonado por el Estado, como gasto eventual de la Administracion de Justicia.

Buenos Aires, Marzo 10 de 1884.



VISTA XXIX

CAUSA DE PARRICIDIO

SUMARIO :

Este crimen es el mas horrendo y abominable; pues proviene de la mas negra ingratitud ; y consiste en haber arrebatado el reo la vida al autor mismo de la suya; retribuyendo así el mas grande beneficio con el mayor mal imaginable—Bajo el aspecto moral quebranta el mas sagrado de los deberes grabado por la naturaleza en el corazon: y bajo su faz social, ataca la subsistencia del Estado, disolviendo la familia que es su fundamento—Solon lo reputó imposible ó no quiso mencionarlo por pudor—El Derecho Romano y nuestras antiguas leyes le atribuian tal malicia, que lo consideraban capaz de infestar el mundo moral—En fin el Código vigente lo declara indigno de conmiseracion, rechazando de antemano, toda circunstancia atenuante—El reo se encuentra confeso y convicto del delito, deduciéndose de la relacion del suceso que hubo premeditacion y alevosía—Por tanto constituye tambien un asesinato: de suerte que aunque el muerto no hubiese sido el padre, el reo habria incurrido siempre en pena capital—El Defensor careciendo de otros medios de defensa, recurre á la suposicion de que el procesado cuando cometió el delito, sufría enegenacion mental—Nada autoriza sin embargo, esta suposicion: el informe médico la desvanece; y el punto se halla resuelto rechazándose aquella; existiendo de consiguiente, á este respecto cosa juzgada—Por cualquiera de los delitos de asesinato ó parricidio reunidos esta vez en uno, el reo merecia la muerte; pero la sentencia de primera Instancia lo exime de esta pena, y la subroga con presidio por tiempo indeterminado, bajo la consideracion de haber durado el proceso mas de dos años—En general para que esta circunstancia constituya atenuacion, seria necesario que aquello hubiese sucedido sin culpa del reo; lo que no se verifica en el caso actual, en el que fué el mismo reo, quien fingiéndose loco, paralizó por mucho tiempo la causa—No es exacto, ni puede admitirse lo que establece la sentencia, que en causas criminales le sea permitido al Defensor valerse indistintamente de todos los medios—Ade-





mas, excluyéndose en el delito de parricidio toda circunstancia atenuante, por la naturaleza de la causa debió prescindirse de la que se ha indicado, á saber: la larga duracion del proceso—Aunque la pena legal en el caso sea la capital; no pudiendo aplicarse en segunda Instancia, cuando no viene impuesta en la sentencia de la primera, el Tribunal debe abstenerse de verificarlo—Debe con todo, hacer al respecto la conveniente declaracion; y reagravar la condena hasta donde alcancen sus facultades ó la ley se lo permita—El Fiscal propone que se adicione la pena de presidio por tiempo indeterminado, con reclusion solitaria del reo por treinta dias en todos los aniversarios del crimen—El Tribunal habrá salvado así su responsabilidad, y satisfecho á la justicia; que reclama á grandes gritos, un terrible escarmiento, donde ha habido un inmenso escándalo.

Exma. Cámara:—El Fiscal, en la causa criminal seguida de oficio contra José Vivado, por parricidio perpetrado en esta capital el 4 de Noviembre de 1877; contestando la expresion de agravios hecha por el Defensor contra la sentencia pronunciada en 1ª Instancia, que impone al reo la pena de presidio por tiempo indeterminado, dice: que siendo falsa la única consideracion bajo la cual se pretende la irresponsabilidad de aquel, á saber, la alienacion del procesado; y encontrándose este por otra parte convicto y confeso de su delito, V. E. se ha de servir en justicia desestimar tal pretension, y modificar la indicada condena en el sentido de lo que espondrá.

El crimen que el Tribunal es llamado á juzgar en este proceso, Exmo. señor, es el mas atroz, horrendo y abominable en que puede caer el hombre mas perverso y envilecido; pues entraña la mas negra ingratitud que es posible imaginar; consistiendo en arrebatar la vida al autor mismo de la suya y en corresponder así con el mayor mal el mas grande beneficio.

Bajo el aspecto moral quebranta brutalmente el mas sagrado de los deberes, grabado primero con caracteres indelebles por el autor mismo de la naturaleza, en nuestro corazon; y mas tarde por el Divino Legislador en las tablas del Sinay, á fin de que todos lo leyeran con sus pro-



pios ojos. «Honra á tu padre y á tu madre para que vivas largos dias sobre la tierra.»

Bajo el aspecto social, este delito destruye y disuelve la familia, primer grado ó núcleo de la sociedad, indispensable á la conservacion y mejora de la especie humana, en el cual aquella y el Estado descansan como sobre su propio y natural fundamento, que no se puede atacar ó remover, sin subvertir todas las instituciones civiles.

Es el crimen, Exmo. señor, que el célebre Legislador Ateniense reputó imposible ó se abstuvo de mencionar por pudor; que si mencionaron mas tarde la Legislacion Romana y nuestras antiguas leyes, fué para execrarlo considerando el contacto solo del criminal con los elementos, capaz de infestar todo el mundo moral; del cual procuráran aislarlo; y que el Código vigente declara indigno de toda conmiseracion, rechazando en él de antemano, toda escusa ó atenuacion: es el *parricidio*, en fin.

En efecto, Exmo. señor, viviendo el procesado resentido desde mucho tiempo con su padre, á causa del trato que le daba; el cual supone haber sido, sino cruel, por lo menos mezquino, duro y opresivo; y estando además segun se colige, envidioso de su hermano, bajo cuyas órdenes se hallaba, á quien aquel habia encargado de sus negocios, y pensaba tambien mejorar en sus bienes; el dia indicado como este lo mandase al mercado, sin permitirle cambiar de ropa, considerándose humillado con esa orden, se ex-cervó sin duda terriblemente su rencor, y resolvió poner fin á aquella situacion asesinando al padre, al cual se la culpaba.

Por espacio de seis horas meditó la resolucion tomada aquella tarde; y cerca de las nueve y media de la noche, mientras las personas que estaban en el almacen se hallaban distraidas; sin que nadie se apercibiese de ello, tomó un cuchillo, y dirigiéndose á la trastienda en la que dormitaba su padre sobre un cajon, lo derribó al suelo de una puñalada, de la cual falleció á los pocos momentos y



que fué clasificada despues, por el médico, de *pronta y necesariamente mortal*.

Todo esto se deduce claramente, y consta del modo mas positivo é indudable por las declaraciones de Juan Vivado á f. 20 vta. hasta 25, de Juan Cerveto f. 29 á 30, de Juan Belerand f. 30 á 33, de José Cánepa f. 43 á 47 y confesion del reo de f. 54 á 56, en términos que seria de todo punto inútil en el estado actual de la causa, entrar á discutir, y demorarnos en la demostracion de hechos reconocidos y constatados, que ahora mismo no desconoce ni pone en duda el Defensor; y respecto de los cuales de consiguiente, el reo, se halla *convicto y confeso*.

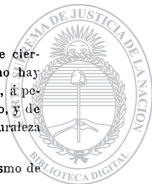
Su clasificacion no ofrece tampoco, Exmo. señor, dificultad alguna; y la tarca del Fiscal debe reducirse por tanto á determinar la pena que corresponde legalmente.

De la relacion que se acaba de hacer, se desprende que en aquel suceso sangriento mediaron de parte del reo, premeditacion y alevosia; pues que segun su propia confesion, meditó el funesto plan por espacio de seis horas; y lo ejecutó de improviso, á traicion, y mientras la víctima se hallaba dormida; siendo imposibles toda defensa y cualquier socorro.

Un hecho semejante era pues un asesinato; y aun cuando no existiese la circunstancia de ser el muerto padre del matador, este habria incurrido por tal delito, en la pena capital, como lo reconoce espresamente la sentencia de 1ª Instancia, con arreglo á lo dispuesto en los arts. 207, 208 y 209 del Código Penal.

El Fiscal espuso antes, que el parricidio era el delito mayor que podia imaginarse: dijo mal y reconoce ahora haberse equivocado; porque en efecto, se concibe una maldad mas grande y un crimen todavia mayor: la muerte del padre asesinado, ó el parricidio mismo con premeditacion y alevosia, que es precisamente el caso de Vivado, materia de este proceso y que se encuentra *sub-judice*.

Véase así, cuanto se equivocó el famoso Lejislador, á



quien antes aludimos, pues, por mas que la idea de ciertos crímenes nos espante y horrorice, en realidad no hay maldad imaginable, de que no sea capaz, ahora mismo, á pesar del alto grado de civilizacion que hemos alcanzado, y de los grandes progresos de que nos ufanamos, la naturaleza humana dejenada y perversida.

La sabiduria de Solon no alcanzó á sondar el abismo de iniquidad que puede contener el corazon del hombre; y en vano, por honor á nuestra especie, quiso suponerlo siempre grato á los grandes beneficios y tierno por lo menos, á los recuerdos de la niñez, los halagos del hogar y las caricias de los padres. Los hechos le desmienten.

La defensa, volviendo al exámen del suceso que nos ocupa, el cual es la prueba práctica y mas concluyente de esto; careciendo de toda escepcion con que desvirtuar los tremendos cargos que resultan contra Vivado, pretende demostrar su irresponsabilidad moral; y al efecto recurre por segunda vez, á la hipótesis que ningun antecedente hace verosímil siquiera, del estado de alienacion mental cuando el procesado cometió el delito de que se trata.

El Fiscal ha dilucidado ya antes de ahora este punto estensamente, en su vista de f. 125 á 138 con motivo de haberse opuesto la pretendida alienacion, por obstáculo legal á la continuacion de la causa; y ha patentizado con el análisis mismo de los hechos antecedentes, concomitantes y subsecuentes al suceso que motiva el proceso, como tambien por los informes facultativos del doctor Santillan y del Consejo de Higiene, la falsedad de semejante hipótesis: limitándose ahora por lo mismo, á reproducir lo que al respecto espuso en la indicada vista.

Además, sobre este punto existe ya cosa juzgada, y no es permitido de consiguiente volver sobre él; pues habiéndose ordenado por el Juez del Crimen, en auto de 19 de Julio de 1878, á causa del incidente mencionado, el sobreseimiento del proceso, elevándose en consulta esta medida,



V. E. á solicitud del esponente, por resolucion de 23 de Mayo último que corre á f. 134, se sirvió revocar aquella providencia, y mandó continuar el procedimiento declarando: que *el procesado no estaba ni estuvo en el acto de perpetrar el delito, atacado de enagenacion mental.*

Solo nos falta, Exmo. señor, examinar la pena impuesta en la sentencia apelada, y hacernos cargo de los motivos, en que se funda para establecerla el Juez *á quo*, al objeto de averiguar si es justa y debe por consiguiente confirmarse: ó si por el contrario, ha sido determinada de un modo equivocado, y haya de cambiarse entonces, por la que legalmente corresponde, ó de modificarse por lo menos.

Aunque el Juez del Crimen reconoce espresamente en dicha resolucion, que por cualquiera de los delitos de asesinato y parricidio, reunidos esta vez en uno solo, corresponderia al procesado, con arreglo á las disposiciones del Código Criminal, la pena capital; se abstiene sin embargo de aplicarla en el caso presente, y la sustituye con la de presidio por tiempo indeterminado, en consideracion á que el proceso ha durado mas de dos años: en conformidad de lo dispuesto en el artículo 162 que declara: que en los crímenes capitales aquella circunstancia impedirá la aplicacion de la pena de muerte.

Mas como esta disposicion supone: que la prolongacion del procedimiento y la demora de la causa tengan lugar *sin culpa del acusado*; y en el caso *sub-judice* han provenido del sistema maliciosamente empleado en la defensa para impedir la condenacion, haciendo pasar al procesado por loco, sin estarlo realmente, y siendo esto una pura supercheria, el Juez *á quo* respondiendo anticipadamente á esta objecion declara tambien, no serle imputable al reo la conducta del Defensor.

Este principio, sin embargo, si se le examina atentamente, es inadmisibile en toda su latitud; el Defensor es el procurador legitimo del reo y obra en su nombre y representacion: todo cuanto se practica con él es tan válido, como si interviniera el mismo reo en persona: peticiona por



este y consiente ó recurre de las providencias; no pudiendo por tanto dejar de perjudicarle las consecuencias de tales actos, entre otras la demora que ocasionen.

Que no deban dañar al procesado irreparablemente, los descuidos del Defensor, es equitativo, y así se practica; pero que hayan de aprovecharle también las artimañas y procedimientos ilegales de aquel, es absurdo: porque admitirlo importaría recompensar lo mismo que se prohíbe como perjudicial.

En especial aceptar que la demora ocasionada calculadamente por el Defensor en las causas capitales, hubiese de eximir al reo de la pena de muerte, sería introducir la práctica mas viciosa y perjudicial; pues serviría de incentivo poderoso al Defensor, para dilatar por todos los medios á su alcance, los procesos mas graves, en daño de la causa pública; tanto mas interesada en el pronto castigo de los delitos, cuanto estos son mas atroces y enormes.

No es exacto tampoco, según se afirma en la sentencia apelada, que en el caso presente Vivado ignorase y fuese completamente ageno al plan del Defensor, de hacerlo pasar por loco; pues al contrario, consta que lo conocia y lo segundó fingiéndose efectivamente loco; y ha confesado á los señores del Consejo de Higiene, que se le habia indicado que se hiciera el loco; pero que este era un papel muy difícil, superior á su capacidad, y que él no sabia desempeñar.

Como un error conduce á otro, el Juez del Crimen vá mas adelante todavia; y declara también: que el engaño, la supercheria, las dilaciones maliciosas y todos los medios en fin, son lícitos en la defensa de causas capitales. Esta es una grave y evidente equivocacion; el Fiscal no puede aceptar de modo alguno, semejante principio de moral: tales medios son espresamente reprobados por Derecho; y la ley manda que los abogados juren que se abstendrán de emplearlos en cualquier especie de causas.—L. L. 5, tit. 16, Lib. 2, R. C. y 8, tit. 22, Lib. 5º, Nov. Rec.



La mentira es siempre mala, y todo hombre debe á sus Jueces la verdad y el abstenerse de engañarlos: puede ser disimulable en los reos el que la oculten, cuando en ella les va un grave daño en sus personas: y entonces no deben ser ciertamente compelidos á manifestarla; pero no se puede tampoco ir mas adelante, recompensando tambien la astucia y el engaño: al contrario, es regla de Derecho, que nadie debe reportar beneficio de su propio dolo: *fraus et dolus nemini patrocinari debent*.

Tenemos entonces, que debiendo ser imputable al procesado la demora de la causa; desde que sin los artificios empleados en la defensa no habria durado mas de dos años, segun ha sucedido, tal circunstancia en conformidad al artículo 172 del Código no puede eximirlo en justicia de la pena capital; y esto aun cuando solo se considerase su delito como asesinato; pero constituye tambien un parricidio; y bajo esta terrible faz tiene todavia mayor dificultad, y es mas improcedente la reduccion de la pena por aquella circunstancia.

El Juez del Crimen al tomarla en consideracion: haciéndola valer de motivo suficiente para sustituir á la pena capital, que era la que correspondia legalmente, la inferior inmediata en grado, no ha tenido presente que en ello contravenia una disposicion espresa, y se manifiesta al mismo tiempo inconsecuente.

Clasificándose por una parte, el hecho de haber durado el proceso mas de dos años, de circunstancia atenuante por el artículo 172, en el cual con referencia á aquella, se leen estas palabras: *la causa enunciada de atenuacion*; por otra parte, y segun lo reconoce el mismo Juez, el artículo 211 rechaza absolutamente en el delito de que se trata, toda causa de atenuacion ó circunstancia atenuante: pues esto importa la declaracion de que *el parricidio no es excusable en caso alguno*, como lo esplica el mismo autor del Código en la nota correspondiente de su proyecto.

Comentando las palabras indicadas, dice el Dr. Tejedor:



«esta disposicion se funda en que el respeto religioso, que se debe al autor de nuestros dias, impone el deber de sufrirlo todo antes de poner sobre él una mano sacrilega. Sin embargo, esta prohibicion por absoluta que sea, admite una distincion. Ella no se aplica sino á la *excusa que permite atenuar la pena del delito*, y de ningun modo á la justificacion, que lo hace desaparecer del todo».—Part. 2, Lib. 1º, título 1º, § 3º, art. 1º. Véase tambien á Ortalan. Derecho Penal Francés, tomo 1º, página 491, Nº 1106.

Si pues la demora en la tramitacion de la causa, mas de dos años, no es estimada en el Código, sino por un motivo atenuante en general de la pena; y si el mismo Código prescribe como especialidad del delito de parricidio, que no se admita en él excusa, ni circunstancia alguna atenuante; debiendo en consecuencia caso de condena, imponerse inflexiblemente la pena capital, siguese que el Juez del Crimen, al cambiarla bajo la indicada consideracion, ha sido contradictorio consigo mismo; y que en esta parte su sentencia se ha desviado de las prescripciones legales.

Por lo demas es manifiesta y palmaria la contradiccion que existe efectivamente en la referida sentencia, cuyos términos resultan implicant-s: porque inmediatamente despues de declarar el Juez que en el parricidio, el Código Penal rechaza en absoluto toda causa de atenuacion, declara tambien, que acepta sin embargo, la del artículo 162.

¿Por qué tal escepcion? ¿Es esta acaso la causa mas grave y poderosa de atenuacion que podria ocurrir y llegar á alegarse en juicio? No, ciertamente. ¿En qué funda entonces el Juez la escepcion que introduce á una regla absoluta? ¿Pues no acababa de decir que el Código las rechaza á todas? ¿Y no es tambien principio constante en la Jurisprudencia, que no debe distinguirse, donde la ley no distingue? *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

V. E. pues, tiene que salvar esta contradiccion flagrante



rechazando, á fin de no dejar establecido un mal precedente, la excepcion indebidamente introducida; y debe atenderse estrictamente en su resolucion á la regla general consignada en el precitado artículo 211, dentro de la cual se halla comprendido sin duda alguna, el caso sobre que se ha de pronunciar.

El esponente, por tanto se habria adherido de su parte á la apelacion interpuesta por el Defensor, y solicitado contra el reo la pena capital, que es la que le corresponde realmente: si entre las disposiciones con que el artículo 80 de la ley 15 de Diciembre del año pasado, ha querido exprofeso imposibilitar en la práctica, la aplicacion de la indicada pena, que en teoria dejaba subsistente, no encontrase la que limitando las atribuciones del Tribunal Superior, le prohibe aplicarla cuando no venga impuesta en la sentencia de primera instancia.

Ya que no es posible pues, en esta parte, enmendar el error cometido por el Juez del Crimen, subrogando la pena de muerte á la de presidio que impone la sentencia apelada, conviene por lo menos, para distinguir el enorme delito de parricidio de que se trata, de cualquiera otro, adicionar la indicada pena, con la cláusula de reclusion solicitaria al reo, por 30 dias en los aniversarios de su crimen, en conformidad al art. 102, inciso 3°.

Procediendo de esta suerte y reagravando la condena hasta donde alcanzan las facultades del Tribunal, salvará V. E. los altos intereses de la moral, y habrá satisfecho tambien dignamente á la justicia, que reclama á grandes voces, un terrible escarmiento, donde ha habido un inmenso escándalo: el Fiscal lo solicita asi, en cumplimiento de su deber á nombre de la causa pública que representa.

Buenos Aires, Setiembre 15 de 1882.

ASESINATO DE UNA MUJER POR SU MARIDO

SUMARIO:

Primer aspecto del hecho—Indagacion Policial—Antecedentes recojidos en los primeros momentos—Declaracion judicial, en la cual el reo lejos de ratificar lo manifestado anteriormente, expone: que no recuerda absolutamente nada del suceso—Valor juridico de esta retractacion: su falta de verosimilitud y sinceridad, que se demuestra por el exámen de las inexactitudes en que incurre el procesado—Aun eliminada su confesion y aunque no haya habido testigos presenciales del delito, existe la prueba que se denomina *inferencia necesaria*—La tentativa de suicidio en el procesado, es tambien un grave indicio de su criminalidad—Varias reflexiones que apoyan esta misma conclusion; pues que sin suponerse culpable al procesado, el hecho resultaria inesplicable—Argumentos de la defensa y respuesta á las objeciones deducidas—Primero: que la ley exige pruebas claras en los delitos, excluyendo la de presunciones—Diferencia entre éstas y la *inferencia necesaria*: á veces aquellas llegan tambien á producir completa claridad; y el Código solo las excluye para la imposicion de la pena capital—Segundo argumento: la enagenacion mental que hacen presumir en el procesado, el haber padecido *delirium tremens*, y el haberse tratado de suicidar—Lo primero resulta desmentido por el reconocimiento médico; y la tentativa de suicidio debe atribuirse mas bien á delito que á enagenacion mental—Tercer argumento: la beodez; pues es cierto que el reo, momentos antes del suceso, habia estado bebiendo coñac, y ademas resulta del proceso que es beodo consuetudinario—La beodez voluntaria nunca constituye excusa, y solo produce atenuacion, desde que sea completa: mucho menos podria servir de excusa, siendo habitual—Por los datos recojidos, el procesado no estaba completamente beodo; siendo tan fuerte para la bebida, que jamás llega á perder de todo punto el sentido—Cuarto argumento: haber obrado el reo dominado y fascinado por la terrible pasion de los celos—Esta suposicion es farsáica; pues forma un ridículo contraste con la indiferencia que resulta de-



mostrada en el reo, respecto á su esposa—Observaciones sobre la relacion de los hechos expuestos por el Defensor, la cual se rectifica sobre varios puntos—Calificacion legal del hecho y penalidad que le corresponde—Divergencia de principios entre el Código Penal y el Civil—Mientras aquel separándose de la antigua Legislacion, no equipara ya al parricidio, la muerte de la esposa, el segundo la llama á heredar junto con los padres y aun en concurrencia con los hijos.



Erma. Cámara:—El Fiscal en la causa criminal seguida de oficio contra James Barret, por muerte dada á su esposa Brígida Brian, instruido del proceso que se le ha comunicado en vista, y contestando á la espresion de agravios hecha por el Defensor, de la sentencia de 1ª Instancia que condena á su patrocinado como autor responsable del indicado delito, á la pena de presidio por tiempo indeterminado, dice: que esta resolucion es justa y debe confirmarse por sus fundamentos.

PRIMER ASPECTO DEL HECHO

Como á la una de la mañana del dia 4 de Junio de 1877, fué avisada la Policia de un crimen que acababa de perpetrarse en una fonda inglesa de la calle Reconquista núm. 256, denunciándosele por autor de aquel, al dueño de esta, James Barret.

Habiendo ocurrido inmediatamente el Comisario D. Máximo I. Diana, encontró á Barret en el lecho conyugal, herido en el pescuezo y bañado en sangre, teniendo á su lado el cadáver de su esposa Brígida Brian muerta violentamente, pues aparecia degollada, y presentaba tambien varias otras heridas, hallándose allí mismo el cuchillo ensangrentado, con que se habia consumado el delito.

Debajo de la cama habia una botella con coñac consumida mas de la mitad—Sobre la mesa de noche se notaban manchas de sangre, y cuando vino el médico Dr. Tagnole observó tambien los muebles de la picza en desórden aunque este pudo ser obra de las personas que entraron

después del suceso y efecto de la confusión que debió producirse.

INDAGACION POLICIAL

De las primeras indagaciones resultó que Barret á la hora indicada, habia recordado á los huéspedes ingleses, que tenia vecinos en la pieza inmediata, para comunicarles que acababa de dar muerte á su mujer, y que él habia intentado suicidarse hiriéndose en el cuello.

Al principio no le hicieron caso; pero notando luego que apenas podia hablar, se levantaron, entraron á la pieza, y hallaron que todo era exacto; pues la esposa de Barret realmente estaba herida y muerta en su propio lecho, y el mismo Barret se hallaba acostado á su lado con un tajo en el pescuezo.

Naturalmente, la noticia cundió en el acto y se trasmitió á todos los moradores de la casa, donde muy luego, siendo prevenida por ellos mismos, acudió, como se ha referido, la Policia, vino médico y se tomaron todas las medidas del caso.

Barret manifestó por señas al Comisario que él era el autor de lo ocurrido, indicándole que habia querido castigar á su mujer; se resistió durante algun tiempo á admitir la curacion; y no pudiendo espresarse de palabra, escribió en inglés un papel en que reconociéndose autor del hecho, pedia que le dejaran morir.

Veinte minutos despues permitió sin embargo, que se le hiciese la primera cura; y seis horas mas tarde pudo declarar, y declaró efectivamente, que aquella noche habia tenido un disgusto con su mujer, á la cual habia pedido 150 \$ mpc. no queriendo ella darle sino 100.

Que como á las 8, fueron al circo Chiarini; de regreso se sentaron al rededor de una mesa, y allí empezó á tomar bebidas espirituosas hasta embriagarse; su esposa al fin se recogió en cama; y cuando el sueño la habia domi-



nado, él armado de un cuchillo la asió del cuello, le infirió una herida, y sucesivamente las demas, hasta matarla habiéndose herido tambien él mismo.

ANTECEDENTES

Tratando de indagarse los antecedentes que pudieran explicar el suceso, se vino en conocimiento de que Barret y Brigida no se llevaban bien; pues ambos tenian el vicio de la bebida, y de esto se originaban frecuentes reyertas.

El genio de aquella se habia hecho irritable; tenia muchas majaderías, y algunos huéspedes, segun Barret, se mudaron de la fonda no pudiéndola sufrir.

Aunque él fuera un beodo, le disgustaba el que tambien bebiere su mujer; mas no lo podia impedir: ésta á veces le cerraba la puerta, dejándolo en la calle; y él tambien hizo con ella lo mismo.

En fin, la noche del suceso tuvieron sin duda un disgusto mas serio, porque habiendo ido ambos al circo con otra mujer, al llegar Barret quiso pagar por todos segun parece; pero no llevando dinero, su esposa solo le dió 100 pesos que no alcanzaban sino para las entradas y asientos de dos personas, y aunque él se lo observo, no por eso ella defirió á darle mas.

Entonces él se volvió á su casa, dejando á su esposa y la mujer que le acompañaba en el circo. Cuando regresaron estas y las demas personas de la fonda que habian asistido á la funcion, encontraron á Barret jugando á los naipes con un italiano; y permanecieron todos reunidos todavia, conversando por espacio de una hora mas ó menos.

Barret no se hallaba beodo; pero segun parece estaba tomando coñac: al retirarse se llevó consigo la botella; y despues que su esposa se recogió entrándose en cama, él permaneció aun en pié y continuó bebiendo.

En esta situacion exasperado con el reciente disgusto de que su mujer lo habia puesto en compromiso y abochor-





nado, debió entregarse á reflexiones amargas y al recuerdo de sombríos resentimientos, que aumentados por la excitación de la bebida, hicieron al fin estallar la cólera; é impulsaron á Barret á realizar los siniestros pensamientos de que se hallaba sin duda dominado.

Así se explican del modo mas natural los sucesos de aquella noche; y de esta manera los explicó tambien el mismo Barret en los primeros momentos, en la declaración que por la mañana prestó ante el Comisario.

DECLARACION JUDICIAL

La Policia pues, dió por terminada su mision, considerando el hecho completamente averiguado, y sin duda por esta causa descuidó examinar todas las personas que ese dia se encontraron en la fonda, muchas de las cuales que habrian constatado con evidencia la criminalidad del procesado independientemente de su confesion, no han podido ser habidas despues.

El mismo Juez sumariante se descuidó tambien; pues dejó transcurrir mas de tres meses antes de llamar á este á prestar su declaración indagatoria, en cuyo tiempo reflexionando sobre las consecuencias de su confesion, y aleccionado quizá del plan que le convenia seguir en su defensa, pudo muy bien comprenderlo, madurarlo y decidirse á ponerlo en ejecución.

Ello es que llamado al fin á declarar ante el Juez del Crimen, lejos de ratificar lo que dijo al Comisario y á diversas personas el primer dia, expuso por el contrario, que nada recordaba, ni siquiera haber prestado una declaración: que no podia de consiguiente dar razon del suceso, ni sabia explicarse tampoco la pérdida de la memoria.

Mas esta explicación, con todo no se hizo esperar; porque poco despues el Defensor presentó el informe de un médico residente en Flores, el cual decia haber curado á Barret ata-



cado de *delirium tremens*, el mismo año 77 antes que ocurriera el asesinato de su esposa.

Es evidente sin embargo, por el dicho de cuantas personas vieron á Barret al dia siguiente, y en especial por los informes de los Comisarios de Policia que intervinieron en las primeras indagaciones, que este hasta entonces conservaba perfectamente la memoria de los sucesos. ¿Qué ha podido hacerle perder los recuerdos despues, en el Hospital á que fué conducido, donde no podia tomar bebida, ni ha tenido tampoco ataque alguno de *delirium tremens*.

El procesado recuerda completa y minuciosamente todos los hechos que precedieron á la muerte de su esposa con sus circunstancias y detalles; pero dice no conocer el cuchillo ensangrentado que se encontró y recojió de su pieza por la Policia; cuando ese cuchillo le pertenece indudablemente, y cuando este recuerdo se refiere á la época de cuyos hechos conserva memoria.

El cuchillo con el cual se perpetró el delito, habia sido afilado, pues se hallaba muy cortante, ó segun las palabras mismas del Facultativo que reconoció las heridas, era *francamente cortante*; y denota la premeditacion del reo, á quien convenia por cierto desconocerlo. ¿Con qué objeto llevó esa noche cuchillo á su pieza? ¿A qué fin lo habia afilado sino porque tenia ya resuelto el crimen, á cuya ejecucion se estimuló solamente con la bebida?

LA RETRACTACION

Tratándose de una retractacion por parte del reo, es indispensable examinar la sinceridad con que proceda y la verosimilitud de los motivos que alegue (Mittermayer. «De la Prueba en materia criminal, Parte IV, cap. VII, página 242); si dijese, por ejemplo, haber sido amenazado para confesar, engañado con la esperanza de perdon, inducido por error acerca de un hecho susceptible realmente de equivocacion, chocarian menos el cambio y la contradiccion:



pero suponer la pérdida de la memoria precisamente en el momento mismo del suceso, y esto despues de haberlo referido detalladamente delante de muchas personas el día en que ocurrió, es de todo punto inadmisibile.

No se trata ahora del valor jurídico de esa confesion extrajudicial, ni se niega que el reo en uso de un derecho perfecto pudiese retractarla; pero es cierto que ella tuvo lugar, y considerada como un hecho que revela la lucidez de la razon en el procesado inmediatamente despues de ocurrir el suceso que nos ocupa, es imposible borrarla, pues que Dios mismo no puede suprimir del pasado los hechos que realmente han sucedido: *Deus infacta facere nequit, quæ facta sunt.*

Bien, pues, siendo cierto é indudable que el día mismo del suceso, á las pocas horas de haber tenido lugar el asesinato de Brígida Brian y la herida del procesado, éste, como autor de todo, refirió el hecho con varios detalles: aun cuando no se dé valor alguno jurídico á esa relacion, seria imposible prescindir de que en realidad Barret no habia perdido entonces la memoria.

¿Ha sido acaso el procesado mas sincero y mas verídico en las demas partes de su declaracion? No, ciertamente, pues es constante que en diversos puntos ha faltado de un modo manifiesto á la verdad, lo cual no puede menos de predisponer en su contra, induciendo una presuncion mas de criminalidad.

Dice por ejemplo, que hace cerca de cuatro meses que habia sido preso sin saber la causa de su prision, ni constarle la muerte de su mujer, aunque en el Hospital oyó decir que era muerta; cuando acababa de declarar asertivamente, su estado de viudez, y cuando á f. 6 consta por la diligencia del Escribano que en 7 de Junio del 77, es decir, tres dias despues del hecho, materia del proceso, se le notificó de órden del Juez la causa de su prision.

¿Diráse que Barret aun no habia recuperado la memoria? Si el actuario no lo hubiese notado en su acuerdo, se ha-



bria abstenido de notificarlo dando cuenta al Juez, y el testigo D. Tiburcio Martínez que suscribió á ruego suyo aquella diligencia, tampoco lo habria verificado, si hubiese creído que el procesado no se daba cuenta de lo que hacia.

Nadie ha advertido en el Hospital en Barret la supuesta enagenacion ó desmemoriamiento, ni aun el médico que lo asistia: allí no ha podido continuar usando bebidas alcoholicas, ni ha tenido tampoco ataque de *delirium tremens*. ¿De dónde provendria entonces la pérdida del recuerdo, de aquello mismo que ha pasado, cuando se hallaba ya en el Hospital?

Otra falta de verdad aun mas evidente en la declaracion de Barret, consiste en afirmar que nunca tuvo disgustos con su mujer, á pesar de convenir en que ambos se embriagaban; lo cual siendo de suyo inverosimil, resulta ademas completamente falso por el mérito del proceso, que no solo demuestra con plena evidencia el que esos disgustos han existido, sino que eran tan continuos, que podia decirse vivian los esposos en completa reyerta, habiendo trascendido esto no solo á las personas de la casa, sino tambien á la Policía.

Dice ademas el procesado no haber conocido al señor D. Juan Cameron, ni al Dr. Tagnole siendo asi que aquel vivia en su fonda, que él mismo le reveló el suceso de la muerte de su esposa inmediatamente de ocurrida, y que en consecuencia fué Cameron quien lo avisó á la Policía, habiendo sido el Dr. Tagnole el que le hizo la primera cura.

Sin peligro, pues, de equivocacion, se puede establecer, que la declaracion judicial de Barret; por la cual ha retractado la que tenia antes prestada á la Policía, no es sincera ni veridica, antes bien adolece de inexactitudes y falsedades manifiestas, que convencen de que en su relacion, solo ha tratado de ocultar el delito y evadir su responsabilidad.

APRECIACION DE LA PRUEBA

De todas maneras retractada la confesion del reo, segun



se reconoce que tenia derecho para hacerlo: y no habiendo existido testigos presenciales del hecho, podia preguntarse qué justificativos subsisten, y con qué datos se convence al procesado de haber sido efectivamente, autor del delito que se le imputa.

Subsiste lo que se llama *inferencia necesaria* de hechos innegables y bien constatados, fundada en que nadie mas que el mismo Barret pudo ser autor del crimen que se persigue, concurriendo á demostrarlo todas las circunstancias, y no existiendo en el proceso la mas leve indicacion en diverso sentido. Mittermayer, Parte 7ª, cap. 1º, pág. 351—Benthan «Pruebas judiciales» pág. 121.

Si la equidad resiste dar estricta aplicacion á la ley que hace responsable *prima facie* al dueño de casa en la cual se encuentra un cadáver con señales de muerte violenta, mientras aquel no dé una explicacion satisfactoria del hecho (ley 11, tit. 25, lib. 8º, R. C.) el buen sentido impone inevitablemente esa misma responsabilidad, al morador de una pieza donde aquello sucede, constando que él se encontraba entonces allí.

Pero, si ademas resultase que él solo se encontraba en la pieza con esa persona, momentos antes llena de vida y un rato despues asesinada, sin que aparezca que otro alguno haya entrado, ni podido entrar allí, entonces es imposible no dar asenso á la suposicion de que él es efectivamente el asesino, pues esa suposicion es una inferencia necesaria que se convierte en prueba legal, aceptada unánimemente por los criminalistas.—Tapia, «Febrero Reformado» tom. 7º, pág. 173, núm. 41. Mittermayer de la Prueba en materia criminal, Parte 7ª, cap. 3º, nota 10, pág. 362.

Ahora bien, la defensa para establecer que no pudo haber testigos presenciales del hecho, reconoce y afirma en términos espresos, que cuando aquel sucedió, se encontraban solos en su pieza, la infortunada Brígida y Barret su esposo, sin advertir que entonces viene á pesar sobre este toda la responsabilidad, desde que por consecuencia inevitable



resulta que él fué el matador: pues que nadie mas pudo serlo.

¿ Quién puede asegurar, pregunta el Defensor á f. 110, que mi patrocinado fuese el autor del homicidio, desde que nadie presenció el acto, y *él se encontraba solo en la habitacion* (con su esposa se entiende) *cuan-do se cometió?* En este caso plantear el problema equivale á resolverlo: en efecto, puede asegurar aquello todo el que pueda afirmar, como lo hace aquel, que cuando tuvo lugar el asesinato de Brígida, nadie mas se encontraba con ella que su esposo.

Agréguese todavia, que ocurriendo esto á la una de la noche, despues de haberse recojido todos en la fonda, incluso los esposos Barret y Brígida, la pieza en que dormian y en que tuvo lugar el asesinato, se encontraba cerrada con llave, y se advertirá que ni siquiera habria podido entrar allí otra persona alguna.

La tentativa de suicidio por parte de Barret, que habia empezado á degollarse con el mismo cuchillo con que acababa de dar muerte á su esposa, lo cual puede justificarse, no por meras inducciones, sino por datos positivos, es otro comprobante del delito que se le imputa.

En efecto ¿ por qué queria quitarse la vida, sino por la situacion en que se hallaba despues de haber asesinado á su muger, y para evadir la responsabilidad de su crimen, evitando la persecucion y los sufrimientos que le amenazaban de inmediato en pena de aquel? En una situacion semejante, el suicidio es presuncion legal de criminalidad. —Ley 24, tit. 1º, P. 7ª.

Se ha dicho que el intento de suicidarse por parte de Barret se justifica no solo por inducciones, sino tambien de un modo directo y positivo; y así sucede en realidad.

Prescindamos, si se quiere, de sus repetidas confesiones extrajudiciales por señales y por escrito, en que así lo manifestó expresamente, que el procesado ha retractado; siempre quedaria su innegable resistencia á admitir la curacion, que ponia su vida en manifiesto y evidente peligro, haciendo



continuar la efusion de sangre por espacio de veinte minutos mas.

« Puede afirmarse científicamente, dice, en su declaracion de f. 49 el Dr. Tagnole, médico que asistió á Barret en los primeros momentos, *que la herida que él presentaba, se la habia inferido él mismo* ». No cabe pues duda de que el procesado intentó suicidarse; y este hecho no teniendo otra explicacion que la de que trataba de evadir la responsabilidad penal de su crimen, demuestra á su vez, que él era el autor de la muerte de su esposa.

VARIAS REFLEXIONES

Cuando no existieran en contra del procesado las pruebas directas é invencibles que se acaban de mencionar, bastaria considerar su actitud y su conducta inmediata al suceso, para persuadirse que nadie sino él mismo, fué quien dió muerte á su esposa.

Efectivamente, y por mas que el Defensor suponga que la amaba con ternura, y que á pesar de pequeños disgustos, subsistia entre ellos el cariño conyugal, ninguna de cuantas personas se aproximaron á Barret desde el primer momento, en que el suceso de la muerte de Brígida fué conocido, notó en él la mas leve demostracion de sentimiento, de pesar, de dolor, ni de sorpresa.

A no haber sido él mismo el autor del hecho, era natural é indispensable el que se manifestase sorprendido de lo ocurrido y que tratara de explicárselo de alguna manera, procurando darse cuenta de los motivos, de los autores y del modo en que pudieron llevarlo á cabo, haciendo alguna indicacion, aventurando alguna conjetura, emitiendo, en fin, alguna reflexion por señas ó por escrito al menos, si no podia hablar.

Nada de esto ha hecho sin embargo, nadie ha notado en Barret, en esos momentos, la menor demostracion de que le preocupasen tales ideas: no precisaba ciertamente reflexionar para darse cuenta de los sucesos, ni necesitaba de



explicacion alguna para comprenderlos ; pues demasiado los conocia bajo todas sus fases.

No habiendo sido Barret el autor de los hechos que examinamos, éste debia hallarse en la misma casa, pues á esa hora la puerta de calle estaba cerrada sin duda, y una vez cometido el crimen habria procurado fugar ; mas esto tampoco se ha verificado, ni por la mañana faltaba persona alguna de las que habitaban la fonda.

Tambien la puerta de la pieza de Barret que daba al patio se hallaba cerrada por dentro; y habria sido necesario falsear la llave ó violentar la cerradura con grandes esfuerzos; siendo muy difícil que no quedase rastro alguno y que nada se sintiese al menos, por los que habitaban la pieza inmediata, aunque tampoco ha sucedido esto.

Nada se hace sin causa; y suponiendo á Barret inculpa-do en los hechos que ocurrieron, seria necesario indagar los motivos que pudieran inducir al asesino á perpetrar el crimen, esponiéndose á graves peligros si fuese sentido y á grandes castigos si fuese capturado.

¿Una venganza? No hay dato alguno para presumirla, pues no parece que los esposos hubiesen agraviado á nadie, ni tuviesen enemigos de quienes recelarla.

¿Un robo? No era necesario asesinar á personas dormidas, que nada habrian sentido, y que no opondrian resistencia : ademas nada faltaba en la pieza de Barret, y nadie ha notado el mas mínimo indicio de tal robo.

Toda suposicion pues, que tenga por base no ser Barret el autor del hecho, resulta desde luego inverosímil y absurda: con mucha razon observa por esto el Juez *á quo*, que nada induce á buscar al autor en una tercera persona, de cuya presencia fugaz y misteriosa, no resulta dato alguno.

ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

El primero consiste en que las LL. 8 y 12, tít. 14, P. 3, y 26, tít. 1º, P. 7, declaran que las pruebas en causa crimi-



nal, para que por ellas pueda condenarse al acusado, han de ser indudables y claras como la luz, escluyendo expresamente la de presunciones, que muchas veces no aciertan con la verdad.

Este argumento queda ya contestado de antemano, al distinguirse las presunciones ó congeturas que solo permiten traslucir la verdad con probabilidad, de las *inferencias necesarias* de hechos bien comprobados que la demuestran concluyentemente, y de los indicios infalibles que acreditan con certidumbre la existencia de un hecho anterior, como el parto es indicio de la cópula.—Goyena tom. 5º, Dro. Penal, pág. 629.

Si en lugar de meras sospechas, concurren como sucede en el caso presente, hechos y circunstancias tan íntimamente ligadas con el crimen que llegan á formar un convencimiento irresistible de que el acusado lo ha cometido, estos indicios entonces son verdaderas demostraciones y pruebas tan claras como la luz, aunque no haya confesion, documentos, ni testigos presenciales, y podrán servir muy bien de base, para imponer al reo la pena de su delito—Ley 25, tít. 19, lib. 2º del Código.

Dados los antecedentes del caso y la situacion inmediatamente subsiguiente, segun se desprende de las declaraciones de muchos testigos, habiendo quedado solos en la misma pieza Barret y su esposa; no habiendo entrado alli otra persona alguna; y resultando aquella asesinada al lado de este; nadie sino él, es claro, puede ser el autor del asesinato.

Al declarar el art. 91 del C. P. vigente que ninguna presuncion por vehemente que sea, puede dar lugar á la imposicion de pena capital, de que ahora no se trata, claramente induce á admitir á *contrario sensu*, que muy bien puede motivar la imposicion de cualquier otra pena; pues la escepcion supone contraria la regla general: *exceptio firmat regulam in contrarium*..

SEGUNDO ARGUMENTO



El segundo argumento del Defensor en favor de la inocencia del procesado, se funda en que siendo este un hombre entregado á la bebida, se pretende que el mismo año 77 en que tuvo lugar el asesinato de su esposa, y poco antes que ocurriera tal suceso, Barret habia padecido *delirium tremens*, de la cual enfermedad, segun informe que presenta, lo curó un médico residente ahora en Flores.

Habiendo pues, continuado, se dice, en el vicio de la embriaguez, que es la causa de aquella enfermedad; y constando que la misma noche en que fué muerta su esposa, Barret habia estado tomando cognac, no es estraño que esto le produjese un nuevo ataque, y es posible tambien que durante la enagenacion, asesinase inconscientemente á su mujer, tratando de matarse el mismo.

La tentativa de suicidio, segun el Defensor, siendo un acto contra el instinto de propia conservacion, muy natural y poderoso en todos los seres vivientes, denotaria tambien en Barret la perturbacion de sus facultades intelectuales, corroborando esta presuncion el antecedente de la enfermedad de que habia padecido.

No puede admitirse, ni seria fundada esta manera de raciocinar: por mas poderoso que sea en verdad el instinto de la propia conservacion, el hombre en uso de su libertad y por la energia de su voluntad, puede sobreponerse y se sobrepone á el realmente (Ahrens «curso de Derecho Natural» Parte Especial, cap. 1º, § 2, páj. 111) poseyendo el triste privilegio de atropellar las leyes de la naturaleza; y siendo el único animal que llega hasta atentar contra su vida.

Este hecho no denota locura, sino mas bien perversidad ó extravio en las ideas, por la influencia de las pasiones y falta de principios morales, estándó averiguado por las mejores estadísticas entre otras, la de Block que apenas una tercera



parte de los suicidios provienen de enagenacion mental, siendo los demas efectos de la desesperacion.—Tratado de Estadística, Lib. 4º, cap. 16, § 4º, pág. 479.

El informe médico del Dr. Fernandez corriente á f. 122 destruye completamente y echa por tierra la hipótesis de enagenacion mental del procesado, que ni en la actualidad padece *delirium tremens*, ni presenta síntoma ó indicio alguno de haberlo sufrido en otro tiempo.

Segun el Dr. Fernandez, esta enfermedad tiene síntomas característicos que le son propios, y que consisten en la apariencia enfermiza y la vision errónea de animales de formas repugnantes, que asaltan al enfermo en medio de la noche, produciendo un terror formidable y el delirio.

En el dominio del oído, voces extrañas de timbre especial, agitan durante la noche al enfermo, profiriendo amenazas y murmuraciones, que agitan é incitan el espíritu del alcoholista, á tal punto que se cree perseguido y rodeado de enemigos que atentan á su vida.

Ahora bien, en Barret no se manifiesta uno solo de estos síntomas, no se notan en él tales alucinaciones, ni conserva memoria de haberlas tenido jamas, á pesar de que produciendo grandes y numerosos sufrimientos, dejan siempre algunos vestigios y dolorosos recuerdos difíciles de borrarse enteramente.

TERCER ARGUMENTO

El tercer argumento del Defensor se funda en el estado de beodéz de Barret, cuando se supone cometido el asesinato de su esposa, de suerte que, á haberlo ejecutado en realidad, habria procedido inconscientemente, sin darse cuenta de lo que hacia: y por lo mismo no deberia responsabilizársele, pues segun aquel se ha de eximir al beodo de toda pena.

Para probar esta tésis, aduce la ley 6ª, tit. 2, P. 7ª, que hablando de las injurias hechas al Rey, por alguno *con beodez* ó *seyendo desmemoriado ó loco* ordena que no se le imponga



pena de ninguna clase : mas esta disposicion legal es especial para el caso á que se refiere, y no puede generalizarse su doctrina.

En las monarquías por la necesidad de conservar al Rey rodeado de prestigio, se consideran delitos graves las injurias que se le hagan, aunque solo sean de palabra, pero como los insultos de un beodo no pueden menoscabar en nada la reputacion, con mucho acierto se han despreciado, sin que deba hacerse esto mismo con los delitos ó crímenes que pueda cometer.

Invoca tambien el Defensor la declaracion contenida en el inciso 3º del art. 148 del Código Criminal, de que no se halla sujeto á pena el individuo que cometa un acto criminal, « siempre que haya sido resuelto y consumado en una perturbacion cualquiera de los sentidos ó de la inteligencia, no imputable al agente y durante la cual, éste no ha tenido conciencia de dicho acto ó de su criminalidad ».

Pero ¿ quién ha dicho que la beodéz voluntaria no sea imputable al que se embriaga y en ese estado comete un delito ? Es cierto que mientras ella dura, el agente careciendo de la conciencia de sus actos, no puede tener voluntad criminal; pero en un ser inteligente es un verdadero delito, abdicar su dignidad y despojarse voluntariamente de la razon, que es la que caracteriza al hombre, distinguiéndolo de los brutos.

Por eso ciertas Legislaciones, lejos de escusar el delito cometido en la beodéz, le imponian al contrario doble pena, á saber : una por el delito principal y otra por la embriaguez voluntaria.—Tissot, Derecho Penal, lib. 1º, cap. 4º, § 4º.

Agrega el Defensor, y lo repite con mucha frecuencia, creyendo que esta circunstancia puede aumentar el efecto atenuante de la embriaguez, que el procesado Barret es un beodo consuetudinario : sucede empero, segun Derecho, todo lo contrario ; pues la calidad de habitual en la embriaguez, es mas bien capaz de desvirtuar las consideraciones, que la hacen aceptar como atenuacion en los delitos.

Así es que, aquellas mismas Legislaciones que admiten la



embriaguez por circunstancia atenuante de los delitos, pues ninguna la acepta por excusa completa, segun pretende equivocadamente el Defensor, suelen exceptuar el caso de que la beodéz fuese habitual ó afectada, que solo tuviese por objeto ocultar la premeditacion.

Hablando Pacheco de la embriaguez habitual, se expresa en estos términos : « Quien de ella se encuentra poseido, ni por indulgencia puede reclamar la irresponsabilidad de sus obras. Total y parcialmente se la niega la ley. No hay para él justificacion ni atenuacion. Y la ley obra en esto, si con severidad, tambien y sin duda alguna con justicia. Los vicios no han de ser causa para eximirse de la responsabilidad de los crímenes.—Código Penal comentado, art. 9º, inc. 6º, número 7.

Por conclusion de este punto, es de observar que el Defensor, si bien ha justificado que Barret la noche del suceso y poco antes de que tuviera lugar, habia tomado un poco de cognac, no ha demostrado en manera alguna que hubiese perdido de todo punto el sentido, ni los datos que suministra el proceso permiten tampoco suponerlo, mientras que para que la embriaguez atenué el delito es necesario que sea completa.—Escrich, Dic., v. embriaguez.

Al contrario, Catalina Moldecz á f. 36 vta., declara que aquella noche al retirarse Barret á su pieza, que por las indicaciones que hace serian ya mas de las doce, no estaba borracho ; y aunque parece que continuó bebiendo, pues se llevó la botella, por el corto tiempo que transcurrió hasta el asesinato de su esposa, que debió ocurrir antes de la una, no puede admitirse que la beodéz fuese ya completa.

Esto se deduce tambien de la declaracion del Dr. Tagnole, que al hacerle la primera curacion á Barret, si bien es cierto que le notó olor á licor, no consideró completa la embriaguez, pues solo dice que *éste se hallaba un poco beodo*, habiendo bebido quizás, para excitarse á la ejecucion del crimen.

En este particular hay que tomar tambien en cuenta que



el procesado era un hombre fuerte para la bebida, como él mismo se lo manifestó al médico Dr. Fernandez, segun el informe de f. 102, diciéndole : que el alcohol *nunca llegaba á postrarlo y á ponerlo en completo estado de beodéz.*

Hay que agregar en fin, la observacion muy justa y muy exacta del Juez del Crimen, basada sobre un hecho afirmado por varios testigos, que Barret mientras se hallaba con el médico que le hizo la primera curacion, no pudiendo hacerse entender, por la dificultad que tenia para hablar, pidió papel, y en él escribió lo que queria decir, pues esto revela sin duda alguna que su inteligencia no se hallaba ofuscada.

CUARTO ARGUMENTO

El último argumento del Defensor contra la graduacion de la pena hecha en la sentencia apelada, se funda en los celos de que supone se hallaba poseido el procesado respecto de su esposa, á la cual amaba, segun dice, tiernamente y hasta con delirio : esta suposicion es un sarcasmo que contrasta horriblemente, con la actitud de Barret momentos despues de haber sido muerta aquella ; actitud la mas fria é indiferente como se ha observado.

Para explicar esos celos, Barret ha forjado una historia que viene á servirles de base ; dice pues, haber concebido sospechas á cerca de la conducta de su esposa, cuyo origen era que durante el sueño, queriéndola despertar ella le habia rechazado, pronunciando el nombre de Pedro, individuo que habitaba la misma casa ».

« Que sus sospechas se robustecieron á consecuencia de que habiéndose despertado una mañana muy temprano, notó que su muger no estaba en el lecho, por lo cual se levantó de la cama y al pasar á la otra pieza, vió que el inquilino Pedro salia de ella para el patio ; quedando allí su muger y dos vasos de cognac sobre la mesa : que la reprendió fuertemen-



te, por su conducta sin tomar una determinacion seria ; pues él deseaba pillarla infraganti ».

No hay antecedente alguno en todo el proceso, ni la mas ligera indicacion que apoye la relacion de Barret respecto á sus celos : Brigida Brian, en cuanto á su conducta moral, gozaba segun parece, buena opinion : pues nadie ha dicho cosa alguna contra ésta : y no seria razonable admitir sin justificativos de ninguna clase, la verdad de un hecho como el que relata el procesado, que rebelaria en ella un grado de audacia y de cinismo poco comun.—Ley 51, D., pro-sócio Benthon Pruebas Judiciales, páj. 245.

Desde luego ocurre : que un marido que ama á su esposa con ternura y con delirio, no desea por cierto *pillarla infraganti* ; que un hombre celoso no abandona, como él lo hizo á su muger en el circo, sin volver mas por ella, y dejándola que se viniese como pudiera, tarde de la noche ; ni le cierra la puerta de calle, como tambien lo habia verificado alguna vez Barret, obligándola así á dormir en la Policia.

Mal se avienen los celos del procesado con su inquilino Pedro y el hecho de haberlo conservado, sin despedirlo ; y mucho menos con lo que declara Catalina Moldeez á f. 37 vta., que al volver con Brigida del circo, la noche del suceso, lo encontraron jugando á los naipes, con ese mismo Pedro, de quien debia hallarse tan ofendido y que debia serle tan odioso.

RECTIFICACIONES Y OBSERVACIONES

Para no alterar el órden de esta exposicion, y por no haber tenido hasta ahora oportunidad de emitirlas, hemos preferido reservar para este lugar, algunas observaciones sobre ciertos puntos especiales de la defensa, y la rectificacion de algunos hechos afirmados en ella.

No es exacto, propriamente hablando, que el Dr. Tagnole,



al decir en su declaracion, que él no oyó á Barret reconocerse autor de la muerte violenta de su esposa y de su propia herida, contradiga á los testigos Diana y Mejías, quienes habian afirmado : que en presencia de aquel, el procesado por señas manifestó lo indicado ; pues estas cosas no son realmente contrarias.

Aunque hubiese sucedido efectivamente, lo que deponen los enunciados testigos, bien ha podido decir el Dr. Tagnole, que él no lo oyó ; porque la forma en que aparece haber sido interrogado, le ha permitido declarar en favor del reo, sin faltar á la verdad ; aun en el supuesto de haber presenciado las señas mencionadas.

No es cierto tampoco, como lo da á entender el Defensor con referencia á la declaracion de Catalina Moldeez, que la noche del suceso, las puertas de la pieza en que vivia Barret con su muger, quedasen abiertas ; lo cual en algo desvirtuaria sin duda las observaciones de la acusacion.

Lo que ha declarado la expresada Catalina Moldeez, es que cuando se levantó, una de las puertas de aquella pieza se encontraba abierta, y ella vió la escena que se presentaba en el interior, los dos esposos tendidos en el lecho conyugal, el uno muerto violentamente ; el otro herido y bañado en sangre.

Pero, la puerta á que esa declaracion se refiere, era sin duda la que comunicaba aquella pieza ó dormitorio por el interior, con la del lado, que ocupaban unos ingleses y que Barret les golpeó, llegando hasta ella, para avisarles lo que ocurría ; siendo constante que estos entraron al dormitorio, cuya puerta de comunicacion debió quedar abierta.

La defensa prometió mejorar la prueba referente á la completa beodéz del procesado en la noche del suceso ; y sin embargo no lo ha verificado ; ofreció así mismo probar la enemistad de Catalina Moldeez con Barret ; y tampoco lo ha realizado.

Tacha la declaracion, por su singularidad, sobre que este

no estaba beodo, alegando el proverbio jurídico: *testis unus, testis nullus*; mas ese principio en el caso *sub judice* es mal aplicado; pues aunque tal declaracion fuese aislada, lo que no sucede, siempre seria importantísima.—Bonnier, « Tratado de las pruebas » tom. 1º, N° 342, páj. 389.

Como el estado de irresponsabilidad al cometer el delito, no se presume por Derecho, á quien alegue que cuando delinquiró se encontraba del todo beodo, es al que le incumbe esa prueba, (C. P. art. 159) si bien no debe exigirse una justificacion completa, y le bastaria quizá una sola declaracion; pero si esta en vez de favorecerle, contradice sus asertos, es claro que le perjudicará sobremanera, produciendo su condena sin atenuacion de la pena.

Supone el Defensor que las leyes de Alemania prescriben al Juez estar á la declaracion del reo, tal como la hace, mientras no se justifique su falsedad; si con esto se quiere decir, que no existiendo otra prueba del delito que la confesion del procesado, ésta debe considerarse indivisible, y tomarse en todas sus partes, la doctrina es admisible; pero no lo seria si se pretendiese darle otro alcance, ó hacerse de ella diversa aplicacion.—Mittermayer « de la Prueba en materia criminal »—Parte IV, cap. VI, páj. 238.

CONCLUSION

V. E. va á ocuparse de un crimen atroz, que quebrantando el Derecho divino y humano, escarnece las leyes sacrosantas de la moral, y ataca directamente á la sociedad, disolviendo la familia que es su base; el cual merece por tanto ser reprimido con el mas severo castigo.

Un hecho tal como el que motiva esta causa, contiene un exceso de ferocidad, pues que ésta se emplea en un ser débil y digno por esto en todo sentido de commisericion, envolviendo tambien gran deslealtad, porque la mujer, al entregarse sin reserva al hombre que acepta por





esposo, le confia su destino, y lo hace creyendo en el constante amor y los esmerados cuidados que se le prometen.

Mas en el caso presente ha mediado tambien, verdadera alevosía en la acepcion rigurosa de la palabra, por haber asesinado el marido á su esposa, mientras ésta, confiada en la proteccion que él le debia, descansaba tranquila en el lecho conyugal, esperando quizás las caricias á que tenia derecho.

Nuestras antiguas leyes equiparaban al parricidio el hecho de dar muerte el marido á su mujer ; y esta resolucion no carecia seguramente de fundamento, siendo en verdad mayor el amor que la naturaleza inspira al hombre hácia su esposa, que el que se profesa á los padres.

La escritura dice y lo confirma una constante experiencia, que por aquella dejaria el hombre á su padre y á la madre, para unirse á la muger completando su ser, y formando con ella una sociedad íntima é indisoluble.

El Código Penal vigente, procediendo con menos filosofia, decide en diverso sentido del de las leyes que nos han regido anteriormente ; y considerando sin duda menores los deberes de los esposos entre sí, que los que existen para con los padres, castiga el delito de que se trata, si bien con mas rigor que el homicidio simple ó comun, con menos pena sin embargo que el parricidio.

Así resulta contradecirse nuestra Legislacion en sus diversos ramos ; pues al mismo tiempo el Código Civil, en las herencias abintestato, fundadas, como se sabe, en el cariño presunto del finado, llama á la muger junto con los padres, y lo que es mas en concurrencia con los hijos, que son siempre preferidos á aquellos.

Se ha equivocado por tanto el Juez del Crimen al establecer que el delito, materia del proceso, no admite legalmente motivo alguno de atenuacion, porque esta disposicion es propia esclusivamente del parricidio, existiendo efectivamente en el caso *sub judice*, la consideracion de haber durado

el proceso mas de dos años, que impide la aplicacion de la pena capital.

El Fiscal invocando pues los artículos 207 y 172 del Código que concuerdan en su resultado con la disposicion del 212, el cual establece para el que mate á su cónyuge, la pena de presidio ó Penitenciaria por tiempo indeterminado, que es tambien la impuesta al procesado James Barret por la sentencia apelada, concluye solicitando en justicia su confirmacion.



VISTA XXXI

ASESINATO DE UNA MUGER POR SU MARIDO

SUMARIO:

Esta causa versa sobre un hecho excepcionalmente horrendo y que reviste caracteres odiosísimos—Reflexiones filosófico-sociales sobre la propension al mal, de la naturaleza humana—Relacion detallada del suceso que sirve de materia al proceso de que se trata—Exámen de la defensa, que consiste en suponer que el reo, al cometer el delito, se hallaba en estado de enagenacion mental—La conducta del procesado, aunque demuestra excesiva y extraordinaria ferocidad, no revela indicio alguno de locura—Crítica del primer informe médico que considera al encausado loco á medias; siendo moralmente responsable pero no acreedor á la pena capital—Impugnacion de los otros certificados facultativos mediante los cuales se declaró alienado al reo, y se suspendió el curso de la causa—Se hace notar y se demuestra la facilidad con que se expiden tales certificados, cuando se trata de salvar la vida al delincuente—Se recuerda un ejemplo reciente en que, declarado loco un criminal por informes de los médicos, se descubrió despues que todo era superchería—Otro tanto ha ocurrido en el caso presente: pues una circunstancia casual ha venido á demostrar con evidencia, que la supuesta alienacion del procesado era una gran impostura—Desconfianza con que los Jueces deben aceptar tales informes, para no exponerse á incidir en groseros errores, y á desempeñar un papel bien desairado.

Exma. Cámara :—El Fiscal en la causa criminal seguida de oficio contra Irineo Gainza, por haber asesinado á su esposa Gregoria Molina, en esta ciudad el 7 de Setiembre de 1871 ; instruido por la vista que se le ha comunicado del mérito del proceso, y contestando la expresion de agra-





vios hecha por el Defensor de la sentencia que condena á su patrocinado, como autor responsable del referido delito, dice : que V. E. obrando en justicia, se ha de servir confirmar la resolucion apelada, y condenar al reo á presidio por tiempo indeterminado, con reclusion solitaria de treinta dias en los aniversarios del crimen ; eximiéndolo de la pena capital, en consideracion al tiempo que ha transcurrido desde que aquél se cometió.

I

Se trata, Exma. Cámara, de un suceso horrible, de un crimen verdaderamente atroz y con detalles espantosos, el cual suscita las mas tristes y amargas reflexiones sobre la perversidad del hombre, cuando rompiendo todo freno moral, y cerrando su corazon á todo sentimiento generoso, se abandona al ímpetu ciego de pasiones bravías que ofuscan su entendimiento, y lo convierten á veces en una fiera sangrienta ó en un monstruo digno de execracion, por cuanto rebaja nuestra especie presentándola degenerada y envilecida, hasta donde no es posible imaginarlo.

Apropósito de un hecho tan bárbaro y repugnante, como el de que vamos á ocuparnos, ocurrido sin causa alguna ostensible, ni motivo aparente que lo explique, se ha filosofado mucho en esta causa, en el sentido de las ideas filantrópicas dominantes.

El hombre, se ha dicho, es bueno por naturaleza : y su voluntad no se mueve sin algun estímulo que la escite, el cual no ha existido esta vez, capaz de producir el trágico y lamentable suceso que sirve de materia al proceso : Gainza, pues, en el ejercicio de su razon, no habria concebido una resolucion tan funesta, ni ejecutado un crimen tan atroz y abominable ; debiendo suponersele de consiguiente, fuera de su juicio al cometerlo.

Tales teorías son completamente inexactas y equivocadas ; pues la naturaleza humana se encuentra viciada ó perversa



tida en su origen ; el hombre es concebido en pecado ; y su corazon se halla inclinado al mal desde la adolescencia : de aquí esa confusa mezcla que en él se nota, de grandeza y de pequeñez, de elevacion y de bajeza, de magnanimidad y de miseria, de heroismo, en fin, y de la mas despreciable ruindad.

De allí tambien, esa lucha constante que cada uno observa en sí mismo, y que le atestigua su propia conciencia, entre la aspiracion á la virtud y la tendencia al vicio, entre la razon y los apetitos, entre las pasiones y el deber ; lucha y oposicion, que no tienen, otra explicacion, que la de que las facultades del hombre se encuentran desequilibradas.

Cuando esto no fuese un dogma revelado, lo demostraría una continua esperiencia, que hacia decir á Job que la vida humana era una especie de milicia ; que obligaba á San Pablo, á declarar, que sentia en su cuerpo una ley que contradecia la de su espíritu ; y que, por último, arrancaba á uno de los antiguos poetas, la queja de que no realizaba el bien que deseaba, y ejecutaba el mal que aborrecia ; pues conociendo lo mejor y aprobándolo, obraba sin embargo lo peor.

Aunque la voluntad no se mueve efectivamente, sin motivos, á querer ó rechazar una cosa, estos motivos, muchas veces, menos que en los estímulos exteriores, consisten en los impulsos de un corazon corrompido, que á su vez obedece espontáneamente á sus propias tendencias desarregladas.

Viéndolo bien, todo el que delinque es un loco, pues no obra ciertamente en razon y con cordura, al preferir los consejos del egoismo y la satisfaccion momentánea de las pasiones, que solo presenta un goce efímero y engañoso, produciendo siempre un amargo dejo, á lo que exigen la naturaleza racional del hombre en la vida social y la realizacion de los fines providenciales de la creacion.

Mas esta especie de locura, por desgracia demasiado comun, es insuficiente á producir la irresponsabilidad moral : porque proviene solamente de ligereza, y consiste en la falta

de reflexion, que aun siendo como son culpables, no dejan, segun la opinion de un ilustre filósofo, de ofrecer la observacion consoladora de que, en los mas graves delitos, suele haber parte de niñeria.



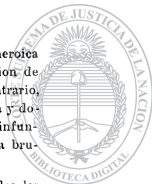
I I

El exponente pide disculpa de haberse demorado en las reflexiones que preceden, antes de referir el hecho, materia de la causa, tal cual resulta del proceso ; pues que no le era posible relatarlo impasiblemente ; y porque ademas, aquellas han sido provocadas por las consideraciones filosófico sociales que abundan en la defensa.

El procesado es un hombre siniestro, de carácter sombrío y de perversa reputacion : casado con Gregoria Molina: tenia cuatro hijitas, todas pequeñas y la última todavia de pechos, que criaba la misma madre ; viviendo toda la familia en una sola pieza, que ocupaba en el segundo patio de la casa, calle Rio-Bamba N° 40.

Cuando tuvo lugar el suceso de que se trata, que fué en 7 de Setiembre de 1871, hacia año y medio que Gainza no trabajaba en cosa alguna, y permanecia en la mas completa ociosidad, dedicado á la bebida, constituido en un aislamiento absoluto y entregado sin duda, á lúgubres preocupaciones que engendra la imaginacion en semejante estado: sin salir á parte alguna, sino en las noches oscuras, en las cuales regresaba tarde.

A su esposa por el contrario, se la supone una muger virtuosísima, humilde, sufrida y trabajadora ; pues, á pesar de que criaba, sostenia la familia y á su propio marido, cocinando, lavando y planchando ; sin que nadie refiera haberle escuchado una sola queja, ni aparezca tampoco, pues que se hallaba resignada á su suerte, que tratase de adoptar medida alguna para salir de situacion tan penosa y desgraciada.



Parece que una conducta tan prudente, meritoria y heroica debiera haberle conciliado el cariño y aun la admiración de su marido : no sucedió así sin embargo, antes al contrario, éste, exasperado sin duda continuamente por la bebida y dominado por sospechas ó aprensiones, aunque del todo infundadas, le habia cobrado un odio profundo ; la trataba brutalmente, y la hacia sufrir verdaderos tormentos.

Baste decir que aquella infeliz muger dormia todas las noches atada con una cadena de fierro ó los piés de la cama ; que una vez hubo de sacarla á las quintas para matarla, y solamente la dejó á ruegos de las niñas ; y en fin, que seis dias antes del suceso que nos ocupa, le descerrajó un tiro de revolver, que por fortuna le erró, dejando la bala sus señales en la pieza.

Llegamos ahora al término de esta tragedia inverosímil ó increíble, á pesar de los tristes presagios que hemos relacionado, si no se hallase de todo punto esclarecido y comprobado el hecho.

En la referida noche del 7 de Setiembre, irritado siempre Gainza con su esposa y excitado quizá por la bebida ; pues no se sabe por qué, ni que hubiese mediado motivo especial de disgusto ; y él solo dice que lo tenia aburrido con habladurias ; que de continuo vivia receloso de sus acechanzas ; para lo cual no tenia fundamento alguno, con nuevos tormentos, puso término al martirio de su víctima.

En uno de sus arranques salvages de ira, arrebatando á su esposa de los brazos, la niña á que daba de mamar y en presencia de otras dos de sus hijitas, le disparó un balazo, y le causó con él una herida, la cual vertia abundante sangre ; pero que á pesar de eso, no era mortal.

En seguida, y sin haberse ella vendado siquiera la herida, aunque esto sucedia á una hora avanzada de la noche, le mandó que cebase mate ; lo cual hubo de ejecutar humildemente ; mas al traer y llevar el mate, iba dejando naturalmente un reguero de sangre, que empezando desde



el brocal del pozo, donde sin duda lo cebaba, terminaba en la pieza, que ocupaban.

El sereno y el comisario de policia se habian apercebido de la detonacion del tiro, y buscaban el lugar en que se hubiese disparado, cuando fueron llamados por los sildidos de pito pidiendo auxilio, que partian de la casa que habitaba Gainza, y eran dados por la dueña D^a Liberata Bazabe: dirigiéndose allí desde luego los espresados agentes.

Apenas aquel advirtió que abrian la puerta de la calle, se apresuró á encerrarse cerrando la suya ; pero como dichos agentes de Policia, entrando al segundo patio y encendiendo luz, notasen el reguero de sangre que iba á la pieza de Gainza ; y aun hallasen tambien charcos de sangre en ciertos puntos, aproximándose á ésta, le ordenaron que abriese ; pues querian saber de que provenia aquella sangre,

Gainza les contestó que no era nada : que se le habia disparado un tiro, y lastimándose ligeramente ; pero que ya su mujer lo estaba curando. Uno de los agentes le oyó tambien hablando con esta por lo bajo, las palabras siguientes: « Contéstales tú ; y diles que me estás curando ». Ella lo hizo realmente, y con voz apagada repitió lo que acababa de manifestarles su marido.

No satisfechos aquellos con la respuesta, le intimaron nuevamente abriese la puerta, amenazando con echarla abajo: entonces se oyó un segundo disparo dentro de la pieza: ellos forzaron las puertas, y en esos momentos Gainza alzando de sobre le mesa un gran cuchillo, atropelló é intentó salir ; mas oponiéndosele el comisario, que le tiró un puntazo con la espada, aunque sin alcanzar á herirlo, se rindió inmediatamente y se dió á preso.

Al penetrar en la pieza los agentes de Policia, que entraron efectivamente en el acto, encontraron un cuadro el mas horrendo y aterrante : la desgraciada esposa de Gainza, con un ojo reventado de un balazo, yacía tendida sobre la cama, y se estremecia en las convulsiones de la agonía ; mientras

varias de sus tiernas hijitas rodeaban espantadas aquel lecho fúnebre.

Hay mas aun : preguntándole el comisario á Gainza, si no habia tenido lástima de aquellas criaturas, le declaró, que la mayorcita solo por no haberse hallado presente, habia escapado de correr la misma suerte que la madre, y que su intencion era matarlas á todas.

¡ Tal es, Exma. Cámara, el crimen cometido y tal el mónstruo que lo ejecutó ! ; Casos hay ciertamente, en que la justicia parece no satisfacerse sino con el talión, pues que el delito no se puede lavar sino con la sangre del culpable ! Pero la accion del tiempo, á que nada resiste, ha pasado en cierto modo la esponja del olvido sobre este suceso ; y si no hubiese conseguido borrarlo enteramente de la memoria, lo ha desvirtuado mucho sin duda.

Es verdad que al estudiarse de nuevo, los detalles hacen hervir la sangre, y erizar el cabello, sublevando la indignacion ; mas ésta se calma luego al recuerdo de once años de suplicio y de continuo martirio del criminal, entregado en todo ese espacio de tiempo, á la tortura de crueles remordimientos ; la piedad se escita, y ésta no puede menos de sobreponerse al fin.

Es forzoso que así suceda, desde que se admita la creencia consoladora y humanitaria, de que no hay criminal absolutamente incorregible, ni falta alguna moral, por grave que sea, que no alcancen á expiar las lágrimas del arrepentimiento ; siendo por esto la desesperacion, la mayor de todas ellas.

III

No puede sin embargo el Fiscal ir hasta reconocer la inocencia del procesado, aceptando su irresponsabilidad, con reconocer la escepcion opuesta de alienacion ; pues agravaria en ello la verdad y la justicia, y ofenderia tambien la memoria de la víctima ; estando tan convencido de la





criminalidad del reo, que se siente tentado de aplicarle los conceptos, con que allá en el principio del mundo, fué interpelado el primer fraticida : ¿ Qué has hecho ? *¿ La sangre de tu esposa está clamando justicia desde la tierra ?*

No ! Digan lo que quieran los informes médicos, el procesado, cuando delinquiró, no se hallaba fuera de su juicio: así lo revelan los antecedentes, como las circunstancias concomitantes y subsiguientes al hecho, constatadas por el mérito general del proceso. A las conclusiones de los representantes de la ciencia poco conformes entre sí esta vez, opondremos pues, los dictados del buen sentido, que aquella no puede contrariar seguramente.

Respetando como se merece la ciencia médica, y sin ofensa alguna de los que la profesan, al estimarse practicamente los datos que con frecuencia suministran á los Tribunales del Crimen, es imposible dejar de observarse : que desprestigiada la pena capital por la propaganda de ideas humanitarias ; y por el contrario, popularizados los principios abolicionistas, para eximirse el reo de aquella pena, ya sea que en justicia le corresponda ó nó, rara vez deja de encontrar apoyo en informes mas indulgentes que exactos.

La alienacion ha llegado así á ser la defensa ordinaria de todos los delitos capitales, que por la evidencia de los hechos y por su propia enormidad, ninguna admiten. El sentido comun, sin embargo aconseja prudentemente, desconfiar de esas locuras momentáneas é improvisadas, que ni se manifiestan antes de haberse cometido el delito, ni tampoco duran despues, sino el tiempo que conviene paralizar la causa, para imposibilitar la aplicacion de la indicada pena, haciendo olvidar el crimen y su atrocidad.

Gainza por ejemplo, jamas antes del suceso que motiva su causa manifestó sintoma alguno de locura, aunque sí, rasgos de perversidad ; ni declarada aquella judicialmente por dictámen de los facultativos, ha subsistido sino hasta que el mismo reo encontró ya conveniente, promover la prosecucion de su mencionada causa; paralizada muchos

varias de sus tiernas hijitas rodeaban espantadas aquel lecho fúnebre.

Hay mas aun : preguntándole el comisario á Gainza, si no habia tenido lástima de aquellas criaturas, le declaró, que la mayorcita solo por no haberse hallado presente, habia escapado de correr la misma suerte que la madre, y que su intencion era matarlas á todas.

¡ Tal es, Exma. Cámara, el crimen cometido y tal el mónstruo que lo ejecutó ! ; Casos hay ciertamente, en que la justicia parece no satisfacerse sino con el talión, pues que el delito no se puede lavar sino con la sangre del culpable ! Pero la accion del tiempo, á que nada resiste, ha pasado en cierto modo la esponja del olvido sobre este suceso ; y si no hubiese conseguido borrarlo enteramente de la memoria, lo ha desvirtuado mucho sin duda.

Es verdad que al estudiarse de nuevo, los detalles hacen hervir la sangre, y erizar el cabello, sublevando la indignacion ; mas ésta se calma luego al recuerdo de once años de suplicio y de continuo martirio del criminal, entregado en todo ese espacio de tiempo, á la tortura de crueles remordimientos ; la piedad se escita, y ésta no puede menos de sobreponerse al fin.

Es forzoso que así suceda, desde que se admita la creencia consoladora y humanitaria, de que no hay criminal absolutamente incorregible, ni falta alguna moral, por grave que sea, que no alcancen á expiar las lágrimas del arrepentimiento ; siendo por esto la desesperacion, la mayor de todas ellas.

III

No puede sin embargo el Fiscal ir hasta reconocer la inocencia del procesado, aceptando su irresponsabilidad, con reconocer la escepcion opuesta de alienacion ; pues agravaria en ello la verdad y la justicia, y ofenderia tambien la memoria de la víctima ; estando tan convencido de la





criminalidad del reo, que se siente tentado de aplicarle los conceptos, con que allá en el principio del mundo, fué interpelado el primer fratricida : ¿ Qué has hecho ? ; *La sangre de tu esposa está clamando justicia desde la tierra ?*

No ! Digan lo que quieran los informes médicos, el procesado, cuando delinquiró, no se hallaba fuera de su juicio: así lo revelan los antecedentes, como las circunstancias concomitantes y subsiguientes al hecho, constatadas por el mérito general del proceso. A las conclusiones de los representantes de la ciencia poco conformes entre sí esta vez, opondremos pues, los dictados del buen sentido, que aquella no puede contrariar seguramente.

Respetando como se merece la ciencia médica, y sin ofensa alguna de los que la profesan, al estimarse practicamente los datos que con frecuencia suministran á los Tribunales del Crimen, es imposible dejar de observarse : que desprestigiada la pena capital por la propaganda de ideas humanitarias ; y por el contrario, popularizados los principios abolicionistas, para eximirse el reo de aquella pena, ya sea que en justicia le corresponda ó nó, rara vez deja de encontrar apoyo en informes mas indulgentes que exactos.

La alienacion ha llegado así á ser la defensa ordinaria de todos los delitos capitales, que por la evidencia de los hechos y por su propia enormidad, ninguna admiten. El sentido comun, sin embargo aconseja prudentemente, desconfiar de esas locuras momentáneas é improvisadas, que ni se manifiestan antes de haberse cometido el delito, ni tampoco duran despues, sino el tiempo que conviene paralizar la causa, para imposibilitar la aplicacion de la indicada pena, haciendo olvidar el crimen y su atrocidad.

Gainza por ejemplo, jamas antes del suceso que motiva su causa manifestó sintoma alguno de locura, aunque si, rasgos de perversidad ; ni declarada aquella judicialmente por dictámen de los facultativos, ha subsistido sino hasta que el mismo reo encontró ya conveniente, promover la prosecucion de su mencionada causa; paralizada muchos



años con motivo de la mencionada declaratoria de su alienacion.

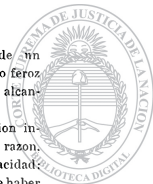
Su constitucion física no revela predisposicion á la locura, ni aparece tampoco que en su familia haya habido algun otro alienado ; siendo de notarse el que los médicos que lo declararon maniático, hasta ahora no han podido determinar la clase de monomanía que padece ; limitándose á decir que sufría alucinaciones, que le hacian temer por su vida, creyéndose siempre perseguido.

¿ Es acaso monomanía homicida ? No ; porque ni antes, ni despues del suceso materia de esta causa, ha cometido ni intentado cometer otro hecho alguno sangriento, ni él mismo dice siquiera haber tenido impulsos de ejecutarlo ; habiendo permanecido perfectamente tranquilo varios años, tanto en la Penitenciaría, como en el Hospicio de Alienados ; sin notársele un carácter irascible, ni arranques impetuosos de cólera.

Las personas de la casa en que vivió últimamente, y en la cual permaneció catorce meses, si bien lo advertian excéntrico, ensimismado y huraño, no debian estrañar esto sabiendo que lo pasaba ocioso y entregado á la bebida ; siendo sostenido por su esposa, á pesar de lo cual les constaba que le daba un trato infame ; así es que lo consideraban un mal hombre.

Los detalles del hecho, aun cuando revelan un exceso extraordinario de ferocidad, no presentan con todo, indicio alguno de alienacion en el procesado. Segun se ha referido, despues de haber herido de un balazo á su mujer, observando que llegaba la Policía, se encerró con ella y las niñitas en su cuarto ; cerró sus puertas, y procuró engañar al comisario, con decirle que no era nada ; lo cual hizo que ratificase su esposa.

Por lo que se vé, la resolucion de Gainza de matar á su mujer, era absoluta é irrevocable ; pues insistiendo el comisario en que abriese, antes que la autoridad pudiera impedirlo, le pegó otro balazo sobre el ojo ; é inmediatamente



que esta forzó las puertas, atropellando armado de un gran cuchillo, intentó evadirse ; pero tan cobarde como feroz y malvado, á la primera estocada que aquél le tiró, sin alcanzar á herirlo, se rindió, dejándose atar.

En la Policía lo mismo que al prestar su declaracion indagatoria, léjos de manifestar en nada estravío de su razon, se condujo no solo con cordura, sinó tambien con sagacidad, pues no pudiendo en manera alguna, negar el hecho de haber dado muerte á su mujer ; y rehusando sin embargo reconocerse criminal, para eludir su responsabilidad en situacion tan apurada, discurrió y dió una esplicacion, sino satisfactoria, ni verosímil, porque esto no era realizable, la única posible al menos.

Dijo : que al tomar un rewólver para salir á registrar el patio, con motivo de haber oído un ruido sospechoso, se le escapó un tiro á bala, que por desgracia fué á herir á su esposa mortalmente ; y que viéndola sufrir sin remedio alguno, trató de despenarla, y al efecto le disparó un segundo tiro. ; Así pues, Gainza habria privado de la vida á su esposa, por piedad y conmiseracion para con ella ! ; Qué desvergüenza y que sarcasmo ! La hipótesis era posible ; pero evidentemente falsa ; pues de las heridas recibidas por Gregoria, segun el reconocimiento médico, solo una resultaba mortal.

Sin embargo, promovida despues por el Defensor la cuestion sobre el estado de las facultades mentales del reo, como ha llegado á ser de estilo, cuando los grandes criminales, comprobado de todo punto su delito, carecen de otra defensa, el médico de Policía informó : que Gainza al asesinar á su esposa, habia procedido con entera conciencia de que cometia un crimen, hallándose en el pleno goce de sus facultades mentales.

Con todo, despues de un juicio tan terminante, tan categórico y tan explícito, cediendo sin duda á la influencia de las ideas filantrópicas, aunque ello importase contradecirse abiertamente, agregó : *que en el fondo del pasado de Gainza,*



habia algo que importaba una duda; y que esa duda debia neutralizar de algun modo los efectos de la pena: en otros terminos; que si bien el reo no habia de quedar impune, no se le debia imponer pena capital.

Pero en este punto, Exma. Cámara, no se puede admitir, ni debió aceptar el Juez del Crimen terminos medios; un hombre está ó no está loco; es responsable moralmente de sus acciones, ó nó. En el último caso no debe recibir pena alguna, ni la de muerte, ni otra cualquiera; en el primero no habia razon para eximirlo de la pena capital, como sucede con una persona simplemente escitada por el licor; pero que no ha perdido la conciencia de sus actos.

Esa duda á que se referia el médico de Policía, no podia versar sobre el estado de las facultades mentales del reo, cuando delinquirió, desde que afirmaba del modo mas absoluto, que éstas eran normales, y que aquel habia obrado con plena conciencia de sus actos, pues que la duda es incompatible, con la certidumbre, y la enagenacion mental con la conciencia de los propios actos.

De consiguiente, esa duda á que aludía el informe del médico de Policía, no versando sobre el uso completo de las facultades mentales del reo, ni alcanzando en su concepto á eximirlo de responsabilidad moral, no podia constituir una excepcion perentoria, ni aun circunstancia atenuante del delito; pues ni se comprende siquiera lo que fuese; pero consiguió con todo, salvar la vida del procesado, paralizando la causa, y haciéndola durar varios años.

IV

En vista de la conducta del reo anteriormente referida, y teniendo presente el contenido de su declaracion, que ha sostenido constantemente y desde el primer momento, como tambien los terminos del informe médico de que se acaba de hacer mérito; quién podria resolverse á reconocer en



Gainza un inocente, no viendo en él sino un infeliz alienado ?

El exponente no trata ahora de censurar la conducta de los facultativos médicos, cuando intervienen en causas criminales y en casos tan graves como el presente ; aunque haya sido tal, que pudiera hacer dudar seriamente de la utilidad de sus informes ; pues no se sabe ya si conducen al esclarecimiento de la verdad, ó si mas bien contribuyen á ofuscarla y oscurecerla, por clara que sea.

Observará solamente, que subsistiendo en el Código la pena capital, y siendo los jueces obligados á respetar sus disposiciones, sin serles permitido juzgarlas, no pueden aceptar los principios, ni consultar los sentimientos por generosos que sean, que inspiran tales informes ; y que antes bien, desconfiando de ellos, deben ponerse en guardia contra las supercherías nada infrecuentes, que atestiguan concluyentemente los anales de los Tribunales.

Hace muy poco, que en la causa del parricida Vivado que acaba de resolverse, informaron varios facultativos médicos que el reo era un alienado ; sosteniendo además su dictámen con sendos y al parecer eruditísimos escritos, llenos de citas y abundantes en doctrina, los cuales merecieron grandes elogios de la prensa, dispuesta siempre á aplaudir por meras apariencias ; consiguiendo así hacer aceptar su opinion por los magistrados que conocian del proceso, á quienes con esto indujeron á desempeñar un papel el mas desairado.

Muy luego en efecto, se descubrió sin ningun género de duda, que la supuesta alienacion no pasaba de una gran impostura, fraguada para salvar al reo, al cual se le habia prevenido que se fingiese loco ; pero que, encontrando difícilísimo ese papel, si habia de ser bien sostenido, y muy superior á su capacidad, concluyó por abandonarlo, y se dió por vencido ; confesando sinceramente lo ocurrido, y demostrando que se hallaba en uso perfecto de su razon.

Con tales antecedentes, este Superior Tribunal se vió forzado á revocar como lo hizo, la resolucion que tenia á Vi-



vado por alienado é incapaz para defenderse ; declarando que no estaba, ni habia estado loco jamás.

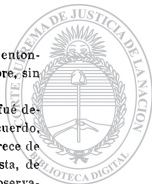
Bien pues, en el caso presente, ha sucedido tambien una cosa semejante ; y los jueces que á mérito de un informe médico, declararon monomaniaco á Gainza, han incurrido en un error tan grande y desempeñado un papel tan deslucido, como los que consideraron loco á Vivado.

En efecto, tambien esta vez, una circunstancia casual ha venido á descubrir, que los magistrados son víctimas de una farsa ridícula y grosera, en que no debieran dejarse envolver ; pues un poco de precaucion y desconfianza de un certificado médico, aun mas complaciente que el primero de que se ha hecho mencion con el examen mas atento del mérito del proceso lo habria evitado fácilmente.

Declarado alienado Gainza por el tribunal que conocia en su causa, se mandó fuese remitido al Hospicio de San Buenaventura, con instrucciones particulares á cerca del modo en que debia ser tratado ; pero si bien fué remitido efectivamente á dicho establecimiento, ya fuese porque la Policía descuidase prevenir que se le suponía loco, ó por el cambio que ocurrió en la Direccion de aquel, ello es que en el Hospicio fué recibido y considerado por un hombre cuerdo.

Se le ocupó, pues, como ayudante de la enfermeria, y desempeñó ese puesto del modo mas cumplido y satisfactorio ; sin que en todo el tiempo que permaneció en él, hubiese observado nadie el menor indicio de locura, ni el mismo Director Dr. Melendez, que por el hecho de haber sido colocado al frente del indicado establecimiento, debe suponérsele un alienista distinguido ; y á quien por lo mismo en el trato continuo de tanto tiempo, difícilmente se le habria escapado el menor síntoma de locura en Gainza.

Por último, segun lo espone dicho Director en su nota de fs. 128, conviniéndole disminuir el personal del Hospicio á su cargo ; y habiéndole representado aquél, que deseaba ser trasladado á la Penitenciaría, á fin de poder activar mas fácilmente, la terminacion de su causa, resolvió remitirlo, y



lo remitió á la Policía ; siendo constante que desde entonces hasta ahora permanece sano, cual lo estuvo siempre, sin la mas leve duda.

Si en la misma época en que se le consideraba y fué declarado loco, resulta haberse conducido en todo como cuerdo, desempeñando á satisfaccion un destino que no carece de importancia ; sin que un distinguido médico alienista, de quien dependia en calidad de subalterno, y que lo observaba continuamente de inmediato, cayese en cuenta, ni advirtiese que era loco, es manifiesto que la supuesta alienacion no pasaba de una gran farsa.

¿ Qué clase de locura seria ésta, aunque se la supusiese periódica, que en el tiempo mismo del acceso, permite proceder con perfecta regularidad y con plena conciencia de los actos, hasta desempeñando un destino delicado, sin que nadie se aperciba de ella, ni aun el médico alienista, que como Director, trata largo tiempo y de continuo al paciente, sin notar en él el menor indicio, ni el mas leve síntoma de la enfermedad ? Esto repugna al buen sentido, y no es admisible seguramente, pues de lo contrario, nadie podria estar cierto de no encontrarse loco.

Tales son, Exma. Cámara, las consideraciones derivadas del mérito del proceso, que inducen al Fiscal á responsabilizar al reo en justicia, y á pedir contra él la pena de presidio por tiempo indeterminado, con reclusion solitaria de treinta dias, en los aniversarios del crimen, como lo deja solicitado en el exordio de esta vista que reproduce en conclusion.

VISTA XXXII

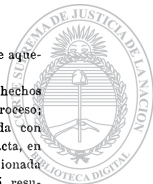
TENTATIVA DE MATAR Á LA MUJER

SUMARIO :

Exposicion del caso, materia del proceso—Importa tentativa de parte del marido de matar á la mujer y su cómplice, sorprendidos en adulterio—Gravedad de este último delito, que ataca á la sociedad en su base, que es la familia—Penas atroces contra él de las antiguas legislaciones; habiendo sido por la Española, la de muerte—La Jurisprudencia universal exhonera de responsabilidad al marido que mata á los adúlteros sorprendidos *in-fraganti*—Nuestro Código Penal castiga este hecho con prision de uno á tres años—Tratándose solo de una tentativa, ésta debe ser castigada con el *minimum* de la pena señalada al delito consumado, rebajándose de una cuarta parte á la mitad—Por ese cálculo, la que en el caso de que se trata corresponde, es de seis á nueve meses de prision—El Fiscal opta por lo primero, atendidas la conducta generosa del procesado y la inculcable ingratitud de la esposa—Además, estando cumplido este término, solicita el sobreseimiento de la causa.

Excmo. Cámara — El Fiscal instruido por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, de la causa seguida de oficio contra Elías Eugenio Segretin, por heridas inferidas á su esposa María Luisa Dondelinger y á Juan Brentini, á quienes intentó matar, dice : que por las consideraciones que expondrá y demás que se desprenden del mérito de autos, debe declararse compurgado el delito del procesado con el tiempo de prision que ha sufrido ; aprobándose en lo de-





más la sentencia de primera Instancia, y devolviéndose aquéllos para la ejecucion.

Ínútíl seria reproducir *in extenso* la relacion de los hechos que sirven de antecedentes y dan materia á este proceso; pues que V. E. la encontrará prolijamente detallada con referencia á las constancias de aquél y sumamente exacta, en lo que consigna al respecto el Juez *a quo* en su mencionada resolucion; y el esponente se limitará por lo mismo á resumir en breves términos dicha relacion, á fin de emitir las observaciones que suministra, deduciendo tambien las consecuencias legales que se derivan de esos hechos.

Elías Eugenio Segretin casado con María Luisa Dondelinger, ambos de nacionalidad francesa, teniendo conocimiento de que su esposa, á quien hacia poco habia perdonado su infidelidad, habia contraído nuevamente relaciones ilícitas con Juan Brentini, le dirigió repetidas cartas tratando de desviarla del mal camino que habia emprendido, y devolverla al cumplimiento de su deber, representándole sus obligaciones de esposa y madre, el daño que ella misma se hacia, pues casi siempre era funesto y trágico el resultado de la prostitucion, y cuanto mas podia moverla en el sentido indicado.

Posteriormente se presentó á la Policía denunciando la fuga de su esposa y solicitando su arresto para evitar la inmoralidad y el escándalo, en uso del derecho que le acuerda expresamente al artículo 187 del C. Civil; mas aquella se manifestó bastante indolente, y se limitó por toda medida á vigilar uno ó dos dias el domicilio de María Luisa.

En fin, procuró á Brentini y le desafió de palabra; enviándole despues una carta en la cual le reconvenia á cerca de la conducta de éste con su esposa, y le espresaba que se creia con derecho para matarlo; pero declarándole que él no era un asesino, concluia por retarlo á muerte.

No teniendo contestacion alguna, y habiendo averiguado el paradero de su esposa, que vivia con su amante en una casa de inquilinato, calle de Cuyo número 377, el dia 13 de



Febrero del año pasado, á las diez de la mañana, se presentó allí armado de un cuchillo que acababa de hacer afilar; empujó violentamente la puerta de la habitación que se hallaba cerrada, y abriéndola entró de improviso á la pieza.

En ella encontró á Brentini durmiendo en su cama, todavía desnudo y á la enunciada su esposa María Luisa en ropas menores, cosiendo sentada en una silla al pié de la cama. Segretin acometió á puñaladas al primero, infiriéndole cuatro heridas, y despues á su mujer, á la cual le infirió tambien dos.

Salió en seguida; se lavó las manos manchadas con la sangre de los culpables en un tacho de agua que encontró casualmente; y empezó á gritar en francés y en castellano, como un loco, que estaba vengado y que él habia sido el matador; siendo capturado en esos momentos por un vigilante sin oponer resistencia alguna.

Sin embargo, ni Brentini, ni María Luisa habian sido en realidad heridos mortalmente; y antes de mucho, en el espacio de poco mas de un mes, ambos curaron perfectamente, sin quedar lisiados ó inutilizados para el trabajo.

Este proceso, pues, Exmo. Señor, manifiesta un triste ejemplo de los funestos resultados á que conducen la inmoralidad y el vicio, cuando las pasiones no siendo dirigidas por la razon, ni refrenadas por el sentimiento del deber, llegan á enseñorearse de la voluntad y á dominar el corazón.

El nos presenta el cuadro mas tocante, de un hombre honrado, inteligente, laborioso y conraído á sus deberes domésticos, que á pesar de toda su prudencia y de la moderacion con que se condujo, antes del suceso que motiva dicho proceso, vino á ser víctima al fin de una mujer perversa y de un hombre corrompido, que atentando cruelmente contra su honor, lo impulsaron, lo arrastraron y lo precipitaron por último en un abismo.

Y por el contrario, nos ofrece tambien el espectáculo re-



pugnante y odioso de una mujer sin corazon, que insensible el cariño constante de su esposo y á las tiernas afecciones de sus hijos, faltando indignamente á la fé prometida al pie de los altares, abandona al compañero de su vida, y deserta del hogar, para arrojarle en brazos de un pérfido seductor.

Una vez lanzada en la carrera del crimen, ninguna consideracion, ningun motivo fueron suficientes á detenerla en su camino : ni los consejos, la prudencia y generosidad de su marido que le perdonó su primera falta, ni la deshonra de sus hijos, el mal ejemplo que recibirian y la disolucion en fin de la familia.

Esta mujer, pues, era acreedora sin duda al mas tremendo castigo. Todas las Legislaciones en efecto, antiguas y modernas, han mirado con horror el adulterio ; lo han clasificado por uno de los delitos mas graves contra los derechos privados ; y han establecido para castigarlo las penas mas terribles y ejemplares.

Procedian en esto con muy fundadas razones ; por cuanto ese delito no solo ataca los vínculos sagrados de la familia, primer grado ó núcleo de la sociedad y base necesaria del Estado ; sino que tambien priva á la persona agraviada del mayor bien que puede poseer, el corazon de su consorte, hiriéndole en lo mas preciado que puede imaginarse, el honor y la reputacion.

El fuego, la lapidacion, las bestias feroces, los azotes, la mutilacion y la infamia, hé aquí los castigos usados entre los pueblos antiguos ; y aunque es cierto que este rigor se ha suavizado en tiempos posteriores, todavia la Legislacion Española, que nos ha regido por varios siglos, mandaba poner á los adúlteros á disposicion del marido, para que hiciera de ellos lo que quisiese, hasta matarlos. Ley 1ª, tit 20, Lib. 8º, R. C.

Era consiguiente tambien á esta disposicion, que si el marido sorprendiéndolos en flagrante delito, los matara por sí mismo sin ocurrir á los Tribunales, haciéndose justicia



por su propia mano, el hecho no se le imputará ; antes bien quedara exento de toda responsabilidad penal. Véase la ley VXXXII de Toro.

El autor del Código que nos rige no ha creído compatibles las vías de hecho con el principio de autoridad, la suavidad de las costumbres y el grado de civilización que ha alcanzado la época actual ; y repudiando aquella disposición, ha prohibido al marido proceder de esa manera.

Lo cierto es que, ya sea porque se considere muy difícil que el hombre pueda dominarse, reprimiendo los impulsos del dolor y de la indignación en la indicada situación, ó ya porque se haya creído conveniente para retraer de este delito, el dejar á sus autores expuestos á la zaña y á la venganza del marido ofendido, dicha disposición generalmente aceptada en todas las naciones, subsiste todavía en la mayor parte de ellas ; y puede considerarse por tanto como Jurisprudencia Universal.

El mismo Legislador Argentino no pudiendo prescindir de tan graves y poderosos motivos, no parece considerar el hecho de darse muerte por el marido agraviado á los adúlteros sorprendidos en flagrante delito, sino como una injuria á la autoridad del Juez que tenía derecho de juzgarlos y que debía imponerles una pena menos cruel.

Es por esto que el art. 198 del C., no le aplica la pena del homicidio, sino que lo castiga solamente con reclusión de uno á tres años, sin distinción alguna de casos premeditados y á golpe seguro ó sucedidos de un modo imprevisto y en riña.

Esta sería pues indudablemente, con arreglo á la mencionada disposición, la pena correspondiente al procesado, si encontrando á su esposa María Luisa y á su cómplice Juan Brentini en flagrante delito de adulterio, como los encontró efectivamente, los hubiese muerto en el acto.

Pero Segretin, aunque por las razones expuestas en la sentencia de primera Instancia, parece fuera de duda que llevaba la intención de matar á Brentini, no consumó sin



embargo su proyecto ; y solamente lo hirió, lo mismo que á su mencionada esposa, causando al primero cuatro heridas y dos á la segunda, de las cuales curaron ambos en el espacio de un mes mas ó menos.

Debe pues considerarse el hecho, segun lo establece la referida sentencia, como tentativa próxima de homicidio, y ser penado en conformidad á lo dispuesto en el inciso 3º, artículo 20 del Código, con el *minimum* de la pena correspondiente al hecho consumado, que por el art. 198, seria de un año de prision, disminuido en una cuarta parte ó la mitad, es decir, de seis á nueve meses de prision en el caso de que se trata.

¿Cuál de estos dos extremos seria el mas equitativo y adecuado ? El Juez *á quo* opta por el segundo, ya porque el primero debe reservarse para cuando no hubiese habido premeditacion, cuanto porque examinando las circunstancias del proceso, no encuentra otra causa alguna de atenuacion.

Respecto á la premeditacion, el mismo Juez habia establecido muy fundadamente, que con arreglo al Código vigente y en relacion á la muerte de los adúlteros por el marido que los sorprende en flagrante, no habia distincion que hacer, de alevosía ó sobre seguro ; y en este punto no se muestra á la verdad consecuente.

No falta tampoco al hecho toda circunstancia atenuante, y desde luego el Fiscal la encuentra en que, si bien Segretin llevaba la intencion de matar á Brentini, ya fuera porque se arrepintiese, ó porque creyese haberlo herido mortalmente con las puñaladas que le pegó, se abstuvo voluntariamente de ultimarle, lo cual estuvo en su mano ejecutar sin obstáculo, desde que aquel herido y desarmado ninguna resistencia podia oponerle.—Véase el Cod. Aust., art. 40, inc. 2º.

Además, cuando se trata de la provocacion, como circunstancia atenuante de un delito, es evidente que cuanto mayor sea aquella, debe ser menor la responsabilidad penal del reo, y menor tambien de consiguiente el castigo.



Ahora bien, en el caso *sub-judice* consistiendo la provocación que atenúa el delito materia del proceso, en el adulterio ; y no encontrándose en éste la mas leve disculpa ; pues al contrario, se presenta unido á las circunstancias que pueden hacerlo mas odioso y detestable, y en ellas contrasta del modo mas chocante, la indignidad y villanía de la mujer con la moderación, prudencia y generosidad del marido, bajo esta consideración aumenta sin duda la provocación.

Se concibe que una pobre mujer maltratada, despreciada y abandonada por su esposo ; careciendo quizá de recursos para vivir, olvide los preceptos de la moral y se desvíe de la senda del deber, pagando tributo á la debilidad de su sexo, C. P. Art. 249 : aunque siempre su conducta sería censurable, inspiraría sin embargo compasión.

Pero una mujer amada apasionadamente por su esposo, hombre inteligente, trabajador y juicioso, que no parece haber faltado á sus deberes de familia, causándole pesar alguno, ni cometido otra falta que le enagenase su cariño ; esa mujer decía, si llevada solamente de su propia volubilidad, la codicia ú otra pasión no menos vil, ofende el honor de su marido, por cierto es mucho mas criminal y menos escusable.

Pues bien, encontrándose precisamente en ese caso María Luisa Dondelinger ; y debiendo tenerse presente todavía al juzgar su conducta, el perdón que su marido le otorgó generosamente por su primera falta, no menos que las reflexiones, consejos y requerimientos con que procuró desviarla de su mal camino, no puede ponerse en duda que su proceder ha sido horrible é indigno de toda conmiseración.

El motivo, pues, que determinó la acción que se trata de castigar en el procesado, que lo provocó á vengar su propia honra ultrajada y el nombre de sus hijos infamados, fué poderosísimo, el mayor que en su género puede imaginarse ; y esta consideración disminuyendo la responsabilidad moral del reo, debe influir también considerablemente en la ate-

nuacion de la pena.—Rossi, Derecho Penal, t. 2º, cap. XXI, pág. 56.

En conformidad á las observaciones que deja expuestas y en atencion á que van á cumplirse ya los nueve meses de reclusion que impone al procesado la sentencia recaida en primera Instancia, el Fiscal concluye solicitando se tenga por compurgado el delito con el tiempo que el reo lleva de prision y demás condenaciones que en aquella se contienen.

El Fiscal expone además, que resultando negligente y culpable la conducta del Comisario á quien Segretin en uso del derecho que le acuerda el Art. 29, tit. 1º, Sec. 2º, Lib 1º del Código Civil, pidió el arresto de su esposa que se le habia fugado ; con lo cual se habria evitado probablemente el delito que ha motivado esta causa ; y que en vez de cumplir sus deberes, se limitó á poner vigilancia por uno ó dos dias en el domicilio de María Luisa, indicando por lo demás á su marido que ocurriera á la Curia Eclesiástica, incompetente para dictar una medida como la que correspondia en el caso, y que era atribucion de la Policía ; á fin de evitar la repeticion de faltas semejantes, el Tribunal se sirva dirigirse al Poder Ejecutivo y poner en su conocimiento el proceder irregular y culpable de dicho Comisario.



CAUSA DE ASESINATO

SUMARIO:

Mérito de la prueba producida en primera Instancia—Vicisitudes de esta causa y crítica de la primera sentencia absolutoria del reo—Defensa de las doctrinas del Fiscal sobre prueba en materia criminal—Presunciones, sus diversas clases, efectos y admisibilidad en la generalidad de los casos—Divisibilidad de la confesion calificada—Verdadero sentido de esta doctrina y casos á que se aplica—Jurisprudencia de los Tribunales—Aplicacion de su doctrina al caso *sub judice*—La presuncion de dolo en los delitos se halla establecida por el art. 13 del Código Penal—Argumentos aducidos en contrario—Por los principios del mismo Código—Con el absurdo y por medio de ejemplos—Solucion á los casos propuestos por el Defensor—La doctrina del art. 13 no es nueva—Viene del Derecho Romano y se hallaba aceptada en la Jurisprudencia Española—La clasificacion legal del hecho materia del proceso es la de asesinato.

Exma. Cámara: — El Fiscal en la causa criminal seguida de oficio á P. G. por muerte dada á la tia de éste, F. A., en esta Capital, el 1º de Marzo de 1877, espidiéndose en la vista que V. E. se ha servido comunicarle nuevamente, con motivo de haberse producido prueba por parte del reo en segunda Instancia, instruido de ella, dice : que no ha variado absolutamente el mérito del proceso, como lo demostrará al contestar el alegato del Defensor, y que de consiguiente persiste en su primer dictámen, solicitando la confirmacion de la sentencia apelada.





En cuanto á los hechos, la indicada prueba producida por el Defensor y contraida á demostrar, que tanto el testigo M. S., como M. S. de M., eran hermanos de la finada F. A., aun cuando usaban diverso apellido, ha sido de todo punto inútil, desde que esta circunstancia constaba ya en el proceso por las mismas declaraciones de dichos testigos á fs. 13 y 21 vta., como puede verlo V. E.

Si pues ella pudiera constituir una tacha legal contra aquellos testigos, á pesar de no haber querido tomar parte en la causa, constituyéndose acusadores, y á pesar tambien de que la ley solo la reconoce, mientras que los hermanos se hallan constituidos bajo la patria potestad, 16 tit. 16, Part. 3ª, constaba ya de antemano, sin que por tanto la prueba en segunda Instancia, haya variado lo mas mínimo el mérito del proceso.

Por lo demas, no siendo completamente inhábiles los testigos aun tachados, sus declaraciones no por eso pierden toda importancia, ni dejan por lo menos de producir presunciones—Goyena, t. 5, N° 543, páj. 632—*Jul. Clar in practice* Q. fin 224—Farin Q. 262, N° 50—debiendo tenerse presente que en las causas criminales, no se excluye como medio de indagacion, ni aun la declaracion de la parte misma agraviada.

Respecto á la conducta doméstica del procesado con su esposa y su tia, nadie podria ciertamente encontrarse mejor informado que los hermanos; y si bien se les puede suponer resentidos por el asesinato de esta, conviene notar que tal suposicion no procede, sino en la hipótesis de que ese hecho fuese una realidad.

Si hubiese de acordarse algun valor al contenido de las cartas últimamente presentadas, á pesar de la completa irregularidad de las declaraciones en que se reconocen, pro-



ducidas sin causa alguna justificativa, despues de vencido el segundo término probatorio concedido solo para justificar tachas, y en una forma de todo punto inadmisibile, resultaria demostrado que la conducta oficial del procesado como sereno del Banco y portero de la imprenta de *La Tribuna*, fué buena.

No puede decirse lo mismo en cuanto á su vida privada, y su conducta para con su esposa y su desgraciada tia; constando que era un beodo y que las hacia sufrir horriblemente; habiendo tratado de ahorcar á la primera, y amenazado de muerte á la segunda, á la cual habia cobrado prevencion particular, al extremo que uno de sus hermanos receloso de alguna desgracia, le habia aconsejado que se mudase. Véase la ley 60 de Estilo.

El procesado ha querido en la segunda Instancia equibrar ó neutralizar esa pueba; y con este objeto intercaló en el interrogatorio sobre tachas, una pregunta dirigida á los testigos con que debia justificarlas, sobre su buena conducta y juicioso proceder; pero habiendo resultado esta prueba *contra producentem*, pues que sus propios testigos, á los cuales no podrá tachar ciertamente, dicen que era un borracho y un mal hombre, lejos, de haberse desvirtuado, se ha robustecido mas y mas en ésta, la prueba de primera Instancia. El esponente tendrá ocasion de volver sobre este punto.

II

Por via de exordio en el escrito de que vá á ocuparse el Fiscal, recuerda el Defensor las vicisitudes de esta causa y la gran diversidad de opiniones en que se han dividido los muchos funcionarios que han intervenido en ella; asi ha sucedido en verdad; mas es de notarse tambien que solo uno de ellos, cuyas palabras transcribe al final, partiendo de una base equivocada, y deslizándose en seguida por una serie de razonamientos contradictorios; arribó á reco-

nocer, no la inocencia del reo, sino la falta en el proceso, de una demostracion acabada y de una prueba perfectamente legal para condenarle ; todos los demas lo han considerado criminal en mayor ó menor grado.

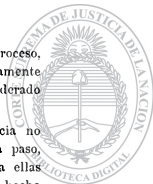
Dicho Juez si bien absolvía al procesado, reconocía no obstante que sus esplicaciones se contradecían á cada paso, y eran sumamente inverosímiles, pues obraban contra ellas en el sentido de demostrar su dañada intencion en el hecho materia de la causa, *presunciones gravísimas*.

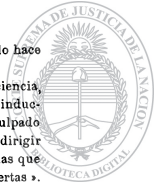
Prescindiendo sin embargo enteramente de la presuncion natural de dolo en los delitos, y de las disposiciones positivas del Derecho vigente al respecto, entendía equivocadamente, que apesar de reconocerse el reo autor del tiro con que mató á F. A., se escusaba de todo punto legalmente, con decir que no lo hizo adrede : siendo por tanto de cargo de la acusacion acreditar, no como quiera, sino por prueba de evidencia, que aquel no fué en el procesado, un acto automático, involuntario y causal, sino humano é intencional.

Si como veremos luego, era falso é inadmisibile el punto de partida de ese Juez en su resolucion, lo era mucho mas, el que un hecho de conciencia, pudiera ni debiera acreditarse por prueba de evidencia : y con mucha razon observaba el ilustrado Fiscal Dr. Victorica, que un fenómeno interno, cual es la intencion, y que por su propia naturaleza es superior á cualquier demostracion, nunca podría acreditarse de esa manera.

Asi es que, ni aun los autores mas liberales y los Criminalistas que profesan teorías mas latas ó mas favorables al reo, requieren en tal caso semejante demostracion, contentándose con la certeza moral, que puedan producir las inducciones sacadas de las circunstancias que rodean el hecho, de los antecedentes que lo explican, ó de las calidades que caracterizan á las personas.

Oigamos sobre este punto á Mittermayer, por ser el autor elegido por el abogado del reo, á causa de la liberalidad de





sus principios, para basar en ellos la defensa, como lo hace invocándolo á cada paso.

« Pero hay, dice, en el dolo un hecho de conciencia, que excluye toda demostracion material ; solo por induccion puede llegar á conocerse ; y siempre que el inculpado no lo confiese, el instructor no se olvidará jamas de dirigir sus investigaciones mas severas hácia las circunstancias que puedan servir de punto de partida á deducciones ciertas ».

—*Tratado de la prueba en Materia Criminal.*—Part. 4ª, cap. 6º, páj. 240.

III

Despues de haber establecido la sentencia que nos ocupa, segun lo hemos recordado, que obraban contra el procesado cargos *gravísimos*, olvidándolo y contradiciéndose manifiestamente, concluia observando : que las presunciones que le condenaban, carecian de *precision, concordancia y gravedad*, frase que ha encontrado tan adecuada el Defensor, que hasta ahora la repite incesantemente. ¿ Es pues rigurosamente exacta para calificar con toda propiedad los datos consignados en el proceso ?

De ninguna suerte, Exmo. Señor, y en verdad que el exponente no atina siquiera con los fundamentos de tales calificativos, de todo punto gratuitos.

Los testigos del sumario no habian declarado de un modo vago, sino contrayéndose á hechos perfectamente concretos. El procesado bebia con frecuencia, maltrataba de continuo á su esposa y estaba peleado con su tia, que se interponia y la defendia muchas veces.

Una vez le pegó á su esposa con el cabo de un rebenque, otra le tiró un plato por la cabeza ; últimamente trató de ahorcarla, conservando aquella varios dias las señales en el pezcuezo, y F. fué aconsejada de mudarse de la casa, porque la situacion en que vivia, ofrecia ya un serio peligro para su vida. ¿ Puede darse mayor *precision* ?



No todos los testigos han presenciado ciertamente cada uno de estos hechos ; pero todos ellos convienen entre sí, se armonizan y coadyuvan, para demostrar sin ningún género de duda, ni discrepancia alguna, que aquel daba un trato intolerable á su familia. ¿Puede haber mayor *concordancia* ?

En fin, en esos hechos se contienen, según se acaba de observar, la tentativa por parte del procesado, de ahorcar á su esposa y las amenazas anticipadas de muerte á F., que sin otra prueba alguna, por sí solas establecerían según Derecho la presuncion del homicidio ; tal es su fuerza ! ¿ Qué mayor *gravedad* podrian tener, pues, los datos consignados en autos ?

Es verdad, Exmo. Señor, que habiéndose anulado varias declaraciones, algunas de estas cosas han desaparecido del proceso ó se han vuelto dudosas ; pero esos eran sin embargo los hechos constatados en él y á los que se referia el Juez, diciendo que carecian de *precision, concordancia y gravedad*.

Por lo demás, la parte que subsiste válida del proceso, basta y sobra para acreditar los malos antecedentes del encausado y su crueldad con su familia, que explican con toda claridad, el funesto suceso que motiva esta causa ; y seria necesario quemar aquel completamente, sin que quedase de él una sola foja, para que desapareciesen los rastros palpables del delito.

Tan equivocada y tan contradictoria era la sentencia que examinamos, que el Sr. Fiscal Dr. Victorica, para echar por tierra su resolucion, como puede verlo V. E., no necesitó emplear otros argumentos, ni otras observaciones, que las que se desprendian de la misma relacion consignada en sus considerandos.

IV

El escrito que se le ha comunicado en vista, critica acerbamente las opiniones y las doctrinas que sostiene el Fis-



cal, relativas á la prueba en materia criminal, suponiendo que envuelven un serio peligro á las libertades civiles y á los derechos individuales ; pues vendrian segun él á constituir el despotismo legal, razon por la que se propone refutarlas.

El Defensor alude indudablemente á la presuncion del dolo, á la divisibilidad de la confesion y al valor de la prueba en general por presunciones, pero lo primero no es una mera doctrina del Fiscal mas ó menos fundada, sino una disposicion positiva establecida en el art. 13 del Código Penal ; lo segundo se contiene tambien implícitamente en esa disposicion, como lo enseña Mittermayer, Part. 4ª, cap. 6, núm. 2, y se desprende además de la declaracion del artículo 159 del C. P.; lo último, ninguna aplicacion oportuna puede tener en el caso *sub judice*, desde que la prueba en él no corresponde al acusador.

Tales disposiciones por otra parte, cuyos fundamentos exponen Pacheco y Caravantes, y de los cuales prescinde enteramente la defensa, que no alcanza á impugnarlos, lejos de poner en peligro los derechos individuales, son por el contrario su mejor garantía, pues aseguran el castigo de los delitos, que importan su absoluto desconocimiento y denegacion mas completa.

Admitase el que cualquiera pueda disparar á otro de improviso, un tiro que le deje muerto en el momento, sin que tal acto imponga responsabilidad alguna á su autor, bastándole á justificarse de todo punto, decir que el tiro se le escapó ó que no lo hizo adrede.

Establézcase que en no habiendo dos testigos hábiles y mayores de toda escepcion, si un individuo mata á otro, tampoco tiene responsabilidad legal, desde que suponga que lo hizo en defensa propia, ya resulte esto verosímil ó no ; y dígase entónces, ¿ á qué queda reducida la garantía social del derecho á la vida ? A vivir, mientras no quisiera matarnos algun asesino.

Admitase tambien que una vez descubierto el ladron con



el dinero, las alhajas ú otros objetos hurtados en su poder, que no niegue haber tomado, pueda satisfacer cumplidamente, diciendo solo: «yo no he tenido la intencion de apropiarme estas cosas, ni se me ha de demostrar jamás; las tomé en confianza, sin malicia y con ánimo de restituirlas»: no habiendo delito, porque faltaria la prueba del dolo.

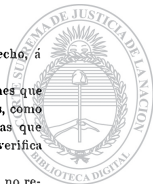
Clasifíquese, decia, como legal y completa esta defensa, sin necesidad siquiera de hacerla verosímil, por el parentesco, la amistad é intimidad con el dueño; y dígasenos tambien: ¿A qué quedará reducida la garantía del derecho de propiedad?

V

Cuando la ley 12, tít. 14, Part. 3ª, prohíbe juzgar por meras presunciones, exigiendo que las pruebas sean claras como la luz, no se refiere á las presunciones legales, como lo entiende equivocadamente la defensa, confundiendo las presunciones de *Derecho* con las de *hombr*; pues el adoptarse un hecho por presuncion legal, ya que no siempre escluye la prueba contraria. importa al menos cargar á quien desfavorece, con la obligacion de probar en sentido opuesto; y establecer que en otro caso aquel se tenga por averiguado y sea fundamento bastante para condenarle. Escriche, Dic. de Leg. y Jurisp. palabra *presuncion*.

Así la presuncion de dolo en los delitos, impone al reo la necesidad de desvanecer esta sospecha y sincerarse, al menos con pruebas imperfectas, que hagan creíbles siquiera, las esplicaciones del procesado á su favor.

Sin esa prueba el Juez no admitirá la existencia de un caso de duda, que por equidad deba ser resuelta en favor del reo, porque no puede subsistir duda jurídica, desde que esta se encuentre resuelta de antemano por la ley, en términos expresos, que no dejan lugar alguno al arbitrio de los Magis-



trados ; sino que resolverá dando por averiguado el hecho, á que se refiere la presuncion.

Tampoco comprende la citada ley 12 las presunciones que son inferencias necesarias de hechos bien constatados, como lo es la cópula del parto : porque habla solamente de las que muchas veces no aciertan con la verdad, lo cual no se verifica seguramente en éstas.

Al exigir la ley que la prueba sea clara como la luz, no requiere por eso prueba de evidencia, pues ésta no la constituye el dicho de dos testigos, que sin embargo considera suficiente á demostrar el delito, sino simplemente, la certeza moral, que escluya toda duda fundada y razonable.

Seria un error grosero en esta época contraponer la prueba de presunciones á las demás clases que el Derecho reconoce, consideradas éstas como de evidencia. Si alguna vez se ha incidido en esta equivocacion, despues que han sido debidamente estudiadas, es imposible reincidir en tan grave inadvertencia.

Viéndolo bien, todas las pruebas jurídicas, si se exceptúa solo la que se obtiene por la inspeccion ocular, no son mas que presunciones que estrictamente hablando, no escluyen la posibilidad de error.

Presuntiva es la verdad que se deduce del testimonio de los testigos, pues que muy bien pueden confabularse y mentir ; presuntiva es tambien la prueba por escritura pública, y de aquí es que se permite redargüirla de falsa ; en fin no es mas que una presuncion la verdad acreditada por la confesion, aunque ésta se considere como la mejor de las pruebas ; y es por eso que el Derecho permite anularla, justificando el error que la produjo.

Vice versa : las presunciones, aunque generalmente hablando sean meros indicios de la verdad, pueden á la vez presentarse tan numerosas, tan armónicas y concluyentes, que produciendo irresistiblemente el convencimiento y la certeza moral, alejen la posibilidad de error, que la ley supone, para considerarlas insuficientes, cuando esto no sucede.



Es por eso que entre los autores españoles Gutierrez Pract. Crim; tomo 1º, pág. 256, núm. 6, Gomez Var. Resol. cap. 12, nº 26, pág. 257, Tapia tomo 8º, núm. 41, página 174 y despues todos los Criminalistas modernos, entre ellos Mittermayer, á quien invoca principalmente la defensa, *de la prueba en Materia Criminal*, P. 7, cap. 7, pág. 380—Bonnier, Nº 283, Escriche Diccionario, v. *indicios* y Tejedor, Curso de Derecho Criminal, Part. 2ª, Nº 315, comprendiendo que la verdad en los procesos, se revela principalmente por el conjunto de las circunstancias, se guardan bien de desechar las presunciones; admitiéndolas tambien en regla general, por el hecho de que solamente las excluye cuando se trate de imponer la última pena, el artículo 91 del Código Penal vigente.

VI

Demos, Exmo. Señor, que todo esto no fuera así, y á pesar de ello, todavía seria mal traida, pues no podria tener aplicacion alguna al caso presente, la precitada ley 12 de Partida, en cuanto prohibia juzgar por solas presunciones; desde que el procesado no ha sido condenado solo por ellas, sino por su propia confesion, que constata el hecho materia del proceso; agregándose sin embargo las presunciones resultantes de las circunstancias, para desechar la suposicion de que fuese casual, por cuanto la hacen inverosímil.

Supone sin fundamento alguno el Defensor, que cuando antes se hallaba consignada en la ley y recibida en el Foro, la máxima, de que vale mas esponerse á que algun delincuente quede impune, que á castigar á un inocente, el Fiscal piensa y sostiene hoy lo contrario. Esto no es exacto, Excelentísimo Señor, y semejante imputacion es del todo gratuita; pues que jamás el exponente ha sostenido la doctrina opuesta, siendo el primero en reconocer la santidad de aquella máxima, aunque nunca convendrá seguramente en



que al castigarse á hombre tan criminal como el procesado, pueda existir el mas ligero pelgro de violarla.

Pasa á tratar el Defensor el punto de la divisibilidad ó indivisibilidad de la confesion calificada en materia criminal, sosteniendo que lejos de hallarse anticuada su doctrina, ni de haber sido abandonada, puede considerarse la última palabra de la ciencia : siendo la teoria que siguen todos los Criminalistas modernos, entre ellos Mittermayer y muchísimos otros que no cita *por no fatigar la atencion de V. E.*

Sin embargo, el principio contrario es el que se encuentra consignado en los Códigos de Baviera, Inglaterra, España, Estados-Unidos, República Argentina y varios otros países: sin el temor que le ha hecho omitir todas sus citas al Defensor, de fatigar la atencion del Tribunal, el Fiscal tiene aducidos ya en su apoyo varios autores, y vá á permitirse citar otros mas, antiguos y modernos.

A propósito de la confesion calificada, dice Tapia. « En cuanto á las confesiones condicionales, puede el Juez por sí, á instancia del Fiscal ó de parte, aceptarlas en uno ó mas de sus capítulos, y desecharlas en los otros; y esta confesion parcial perjudica al reo como si fuese absoluta, á no ser que se remita á la prueba, pues justificando en ella el reo lo contrario, destruirá la fuerza de aquella parte de la confesion que se aceptó. » Tomo 8º, Lib. 5º, tít. 5, cap. 5, núm. 23, (edicion de Madrid).

Véase tambien á *Murillo*, Curso de Derecho, lib 5º, tít. 41, tomo 1º, pág. 437. — Julio Claro, Q. 55, núm. 15, — Farinacio Q. 81, núm. 110 y sig. — Curia Filípica, Par. 3º, § 13, nº 11, — Tejedor, Curso de Derecho Crim. Part 2ª, Lib. 2º, tít. 3º, Cap. 12, núm. 284. — Greemleaf t. 1º, pág. 43; Ley 4, título 13, Part. 3ª, ibi. « *E que la faga contra sí cá si él conociese cosa que fuese á su pró, non ternia daño á su contendor si lo non probase.* »

VII



Como en esta materia, sin embargo, se introduce gran confusion por la diversidad de casos que pueden suponerse, para determinar á cuales es aplicable la doctrina de la divisibilidad de la confesion calificada, se hace indispensable precisar bien dichos casos y distinguirlos con claridad.

Independientemente de la confesion condicional y restringida del reo, puede á la vez existir en el proceso, suficiente prueba del hecho con las circunstancias que lo caracterizan; y entonces no habiendo necesidad de ocurrir á la confesion, la doctrina que nos ocupa sobre la indivisibilidad de la confesion calificada en causa criminal, no será aplicable en manera alguna.

Puede suceder tambien, que absolutamente no exista otra prueba del delito, tanto sobre el hecho mismo, cuanto sobre la manera como se ejecutó: y en esta hipótesis ciertamente, la confesion calificada no podria dividirse, ni el reo ser condenado por lo que aquella contenga de perjudicial, pues en caso tal, aun respecto de la confesion absoluta, se duda que constituyese plena probanza, sin otro antecedente alguno que ratificase la confesion del reo.—Cur. Filip. P. III. § 13, núm. 14.

Puede suceder por último algunas veces, y esto es tambien lo mas frecuente, que con la confesion calificada del reo, exista en el proceso alguna otra prueba, ó se hayan adquirido algunos otros antecedentes, que ó bien apoyarán la relacion hecha por el encausado, presentándola al Juez como verosímil, ó por el contrario la desmentirán, demostrando su inverosimilitud.

En la primera hipótesis, convienen todos los Criminalistas en que el reo debe ser absuelto, y así lo declara tambien terminantemente nuestro Código. En la segunda, no resultando verosímiles las calificaciones de la confesion comparadas



con los demás antecedentes, es entonces que sostenemos puede condenarse al reo, prescindiéndose de ellas.

Que deba ser absuelto, á pesar de resultar improbable é increíble su exposicion, acerca del modo en que el hecho ocurrió, atendidas las circunstancias que se conocen, no hay Exmo. Señor, un solo autor que lo enseñe, ni el mismo Mittermayer, único Criminalista invocado de contrario, el cual solo dice: que el Juez no puede dividir *arbitrariamente* la confesion; mas no procede por cierto de un modo arbitrario, el que así lo verifica por motivos razonables.

Fuera de este caso, y en general, Mittermayer no admite es verdad la divisibilidad de la confesion, por virtud de la cual, aceptándose ésta en lo que perjudique el reo, se deseche en lo favorable; pero tampoco prescribe aceptar lo inverosímil y respetar hasta el absurdo; hé aquí como debe á su juicio, conducirse el Juez en tales ocasiones.

« No siendo evidentemente, dice, la confesion calificada, otra cosa que una declaracion restringida con el objeto de desviar en todo la pena merecida, el Juez debe segregar de ella las esplicaciones suministradas por el acusado en lo que tienen de naturalmente esencial, y apreciar todos sus detalles segun la naturaleza que les es propia; y sin preocuparse de esta máxima, *por cierto muy inexacta aun en el Derecho Civil, de que la confesion es indivisible*, nada se opone á que pueda examinar si hay relacion íntima y orden natural: entre las diversas partes de la confesion y *aun separar lo que debe separarse en las esplicaciones que comprende.* »— Parte IV, Cap. 6º, pág 238.

No hay pues nadie, ni el mismo Mittermayer, invocado en la defensa, como única autoridad que considere favorable, que se oponga de un modo absoluto á la divisibilidad de la confesion calificada, y mucho menos quien obligue al Juez á aceptar como ciertas las esplicaciones del reo, por inverosímiles que resulten, ó absurdas que parezcan.



VIII

En demostracion de su tesis de que la confesion calificada por Derecho es indivisible, recurre tambien el Defensor á la Jurisprudencia de nuestros Tribunales que sostiene haberlo establecido ; y en este punto suponiendo equivocadamente, que el Fiscal ha afirmado que las sentencias pronunciadas al respecto, se refieren á las cuestiones civiles, le enrostra *falta de verdad*.

Como puede verlo V. E., en ninguna parte el Fiscal ha dicho tal cosa con relacion á los fallos que se invocan, sino con respecto á la regla del Derecho Romano, que tambien alegó el Defensor tomada de Escriche v. dolo, *dolus non nisi ex perspicuis inditiis probari convenit*, observando que si se hubiese de aplicar tambien á la materia criminal, resultaria en oposicion con esta otra que se refiere al dolo en los delitos, *res ipsa in se dolum continet*.

IX

La Jurisprudencia que se alega cuando hubiese existido realmente en el sentido que se pretende, no seria aplicable por tratarse de diversos Tribunales, como lo muestra este mismo proceso, en el cual la Suprema Corte Provincial declaró nula la sentencia pronunciada en primera Instancia por el Juez del Crimen, á causa de no haberse ratificado durante el término probatorio los testigos examinados en el sumario ; mientras que V. E. tiene resuelto en las causas X, número 4 y LXXXV núm. 1º, no ser necesaria esta formalidad.

Habiendo observado el Fiscal que no era uno mismo el Código que aplicaba la Suprema Corte Federal, y el que rige actualmente en la Capital, este aserto le ha parecido al De-



fensor tan desatinado, que se manifiesta escandalizado; y sin embargo aquella asercion, no solamente es cierta, sino tambien incuestionable.

Para sostener lo contrario, el Defensor se funda en el artículo 93 de la ley de 14 de Setiembre de 1863, el cual prescribe « que los delitos contra la nacion no previstos en esta ley y los comunes cometidos en lugares sujetos á la jurisdiccion nacional, serán castigados con arreglo á los Códigos que forman el Derecho comun de las Provincias, con la moderacion en las penas que ha introducido la práctica á los Tribunales. »

Suponiendo equivocadamente el Defensor que el Código redactado por el Dr. Tejedor, que es el que ahora rige en la Capital, era el que formaba el Derecho Comun de las Provincias Argentinas en 1863, y al cual de consiguiente se refiere el artículo 93 de la citada ley nacional, cree que el punto se halla resuelto ya por la Jurisprudencia emanada de aquel en sentido contrario de lo que habia afirmado el exponente.

Pero ¿ de dónde ha sacado el Defensor que el Código del Dr. Tejedor fuese el que rigiendo en las Provincias en 1863, formaba su Derecho comun ? ¿ Cómo podia ser esto, cuando el enunciado Código no fué redactado siquiera, hasta fines de 1865, ni se mandó poner en vigencia aquí, sino por la ley de 28 de Octubre de 1877 ?

Los Códigos que en esa época regían en todas las Provincias y formaban su Derecho comun, no eran otros que los Españoles, siendo éstos de consiguiente, á los que aludia el art. 93 de la ley nacional de 14 de Setiembre de 1863, al establecer que en los casos no previstos en ella, los Tribunales Federales juzgasen por aquellos.

Por poco que hubiera reflexionado el Defensor, lo habria comprendido así, si hubiese reparado en la cláusula, *con la moderacion en las penas que ha introducido la práctica de los Tribunales*; cláusula perfectamente aplicable á los Códigos Españoles, algunos de los cuales como las Partidas y aun



la misma Recopilacion, contenian en realidad penas atroces; pero que la práctica de los Tribunales habia moderado efectivamente.

El Código Penal vigente hoy en la Capital y adoptado en varias Provincias, no contiene penas crueles, ni atroces; y empezando recién á regir, no podria todavía ser corregido *de hecho* por la práctica; ni tampoco *de Derecho*, porque segun los principios de nuestra Legislacion, la costumbre, ni la práctica no pueden ya, como antes sucedia, prevalecer contra las leyes escritas.

X

¿ Es cierto al menos que la Jurisprudencia establecida por la Suprema Corte Federal y Tribunales de la Provincia hubiese sancionado : que la confesion calificada del reo deba considerarse en todo caso indivisible? Para probarlo, el Defensor aduce varias resoluciones; pero ellas solo demuestran que dichos Tribunales han estimado indivisible la confesion, cuando no existia otra prueba del delito, ni las esplicaciones del reo resultaban inverosímiles.

Esta doctrina es admisible y razonable : bien puede aceptarla el Fiscal sin contradecirse, pues que nunca ha sostenido lo contrario, con relacion á los casos resueltos por los indicados fallos; razon por la que tampoco la encuentra en contradiccion con la Jurisprudencia creada por V. E., al resolver segun lo tiene resuelto, que en los delitos pesa contra el reo la presuncion de dolo, y que de consiguiente su confesion calificada es divisible; por cuanto debe entenderse ciertamente, cuando sus esplicaciones no resulten verosímiles — Causa LXXXIX, N° 2.

Hagamos aplicacion de la doctrina sostenida por la Jurisprudencia en que pretende apoyarse el Defensor al caso presente, y veamos en que puede favorecer sus pretensiones.

Si habiéndose reconocido el procesado autor del balazo



con que dió muerte á F. A. y expuesto que el hecho fué casual, por cuanto el rewólver se le disparó sin querer ; hecha averiguacion de los antecedentes, hubiese resultado que aquel observaba buena conducta en su casa, siendo un padre de familia juicioso ; y que no habia tenido desagrado alguno con la finada, su exposicion nada tendria de inverosímil y podria muy bien ser admitida.

Mas resultando todo lo contrario, á saber : que era un mal hombre entregado á la bebida ; que maltrataba y hacia sufrir cruelmente á su esposa, encontrándose prevenido con F. A., á causa de que ésta solia interponerse en defensa de aquella: que le habia cobrado tal ojeriza, que la situacion de ésta se habia hecho intolerable llegando el procesado á amenazarla de muerte, y habiendo concebido serios recelos uno de los hermanos de F., el cual le aconsejó que se mudase ; supuestos estos antecedentes, que hacian preveer de antemano, un suceso como el de que se trata, el buen sentido se rehusa irresistiblemente á admitir que éste haya sin embargo sido casual.

XI

Pasa el Defensor á ocuparse de la presuncion de dolo, que segun él se supone equivocadamente, establecida por el art. 13 del C. P. al declarar « que toda accion criminal se presume legalmente cometida con voluntad criminal, á no ser que resulte lo contrario de las circunstancias particulares de la causa » ; todo el mundo en efecto, Fiscales, Jueces del Crimen y V. E. mismo, ha creido hallarse consignada en tan terminante prescripcion, la indicada presuncion del dolo; pero todo el mundo habia estado en error; pues el Defensor acaba de descubrir lo contrario.

Hemos visto en otro lugar cómo entiende, explica y definiendo Pacheco, una disposicion idéntica del Código Español, art. 1.º: « Las acciones ú omisiones penadas por la ley



se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario ».

Conviene sin embargo reproducir su esposicion la mas fundada y luminosa : « Pues que el hombre, dice, es un ser inteligente, reflexivo y libre ; pues que la inteligencia, el propósito y la libertad son su naturaleza necesaria ; pues que la coaccion y la falta de intento ó de juicio son situaciones escepcionales ; claro está que lo primero es lo que de ordinario ha de presumirse ; porque es lo que de ordinario sucede ; y si alguno propone como un hecho lo segundo, la escepcion ; obligacion y cargo suyo debe ser justificar que esa escepcion se realizaba en aquel instante. La naturaleza del hombre es el origen de la presuncion que indicamos y probamos.—No es posible hallar causa mas satisfactoria ». C. P. Concordado, tom. 1º, páj. 80, N° 50.

Veamos tambien como lo comprende Caravantes : « La regla, dice, que se establece en este párrafo es una presuncion fundada en la naturaleza y en el estado normal del hombre : puesto que se supone reflexivo, libre ó inteligente y que la violencia, pusilanimidad y falta de reflexion y de intento son en él situaciones escepcionales. El objeto de esta regla es evitar cuestiones y pruebas de dificil solucion y resultado ».—Código Penal Comentado, lib. tit. y cap. 1º, artículo 1º, N° 5.

¿ Cuales son pues los fundamentos mediante los cuales, el Defensor pretende rectificar la opinion comun y la inteligencia aceptada del art. 13 ? Esta disposicion segun él, solo establece la presuncion de dolo en *las acciones criminales* ; pero como no puede haber accion criminal sin mala intencion, y aquella solo existe cuando se demuestra, solamente probada la mala intencion, puede presumirse el dolo segun el tenor literal de la citada disposicion.

¡ Es hasta donde puede desbarrarse en Jurisprudencia, y no mas ! ¿ Que decir de semejante raciocinio, sino que él importa un completo desconocimiento de los principios mas rudimentales ? ¿ Quien ignora que la presuncion de Derecho,



siendo la resolucion legal de un hecho no bien averiguado, es incompatible con la suposicion de una prueba acabada y completa ? *presuntio cedit veritati*.

Si pues se supone que la voluntad criminal se encuentra bien acreditada en el hecho de que se trate, desde luego deberia cesar toda congetura, y no podria tener lugar ya la presuncion.

¿ Y sin embargo, segun la nueva teoria del Defensor, recien entonces, es que empezaria á aplicarse y tendria lugar la presuncion de dolo !

No es mas procedente, ni de mayor valor el segundo fundamento de su teoria, de que solo despues de probado el dolo, este puede presumirse, á saber : que de otra suerte la disposicion del art. 13 que lo supusiera en todos los delitos, seria contradictoria de la del art. 146 que declara « no ser punibles las acciones que no puedan imputarse á una persona, como ejecutadas con intencion culpable, ni á titulo de negligencia ».

Segun se nota claramente por la correlacion del artículo siguiente 147, complementario del anterior, y que empieza con estas palabras. *En consecuencia*, la declaracion del 146 se refiere á las acciones de los incapaces, á quienes por carecer de voluntad, y no podrseles exigir tampoco prudencia, no pueden serles imputables como ejecutadas con intencion culpable, ni á titulo de negligencia.

¿ Que relacion tiene esto, con la cuestion de la presuncion de dolo en los delitos, relativa por cierto únicamente, á las acciones de las personas capaces de delinquir ? El procesado. ¿ Es por ventura algun alienado ? No ha dejado de insinuarlo á la vez el Defensor, pero nunca ha llegado á formalizar esta pretension.

El Fiscal se limita por tanto, á recordar en corroboracion de la inteligencia que la opinion comun ha dado á la disposicion del art. 13, deduciendo de ella la presuncion de dolo en los delitos, y atribuyendo de consiguiente al reo la obligacion de desvanecerla, al menos con pruebas imper-

fectas y de mera verosimilitud, la declaracion contenida en el art. 159.

Este artículo en efecto, concordando con el 13 declara: que no se presume la propia defensa, ni el estado de irresponsabilidad en el acusado cuando delinque ; *siendo de su obligacion de consiguiente, establecer con pruebas bastantes la certidumbre ó probabilidad, de las circunstancias que lo justifican.*

Sobre esta disposicion, dice el comentario oficial de Baviera : « Debe tomarse en cuenta la verosimilitud natural de los hechos, y dejar á los Tribunales el cuidado de pesar todas las circunstancias de tiempo, lugar y personas, para determinar en seguida el valor de la justificacion presentada. rechazarla ó admitirla segun su mas ó menos verosimilitud .
—Vatel, C. P. páj. 111, nota 3ª.

XII

Arguye tambien el Defensor en favor de la doctrina que pretende introducir, con los absurdos que se seguirian de la opinion contraria : lo cual intenta demostrar por ejemplos, aunque en realidad nada prueban, ni concluyen acerca del punto en discusion, en el sentido de lo que se propone.

Un hombre criminal, dice, acomete con arma en mano á un hombre honrado, y este en su defensa mata á su agresor. Nadie ha presenciado el hecho, y se presenta á la autoridad á dar cuenta de su desgraciado incidente. Como la ley presume el dolo, se le condenaria por lo menos á seis años de Penitenciaría, y esto por ser inocente !

No tal ; no sucederá semejante cosa, aunque se procediese por los principios que sostiene el Fiscal. Desde luego en el caso propuesto, el presentarse á dar cuenta á la autoridad (lo que no hizo y se guardó bien de practicar el procesado quien por el contrario, trató al principio de negar el hecho) seria ya un indicio favorable á ese individuo.





Se averiguarían en seguida naturalmente, los antecedentes de las dos personas entre quienes hubiese versado el incidente; y resultando que el matador gozaba de buena reputación y era hombre honrado, que jamás dió que hacer á la Justicia; mientras que el muerto era un perdido, quizá un presidiario escapado, la esposición del denunciante se presentaría desde luego como verosímil: y nadie trepidaría seguramente en aceptarla.

Pongamos ahora el caso de otro modo: la autoridad descubre en un bosque el cadáver de un individuo que acaba de ser asesinado, y en esos mismos momentos á la salida del bosque, es aprehendido un hombre mal entrasado que se retiraba á gran prisa, á quien se encuentra en los bolsillos mucho dinero, notándosele en la ropa manchas de sangre.

Urgido por los indicios que lo acusan, acaba por confesar haber sido él quien mató á la persona, cuyo cadáver se ha encontrado: pero agregando que procedió en defensa propia: hecha la averiguación correspondiente, resulta que el muerto era un honrado comerciante, que llevaba una suma considerable de dinero para un negocio, y el detenido un ladrón conocido y hombre desalmado, que antes hizo parte de una cuadrilla de bandidos.

¿ Como resolvería el Defensor? ¿ Estableceríamos la inocencia del reo? ¿ Este delito deberá quedar impune? Ciertamente que sí, según las teorías de aquel, porque no habiendo fuera de la confesión calificada del reo, mas que presunciones que no constituyen en verdad prueba plena, independientemente de aquella, la cual no puede dividirse, sería forzoso concluir que el procesado era inocente.

Según la doctrina del Fiscal, dándose por sentado que ese individuo era el autor de la muerte, y siendo de todo punto inverosímil, que un hombre de bien fuese á atacar á nadie, y que un comerciante que llevaba una fuerte suma de dinero en prosecución de un negocio, fuese á emprenderla por



su propia voluntad, con un bandido, debería desecharse la esplicacion del acusado y condenársele como homicida.

« Mañana, prosigue el Defensor, estoy examinando un revolver, y se escapa un tiro que va á dar muerte á mi padre, á mi madre ó á un hijo que adoro ; como nadie ha presenciado el hecho..... y la ley presume el dolo, tendré que ir á purgar el crimen de la casualidad á la Penitenciaría ».

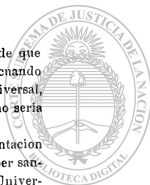
No tal seguramente, por que hecha la indagacion correspondiente, resultaria sin duda, que el Defensor es un sugeto honorable é incapaz de tan bárbaro crimen, un hijo sumiso, un esposo tierno y un buen padre : que su vida de familia era perfectamente regular, y que no habia mediado en esta desagrado alguno; no pudiendo esplicarse el hecho razonablemente sino por una casualidad : mas ¿ Puede decir otro tanto del procesado atendidos los antecedentes que constan de autos ? Ponga el Defensor la mano sobre el pecho, y responda.

XIII

Despues de haber fracasado en la demostracion que intentó de que la disposicion contenida en el art. 13 del C. P. no establece la presuncion de dolo en los delitos ; abandonando del todo esa empresa imposible ; y reconociendo positivamente, que la declaracion de dicho art. 13 importa en realidad la presuncion de dolo, plantea por segunda vez la cuestion, de si podría aplicarse al caso *sub judice*, resolviendo por cierto negativamente.

Observa que el Código se mandó poner en vigencia recién por ley de 27 de Octubre de 1877. ¿ Cómo sostenia pues que era á este al que se referia el art. 93 de la ley de 13 de Setiembre de 1863, suponiéndole ya vigente en aquella época y que formaba el Derecho comun de las Provincias.

Sea de esto lo que se quiera, agrega el Defensor que el delito de que se trata, fué cometido nueve meses antes que



el Código empezara á regir, y sentando el principio de que las leyes penales no tienen efecto retroactivo, sino cuando son favorables al reo segun la Jurisprudencia Universal, deduce que en todo caso la disposicion mencionada no seria aplicable al proceso que nos ocupa.

En lo que concierne al procedimiento y reglamentacion de la prueba en materia criminal, muy lejos de haber sancionado la no retroactividad, una Jurisprudencia Universal, como se supone, muchos y distinguidos Criminalistas, entre los cuales se encuentra el autor mismo del Código, afirman lo contrario ; sosteniendo que tales leyes son aplicables aun á los casos ocurridos antes de su sancion, sin que en ello se cause agravio alguno al reo, ó se viole un derecho adquirido.

Oigamos cómo espone y defiende esta teoría el Dr. Tejedor: « Conviene advertir tambien de acuerdo con la doctrina profesada en la primera parte, que en materia criminal la prueba es la del tiempo en que han pasado los hechos siempre que se trate de cuestiones civiles perjudiciales ; pero la prueba del delito no puede ser regida sino por la ley nueva ».

« No se trata aquí de saber qué pruebas han tenido en vista las partes. La ley cuando la hace mas facil para el Ministerio ó la parte, no toma en cuenta la esperanza ilícita que el culpable pudo concebir de no ser descubierto por las disposiciones de la ley existente ».—Curso de Derecho Criminal. Part. 2ª, tit. 3ª, cap. 1º, N° 277.—Chanveau et Helie Teoria del C. P., tom. 1º, cap. 3º, N° 24. - Trebutien, Curso de Derecho Criminal, tom. 1º.

Al aducir el Fiscal estas citas aunque de autores de primer orden, no es que quiera apropiarse la doctrina en ellas contenida que en su concepto repugna la ley de Partida (15, tit. 14, P. 3ª) que en el caso supuesto declara « *deber ser probado* » y librado el pleito por el fuero viejo y no por el nuevo » sino que se ha propuesto únicamente manifestar al Defensor, que el punto de la no retroactividad de las leyes penales, en lo que concierne á los procedimientos y

la manera de comprobarse el delito, se encuentra erizado de dificultades, que él no parece divisar siquiera ; lejos de ser tan sencillo como se imagina, ni de hallarse la doctrina que el establece, sancionada segun supone, por la Jurisprudencia Universal.

XIV

El gran error y la indisculpable equivocacion en un abogado ilustrado, cual se muestra el Defensor, consiste en creer : que la presuncion de dolo en los delitos, á que se reduce la disposicion del art. 13 del C. P. sea invencion del Dr. Tejedor, y una novedad introducida por él en la Jurisprudencia.

No cabe imaginarse un error mas palmario, ni mas insostenible. Ya hemos visto que Pacheco espone y sostiene esta doctrina con fundamentos puramente Filosóficos, los cuales tendrian igual valor, antes que despues, de la publicacion del Código ; y que Caravantes la supone fundada en la naturaleza humana, de cuyo estudio se deduce necesariamente, en su opinion.

No es extraño pues, encontrar ya en el Derecho Romano establecida la presuncion de dolo en los delitos, que impone al reo la obligacion de desvanecerla, justificando su falta de intencion de dañar, como se deduce de estas palabras del rescripto contenido en la ley 1^a Cód. *ad leg. corn. de Sicaris*.

« Vuestro hermano habria obrado con mas acierto si se hubiese presentado al Presidente de la Provincia ; *pues probando que si hirió, no lo habia hecho con ánimo de matar*, este habria sentenciado absolviéndole de la pena de homicidio ». Y siendo esto así, nuestros Criminalistas que constantemente procuraron ilustrarse en los Códigos Romanos, no podian dejar de seguir con respecto al dolo la misma doctrina.

Así sucedió efectivamente, y la presuncion de dolo fué la





opinion no solo comun, sino tambien unánime de los Criminalistas : oigamos algunos : « Pero es de advertir, dice Gomez, que en duda siempre se presume que el homicida cometió el delito con propósito y con dolo, á menos que demuestre lo contrario ; porque esta presuncion resulta del hecho mismo y evidencia real ».—Var Res. tom. 3º, capítulo 3º, Nº 17.

« Por tanto, dice Murillo, cuando consta la existencia del delito, se presume que este se ha cometido con dolo : de otra manera los delitos quedarian frecuentemente impunes ; pero si se probase haber acontecido por casualidad, error ó violencia, el reo se escusaria por cierto ».—Cur. de Derecho, lib. 2º tit. 23, *de las presunciones*, Nº 199.

« Siguese de la definicion, dice Escriche, que para que haya delito es necesario que haya una ley infringida y que la infraccion se haya hecho libre y voluntariamente y con malicia ; pero no por eso dejará de considerarse en toda infraccion cometida un delito : mientras no conste que el infractor ha procedido sin voluntad, sin libertad ó sin conocimiento del fin ó de los efectos inmediatos y necesarios del acto ú omision en que haya incurrido ».—Dic. de Leg. y Jurisprudencia palabra « Delito ».

Teme el Fiscal, Exmo. Señor, fatigar demasiado con citas la atencion de V. E. para demostrar una verdad tan trivial é inconcusa, cual es la de que mucho antes de la publicacion del Código del Dr. Tejedor que nos rige, la presuncion de dolo en los delitos, se hallaba generalmente aceptada por los prácticos españoles, siendo doctrina corriente en nuestra Jurisprudencia ; y que de consiguiente, al establecerla el indicado Código, ciertamente mas esplicito en esta parte que los anteriores, ninguna novedad introdujo.

Debe mencionar con todo en particular á *Mascardo, de Probationibus*, lib. 1º, Concl. 71, Nº 1º.—Farinacio Q. 126, Nº 103.—Molina de *Just et Jure* tom. 4º, Disp. 3ª, Nº 4º.—Cur. Fillípica P. 3ª, § 8ª, Nº 11,—Tapia tom. 7º, páj. 119. Nº 9, edicion de Madrid.



Si pues la pregunta del Defensor al proponer la cuestión de si seria aplicable ó no al caso *sub judice*, habiendo ocurrido este antes de la publicacion del Código vigente, y mientras regia todavia la Legislacion Española, la disposicion del art. 13, importaba suscitar dificultad, sobre si aquella Jurisprudencia reconocia ó no la presuncion de dolo en los delitos, insinuaba en verdad una duda, que con mucha razon clasificó de *original* el Fiscal; desde que esta únicamente podia existir, para quien no hubiese registrado uno solo de los muchos Criminalistas que ha citado y de los infinitos mas que ha omitido.

Es cierto que el Defensor pretende que en el foro de esta Capital dominaba la doctrina opuesta; y que los Tribunales en las causas criminales, exigian al acusador, aparte de la existencia del hecho constitutivo de delito, comprobar tambien por separado, la malicia ó la mala intencion con que hubiese obrado el reo; mas como no se aduce una sola resolucion en apoyo de esa práctica segun correspondia sin duda, el exponente no puede aceptarla, ni acordarle valor alguno legal.

X V

En este lugar el Defensor hace mérito de la prueba producida de su parte en segunda instancia y observa que habiendo justificado con ella las tachas de parentesco, en segundo grado de la línea colateral respecto á la finada, como hermanos que eran, opuestas á los testigos, S. S. han desaparecido con esto las presunciones alegadas por el Fiscal contra el procesado.

Esto no es exacto, Exmo. Señor, pues el indicado parentesco en que funda el Defensor la expresada tacha, fué reconocido desde el principio por dichos testigos, y estaba de consigniente ya justificado, cuando el Fiscal se expidió: siendo por tanto de todo punto inútil la referida prueba.

Mas como el exponente no alegó las declaraciones de los



mencionados testigos, sino en calidad de presunciones desfavorables al procesado, y que hacen inverosímil é inaceptable su explicacion ; y segun Derecho, los testigos no siendo completamente inhábiles, aunque tachados, no dejan por eso de producir presunciones.—Tapia, tom. 5º, páj. 357.—Goyena, tom. 5º, N. 543, páj. 632, aun admitida la legalidad mas que dudosa de las referidas tachas, las observaciones del Fiscal fundadas en aquellas declaraciones, no habrian perdido su importancia, ni disminuido su valor.

Supone tambien el Defensor que si el exponente no ha reproducido individualizándolos, los cargos que la sentencia apelada formula contra el procesado, es que no les ha atribuido importancia alguna.

Tampoco esto es exacto : si el Fiscal no se ha demorado en la exposicion de los argumentos contenidos en la sentencia de primera Instancia, no ha desconocido por eso su valor, y solamente ha creído innecesario hacerlo, pues que se encontraban perfectamente fundados.

Mal podia el Fiscal dejar de atribuir significacion é influencia contra el procesado, á la serie de contradicciones que en sus diversas esposiciones, hace notar con mucha razon la referida sentencia, aunque no son sin embargo, las únicas, y podrian agregarse otras varias, que no dejará de descubrir el Tribunal.

XVI

En la prueba de segunda Instancia se encuentra una coleccion de cartas recomendando la conducta del procesado en las diversas ocupaciones que ha tenido ; cartas que reconocidas por sus autores, se han convertido en otras tantas declaraciones.

La causa sin embargo, solo fué recibida á prueba de tachas, para que se justificasen las opuestas á los hermanos S. S., objeto con el cual no tiene relacion alguna el contenido de dichas cartas, las cuales además han sido producidas des-



pues de vencido el término probatorio ; tales declaraciones son pues nulas y de ningun valor ó efecto jurídico.

Conociéndolo el Defensor, trata de contestar anticipadamente á la objecion que al respecto podria hacérsele; porque de suyo se desprende naturalmente, de las circunstancias expuestas : observa pues en favor de la validez de dichas declaraciones el principio reconocido por el exponente, de que, en cualquier estado de la causa, es admisible prueba en favor de la inocencia del reo.

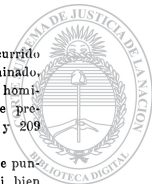
Efectivamente, Exmo. Señor, así lo había reconocido el Fiscal en esta causa ; mas esto no se ha de entender con la exagerada latitud que quiere darle el Defensor, la cual haria nominales los términos judiciales y convertiria el proceso en una farsa.

Está bien que si el reo encuentra comprobantes de su inocencia, de los que no le fué dado valerse en oportunidad, pueda producirlos y deban serle admitidos cuando se le proporcionan. Pase tambien, el que si descubre como pretendia el Defensor haber sucedido, hechos favorables ó ignorados hasta entonces, se le admita igualmente á justificarlos en cualquier estado de la causa ; pero no el que sin motivo alguno especial, pretenda probar á destiempo, lo que habria podido justificarse en oportunidad ; ni el que cuando se le permita producir prueba sobre un hecho, la introduzca irregularmente sobre otros de todo punto diferentes.

XVII

El último punto que trata el escrito á que contesta el Fiscal, es la clasificacion legal del hecho materia del proceso, suponiendo comprobado que la muerte de F. A. no fuese casual, sino voluntaria ó intencional por parte del procesado que se reconoce su autor.

Aun en esta hipótesis, pretende el Defensor que sería injusta la sentencia apelada en cuanto lo considera un asesi-



nato, y lo castiga por el mucho tiempo que ha transcurrido desde que se cometió, con pena de presidio indeterminado, pues debería solamente estimarse, según aquel, como homicidio simple en razón de que faltan las condiciones de premeditación y alevosía, que con arreglo á los arts. 207 y 209 del C. P. caracterizan el asesinato.

No ha sido feliz el Defensor en la exposición de este punto, mucho menos aun, que en la de los anteriores; si bien debe convenirse en descargo suyo, en que la causa que defendía no le favorecía, ni le era propicia la verdad, pues al intentar la demostración de la tesis que se proponía, arremetía una empresa imposible é irrealizable.

Efectivamente, la habilidad y la ilustración del Defensor, á fuerza de artificios forenses, podrían presentar como dudosa la naturaleza del hecho ó sea la muerte de F. A., si fué casual ó voluntaria é intencional; pero admitido lo último y teniendo en cuenta las circunstancias que la rodean, como los antecedentes que la explican, es imposible dejar de reconocerse en ella, un asesinato.

Los esfuerzos del mayor ingenio y del hombre mas hábil en sentido opuesto, serían infructuosos y estériles seguramente, porque se estrellarían primero contra el sentido común, y en seguida contra los términos precisos y expresos de la ley: veámoslo.

¿Cuál es el hecho de que se trata y sus circunstancias? Estando parada F. A. en el descanso de una escalera, como á las nueve de la mañana, en su casa, de improviso el procesado á pocas varas de distancia le disparó un tiro de revólver que la hirió en el pecho, falleciendo ésta algunos momentos después.

¿Cuáles son los antecedentes que explican este suceso? Según parece, el procesado se había entregado con exceso á la bebida; á consecuencia de lo que vivía mal con su esposa y su tía política la mencionada F., armando continuas reyertas con la primera, á la cual estropeaba é intentó ahorcar pocos días antes, y amenazando de muerte á la segunda, que



procuraba intervenir para calmarlo, en términos que ésta se hallaba en una situación la mas violenta, pues se temía por su vida y se le había aconsejado mudarse.

Ahora pues, si el hecho fué voluntario, habría sido también premeditado, desde que pudo preverse, y sus causas son manifiestas, remontando á mucho tiempo atrás, y obrando incesantemente, hasta muy poco antes, en que ocurrió un nuevo disgusto, después del cual el procesado enaceitó su revólver, preparándolo para poder hacer uso de él.

Respecto á la manera en que se ejecutó la muerte, resulta que ocurrió fuera de riña ó pelea, en una mujer indefensa, de improviso y á golpe seguro ; sin correr el agresor el mas pequeño riesgo: si no es esto lo que la ley, el lenguaje vulgar y el buen sentido denominan un asesinato, mas que difícil, imposible sería el definirlo.

XVIII

Entre los diversos funcionarios que han intervenido en esta causa, no han faltado, sin embargo, algunos que se han rehusado á reconocer en el hecho el carácter de asesinato, observando que pudo ser el resultado de un ímpetu del momento, ó que quizá el procesado solo se proponía amedrentar ó herir á F.

Al estimarse en juicio la defensa, no se trata de la posibilidad abstracta y filosófica, en la cual cabe todo cuanto no repugna á la esencia de las cosas ; sino mas bien de la probabilidad que hemos de seguir en los casos oscuros ó de la certeza moral en los demás, cuando no podamos alcanzar la evidencia, si queremos conducirnos prudente y razonablemente.

Ningun antecedente indica que en el hecho que nos ocupa, no hubiese mas que una resolución del momento en el reo, y si los datos que obran en el proceso, son suficientes á hacer



desechar la suposicion de una casualidad, esos mismos antecedentes demuestran que hubo premeditacion.

Es inexacto tambien que en una muerte cometida por una resolucion del momento, no pueda haber un asesinato, aunque se verifique á traicion, por incendio, con veneno ó á golpe seguro ; pues que la ley para clasificar tal hecho de asesinato, no exige copulativamente, la premeditacion y la alevosia sino en disyuntiva una ú otra cosa.—Arts. 297, 208 y 209 del C. P.

Admitir que el procesado solo se propusiese asustar ó herir á dicha su tía, á mas de que sería completamente arbitrario, no pudiendo apoyarse semejante suposicion ni en el mas leve dato ; importaría tambien destruir la presuncion de dolo establecida por la ley, y desnaturalizar el hecho que ella clasifica como intencional, convirtiéndolo en casual.—Arts. 13 y 150 del C. P.

En el que hiere voluntariamente, se juzga de su intencion segun el resultado ; siendo además imposible juzgar de otra manera por ser inaveriguable la intencion, fenómeno interno, que excluye por su naturaleza toda demostracion, y que nadie puede conocer en realidad, sino el autor mismo del hecho, desde que siendo efecto de la voluntad, ésta puede cambiar de un momento á otro, sin que nadie lo advierta, ni lo sepa ; lo mismo importa pues, matar, que herir mortalmente, y en el que hiere de esa manera preciso es suponer la intencion de matar.—C. P., art. 96.—Ley 2, tít. 13. P. 2ª. — Fariñacio Q. 129, núms. 10, 11 y 12.

Por mas que ilustrados Magistrados, extraviados tal vez por sus sentimientos humanitarios, hayan arribado en esta causa al extraño resultado, de admitir la presuncion de dolo, para establecer que fué voluntario ó intencional en el reo el disparar su rewólver contra F, y rechazarla en cuanto á que se propusiese matarla ó herirla mortalmente, como la hirió, adoptar aquella resolucion, no importaría mas que introducir un término medio ilógico, contradictorio é ina-

ceptable. El procesado es solamente un desgraciado ó un asesino ; no hay medio.

Las consideraciones que preceden deducidas del mérito del proceso y estrictamente ajustadas á Derecho, demuestran que no hay nada sólido, ni exacto en los argumentos con que se impugna la sentencia apelada. y se pretende su revocacion ; porque basada aquella resolucion en la verdad y en la justicia, es en realidad jurídicamente incontestable : el Fiscal opina pues por su confirmacion ; y en cumplimiento de su deber, concluye solicitándola, y reproduciendo en todo su vista anterior.



VISTA XXXIV

TENTATIVA DE INCENDIO

SUMARIO:

Relacion de los hechos y antecedentes suministrados por la Policía—Ocultacion y fuga del reo, que no ha comparecido al llamamiento por edictos—Reseña y exámen minucioso de los datos que obran contra el procesado y demuestran su criminalidad—Existe la prueba que todos los criminalistas modernos reconocen como suficiente, *por el conjunto de las circunstancias*—Nuestra Jurisprudencia admite en general la de presunciones, siendo numerosas, graves y concordantes—El Código Penal la admite tambien, en el hecho de que solo la excluye respecto á la pena capital—En especial, la reconoce por bastante en el delito de tentativa de incendio—La fuga del procesado constituye de por sí, una grave presuncion de criminalidad, que segun Derecho, unida á cualquier prueba semi-plena, es suficiente para condenarlo—Error en que incurre á este respecto la resolucion absolutoria consultada, el cual procede de haber confundido dos casos muy diversos—Cuando se procedia contra el prófugo por querella del agraviado, que pedia que aquel fuese dado por enemigo, la ley exigia plena prueba—Por el contrario, procediéndose de oficio, basta prueba semi-plena con la presuncion resultante de la fuga—Razon de esta diferencia en ambos casos explicada con claridad por Gomez—Penalidad correspondiente al caso *sub judice*.

Exma. Cámara: — El Fiscal se ha instruido con la atencion que merecia causa de tanta gravedad, del proceso seguido contra el prófugo Juan Tassara, el cual ha sido absuelto definitivamente en primera Instancia por la sentencia consultada del Juzgado del Crimen.



I

Versa este proceso sobre tentativa de incendio que se imputa al prófugo Tassara, de su propia casa de negocio situada en esta capital, formando esquina en las calles Defensa y Moreno.

El hecho tuvo lugar el domingo 15 de Julio de 1879, como á las ocho y media de la noche, y debe notarse la circunstancia de que el almacen de Tassara se hallaba contiguo, separado por un tabique de madera, de un depósito de kerosene, aguardiente y pintura ; y que en el piso superior habitaba una familia compuesta de quince personas, las cuales habrian perecido sin duda, si el incendio se hubiese desarrollado.

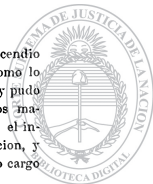
La noche del dia mencionado y á la hora indicada, fué observado por dos muchachos, Pedro Colona y Tomás Carlini, un individuo bien vestido y que ocultaba el rostro con un sombrero chambergo, echado hácia adelante, el cual parecia espiar el almacen de Tassara ; á quien dichos menores tomaron por ladron.

Este individuo, despues de mirar á todas partes, se aproximó á la última ventana hácia la parte sud, abrió el postigo empujándolo, y encendió un fósforo que arrojó para adentro, produciéndose inmediatamente una gran llamarada; pues como se vió despues, habia caido dentro de un tarro de kerosene, que se hallaba colocado inmediato.

Colona y Carlini quisieron aproximarse á mirar, pero el individuo expresado, que acababa de producir el incendio, se lo impidió, corriéndolos por la calle Moreno hasta la de Bolivar, donde ellos doblaron, y él continuó y se retiró por la primera.

Avisado sin embargo, el vigilante de policía Vicente Gil y Romero por dichos muchachos, de lo que ocurría, y habiendo solicitado auxilio, se logró contener el incendio, retirándose para afuera el tarro ardiendo de kerosene, y apagándose con baldes de agua las ventanas que se estaban quemando.





La Policía con todo trató de cerciorarse de que el incendio había sido ya completamente extinguido, entrando como lo hizo, al interior del almacén, pero entonces encontró, y pudo cerciorarse por la disposición de los objetos arreglados manifiestamente, del modo más adecuado para favorecer el incendio, que éste había sido producido con premeditación, y de acuerdo sin duda con alguna de las personas, á cuyo cargo corría el negocio.

En efecto, la descripción contenida en el informe policial, de f. 6 á 9, y ratificada más tarde por la diligencia de inspección judicial constatada á f. 10 y 11, demuestran sin ningún género de duda, aquella disposición.

« Entonces, dice el expresado informe, se penetró en el almacén, y lo primero que se ofreció á la vista de la autoridad y de varias personas respetables, fué una especie de barricada que hábilmente se había formado, de cascotes llenos de líquido y vacíos, cajones, atados grandes de canastos y otros objetos más, que debían servir de combustible á la hoguera preparada por un hombre de alma venal. »

« Todo esto estaba amontonado é inmediato á la ventana por donde se arrojó el fósforo. Entre los diferentes cascotes vacíos, había una bordalesa tumbada á la que le faltaba un fondo. Esta tenía la cantidad de líquido inflamable que en tal condición podía contener, y él se componía de aguardiente, kerosene y azúcar rubia. »

« Una tabla como de una vara estaba colocada de este modo : una parte apoyada en el asiento de la ventana y el otro extremo dentro de la bordalesa, de manera que cuando el incendiario inflamase el líquido que contenía el tarro, pudiese correrlo á favor del declive en que se hallaba la tabla, y comunicar de esta manera el fuego al espíritu que contenía el casco mencionado. »

« Sin duda el criminal vaciló en presencia de tan horrendo delito, y no se atrevió á consumarlo ; ó la providencia quiso evitar que la familia del señor don Juan Señorans, que ocupa



los altos de aquel establecimiento, pereciese tal vez en medio de las llamas.»

« Pero hay mas, Sr. Jefe, todos los cascos que están parados formando lo que es una verdadera barricada, contienen encima de los fondos una cantidad de aguardiente mezclado con kerosene, para que el elemento voráz con mas rapidez redujese á cenizas aquel edificio y tal vez los contiguos.»

« A esto se agrega que una barrica de azúcar ya empezada, dos cascos llenos de espíritu inflamable y varios atados de escobas se encontraban á distancia bien calculada para la propagacion del fuego. »

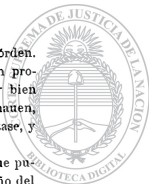
Tenemos, pues, que como lo declara la sentencia consultada, el cuerpo del delito, respecto á un incendio premeditado, y que ponía en inminente peligro muchas personas y varios edificios, se encuentra legalmente comprobado.

II

Ahora nos falta solamente averiguar quién fuese el autor de tan horrendo crimen : por mas que el delincuente, ¿cual sucede de ordinario, haya procurado envolverse en las tinieblas, no nos será difícil dar con él, siguiendo numerosas y claras indicaciones del proceso, si no perdemos de vista el proverbio infalible de la Jurisprudencia Criminal, *in delictis, is autor cui prodest*.

Siendo indudable, atendidas las circunstancias del caso, que el incendio fué escojitado y preparado por alguna de las personas que manejaban el negocio ó tenían entrada al interior de la casa, los dependientes ó el patron, no resulta la mas leve sospecha contra los primeros, ni se encuentra tampoco, que pudiera asistírles interés alguno en la perpetracion del delito.

Ninguno había tenido cuestion, ni abrigaba resentimiento contra Tassara ; todos ellos se retiraron del almacen, la noche del sábado, víspera del suceso, y el que mas tarde, lo verificó el mismo dia en que éste tuvo lugar, á eso de las diez



de la mañana, dejando todavía todo en el mayor orden.

Tampoco les aprovechaba en manera alguna el crimen proyectado, pues lejos de producirles ventajas, podía muy bien perjudicarlos; porque consumado el incendio del almacén, lo mas probable era sin duda que el negocio se levantara, y que todos ellos fuesen despedidos.

No queda pues, otro en quien recaigan sospechas, y que pudiese ser el autor del delito, que el mismo Tassara, dueño del negocio á quien efectivamente, el incendio le hubiera proporcionado una ganancia enorme; porque á pesar de que el almacén no contenía existencias por mayor valor que el de ciento setenta mil pesos moneda corriente, él lo tenía asegurado por diez y seis mil pesos fuertes.

No queda mas, lo repite el Fiscal, que pueda ser autor del delito fracasado, que el mismo Tassara, que no solamente era el único á quien aprovechaba, sino que apenas supo que la intervencion de la Policía lo había evitado, calculando haber sido descubierto su plan, desde ese momento se ocultó, y hasta el presente no ha vuelto á aparecer, á pesar de haber sido llamado por edictos.

Aunque nouviésemos, Exmo. Señor, mas datos que éstos para juzgar del hecho, el buen sentido nos diría desde luego, que su autor no fué otro que el procesado en rebeldía; mas no sucede así, sino que se agregan tales antecedentes, tantos y tan graves motivos de sospecha, que no es posible dudar si quiera razonablemente de su criminalidad.

El sujeto bien vestido ocultando el rostro con un sombrero chambergo, que raspó el fósforo, lo encendió y arrojó al interior del almacén, no era otro indudablemente que el mismo Tassara, pues como lo reconoce el Juez del Crimen, las señas que de aquel individuo han dado los menores Colona y Carlini, coinciden con la filiacion que del último hace la Policía á fs. 8, y la direccion en que se retiró, era precisamente la que debia llevar para ir á su casa situada en la calle Chacabuco 621.

Poco importa que esto no se considere prueba suficiente



de la identidad de la persona que arrojó el fósforo, con la de Tassara, desde que siendo bien claro que éste fué el que escojitó el incendio, y preparó los medios de realizarlo, él sería siempre el verdadero autor del delito ; y aquel no podría ser considerado, sino como el instrumento de que se sirvió.— Arts. 31 y 32 del Código Penal.

Dicho individuo á ser un extraño y sin haber recibido instrucciones, no podía saber la ventana en que se hallaba colocado el tarro de kerosene, que debia servir de núcleo al incendio, ni tampoco que los postigos se abrirían empujándolos, porque se hallaban sin aldaba ; en fin consta tambien que ese tarro, no pudiendo haber sido introducido por la reja, en la cual no cabía, habia sido colocado forzosamente por dentro, para servir al que del lado de afuera iniciaría el fuego ; lo cual resulta de las declaraciones de Don Aureliano Rolon á f. 10 y Don Juan Tomás Rubio á f. 21.

Aunque Tassara acostumbraba remitir del almacén á su casa habitacion, algunos artículos para el consumo de la familia, llamó con todo la atencion del carrero Francisco Arata, según lo declara á f. 32 por escepcional y extraordinaria. la remesa que aquel hizo á su casa, como veinte dias antes del incendio, de setenta latas, mas ó menos, de arroba y media arroba, con conserva de tomates, y algunos cascós de vinos finos para embotellar.

El dependiente Santiago Lerca hace notar á f. 33, que siendo la costumbre de Tassara el retirarse del almacén junto con los dependientes, tanto en los dias de trabajo, cuanto en los de fiesta, en que iban allí hasta las diez y media de la mañana, el dia en que tuvo lugar la tentativa del incendio, no lo hizo así, sino que se quedó solo, diciéndole á Lerca que tenia que esperar á cierto patron de buque por un negocio, y que á las seis de la tarde le remitiria la llave, como lo verificó.

Depone el mismo Lerca que en el almacén no habia aguardiente, pues el tenerlo les era vehedado ; porque hallándose asegurado el negocio, ya fuese por prevenirlo así los estatu-



tos de la Compañía, ó por cláusula especial del seguro, aquello les estaba prohibido, segun se ha expuesto.

Sin embargo, el sábado vispera de la tentativa del incendio y del día en que todo se arregló para que éste se produjera, Tassara llevó al almacen una bordalesa de aguardiente, esplicando ese hecho con decir, que tenia que remitirla á la campaña, como parte de una factura de efectos.

Esta bordalesa viene á figurar con todo, en los preparativos del incendio en un rol importante, porque el aguardiente que contenia, no solamente sirvió para la mezcla con kerosene, de que todo estaba bañado, sino que segun el informe de la Policía, desfondada aquella de un lado, y conteniendo la misma mezcla combustible, debia servir de foco á los objetos amontonados por encima y á los lados.

Otra circunstancia que induce gran sospecha acerca de la criminalidad de Tassara en el incendio, y que hoy resulta de todo punto averiguada por el informe Policial de fs. 105, es la de que habiendo vivido la familia de Tassara en las piezas interiores del mismo almacen, poco antes de la tentativa de incendio la habia sacado, mudándola á la calle Chacabuco.

Las circunstancias referentes al seguro de su negocio y á la fuga de Tassara, inductivas de fuerte sospecha, se agravan todavía sobremanera por ciertos accidentes especiales.

Declara D. Juan Señorans á f. 17, haber oido decir que el dueño del almacen lo tenia asegurado por 16,000 pesos fuertes; (las existencias parece que no alcanzaban á 7,000) y que dias antes de la tentativa de incendio, fué á pedir á la Compañía, se le reconociera mayor capital, pues decia haberlo aumentado; lo cual rehusó aquella, y entrando en sospechas, tomó nota para borrarlo, luego que terminase el plazo.

Ahora bien, de las diligencias mandadas practicar por V. E. á solicitud del esponente, resulta, segun el informe policial de f. 102, que efectivamente el procesado habia hecho asegurar su negocio por 16,000 fuertes en la Compañía Impe-



rial, calle Chacabuco N° 25, que hoy está refundida en la Traslántica, desde el 1° de Setiembre de 1878.

La Compañía no ha podido informar, por haberse cambiado el Director, si antes del incendio, Tassara anduvo ó no solicitando se le reconociese aumento de capital ; pero en los libros y al lado de la partida referente al convenio de Tassara, aparece una nota con lápiz, de puño y letra del Director anterior, señor Proffer, en estos términos : « sería mejor dejar sin renovar este seguro á su vencimiento ó de todos modos verificar las existencias. »

Se vé por esto de una manera evidente que aun antes de la tentativa de incendio, la Compañía de Seguros sospechaba ya de Tassara, y se habia apercibido de su mala fe, creyendo que proyectaba alguna maldad : que cuando menos la estaba engañando respecto al valor de las existencias, razon por la que su Director consideraba prudente finalizar el convenio del seguro, ó ya que se continuase, verificar las existencias, desconfianzas muy fundadas y muy legítimas, segun vino á demostrarlo el suceso que nos ocupa.

III

Respecto á la desaparicion de Tassara, si bien como veremos en seguida, la fuga del procesado, contra lo que equivocadamente establece el Juez del Crímen en su sentencia, induce siempre presuncion legal de criminalidad (Tejedor, « Curso de Derecho Criminal », tomo 2° pág. 205, N. 406), en el caso presente por las circunstancias especiales que la acompañan, aquella presuncion se robustece sobremanera, y se convierte casi en evidencia.

La Policía, segun se ha referido, aunque apagó el incendio, quiso cerciorarse de que quedaba completamente extinguido, y trató de entrar al almacén ; pero encontrándose éste cerrado con llave, tuvo que mandarla á pedir á casa de Tassara,



y envió al efecto á don Alejandro Trementon, quien la trajo realmente.

Tassara, pues, supo lo que ocurría, y entregó la llave á Trementon, á fin de que la Policía pudiera acabar de extinguir el incendio; pero con todo, él no vino al almacén en tales circunstancias, ni se le vió por allí.

Ahora bien, ¿no es una conducta la mas rara en un comerciante, á quien se avisa que su casa de negocio se ha incendiado, el no venir, ni parecer en ella, á tomar alguna disposicion, ó evitar siquiera los robos y las consecuencias del desórden que suele producirse?

Hasta ese momento nadie abrigaba sospecha alguna de Tassara, ni la Policía pensaba siquiera en tomar medidas contra él. Y sin embargo, Tassara en vez de acudir á salvar su negocio, ayudando á apagar el incendio, se ocultó por el contrario inmediatamente, sin haber vuelto á aparecer mas.

¿Quién pudo decirle, pregunta el Fiscal, que convenia que se ocultára, porque se le daría por autor del delito, sino su propia conciencia que acusaba la criminalidad de su conducta?

No solo esto, sino que temiendo tambien por sus intereses, sobre los cuales podia caer responsabilidad, el dia siguiente, 16 de Julio de 1879, y aun estando oculto, vendió por la oficina del Escribano D. Alfredo Ponce, á D. Esteban Cichero y D. Pablo Perallo, la parte que tenia en la fonda denominada la « Antigua Sonámbula », segun resulta del certificado de fs. 98 v.

Al mes siguiente fué declarado en quiebra, lo cual se deduce del oficio del Juez de Comercio á f. 14; y si bien es verdad que posteriormente conservándose siempre oculto, arregló con los acreedores, quienes se dieron por satisfechos de sus respectivos créditos, ya se sabe como se realizan tales arreglos, una vez que se hace comprender á aquellos que no tienen absolutamente nada sobre que recaer.

A pesar de todo esto, Exmo. Señor, el Juez del Crimen—

apreciando en su sentencia el mérito del proceso, encuentra que la criminalidad de Tassara no se ha comprobado debidamente, pues según él, no ha de tomarse en cuenta la fuga, que legalmente hablando, no debe producir presunción alguna contra el procesado.



IV

Nada hay mas equivocado que semejante doctrina, que resulta opuesta, no solo al comun sentir de los autores, sino tambien á la decision de ley expresa referente al caso.

« Pero si el reo, dice Gomez, no fuese capturado, sino que huyese de su casa y jurisdiccion, antes de espedirse mandato de prision por el Juez, entonces la fuga no hace prueba plena por la cual pueda ser condenado, sino que induce solamente presuncion ó indicio. — Gomez, Comentario á la Ley LXXVI de Toro N° 12.

« El que huye del juicio, dice Murillo, se presume culpable, é inocente el que lo afronta. De aquí es que la fuga del reo antes del sumario ó de la acusacion, establece una presuncion nada leve, de haber cometido el delito, pues parece ser efecto de la conciencia del crimen ». — De las Presunciones, tom. 2°, pág. 321, N° 198.

« Y si por el proceso, dice Hevia Bolaños, pareciese (habla del prófugo citado por edictos) que hay probanza bastante para condenar al reo, ó que de mas de la fuga hay tal probanza ó informacion que bastaria para ponerle á tormento si estuviera presente, se ha de dar sentencia en que se pronuncie y dé por hechor del delito, y se le condene en la pena que por él merece, con mas las costas, como lo dice una ley de Recopilacion ». — Curia Filipica, P. 3ª, § 18, N° 6.

La Ley Recopilada citada por la Curia, á saber, la pragmática de D. Felipe II, expedida en Madrid en 1566 y refundida en la ley 3ª, tit. 10, lib. 4º R. C., contiene exactamente la misma decision que aquella enseña como doctrina.

Dicha ley se expresa en estos términos : « y si por el dicho



proceso pareciere que hay probanza bastante para condenarle (al reo prófugo), ó que demas de la fuga hay tal probanza ó informacion, que baste para poner á tormento al que así fuere acusado ó llamado, si estuviera presente ; que el Juez, que del dicho negocio conociese, dé sentencia en que le pronuncie y dé por hechor del delito de que así hubiere sido acusado, y le condene en la pena que por él merece, con mas las costas ».

Solo falta observar, Exmo. Señor, aunque sea penoso recordar, siquiera incidentalmente institucion tan absurda y abominable, cual era el tormento, que para aplicarlo, no se necesitaba prueba plena del delito, pues antes bien, existiendo esta prueba, aquél no podia decretarse ; sino que bastaba semi-plena á saber, la declaracion de un testigo ú otra presuncion grave, como la fama pública, en conformidad á lo dispuesto en la ley 13, tit. 30, P. 7ª.

Ahora pues, ¿ quién sostendria que el cúmulo de datos y antecedentes gravísimos que pesan sobre Tassara, no importe prueba mas que semi-plena, que unida á la presuncion legal que surge de su fuga y rebeldía, constituya la prueba que estima suficiente la enunciada ley 3ª, tit. 10, lib. 4º R. C.?

El Juez del Crimen, Exmo. Señor, se ha extraviado en esta causa, confundiendo dos casos enteramente diversos, el en que se proceda de oficio ó por acusacion Fiscal, y aquel en que por querella de un particular agraviado, se pedia, como se usó en tiempos remotos, que el reo fuese declarado enemigo suyo, y se le dejase á su merced, para poderlo matar donde lo encontrase, que es al que se refiere la ley LXXVI de Toro.

En este último caso, era indispensable como se comprende, exigir plena probanza del delito, antes de condenarse al reo, pues la sentencia se habia de ejecutar sin oírsele ; mas esto no sucede, ni existe la misma razon en el caso á que alude la pragmática de D. Felipe II ; pues las sentencias capitales pronunciadas en rebeldía, no se debian ejecutar sin audiencia



del reo, y en cualquier tiempo en que fuese capturado, había de permitírsele defensa, como hasta ahora se practica.

Tal es en efecto la explicacion que sobre este punto encontramos en Gomez, y por su mucha importancia en el caso presente, puesto que afecta el principal fundamento de la sentencia consultada, para absolver al procesado, conviene transcribir textualmente las palabras de aquel autor.

Dice pues : « Todo lo cual supuesto y considerado, lo que quiere y determina nuestra ley de Toro (la LXXVI alegada por el Juez del Crimen) es que aunque el reo delincuente puede en su ausencia ser condenado definitivamente, por su fuga, unida á los expresados indicios, en conformidad á la mencionada pragmática (ley 3ª, tít. 10, lib. 4ª, R. C.), con todo al efecto de ser dado por enemigo de la parte ofendida, y encomendarse á esta misma la venganza, no basta la prueba presuntiva á que aquella se refiere, sino que se requiere verdadera, líquida y plena probanza ; siendo este el genuino sentido de la ley de Toro ».

« La razon puede consistir en que cuando se proceda contra el reo ausente por vía de acusacion y en juicio ordinario, despues que fuese capturado, debe ser oído plenamente, si quisiese demostrar su inocencia, sin que la sentencia pueda llevarse inmediatamente á ejecucion. Pero si pronunciada la sentencia fuese muerto por el enemigo, no podria patentizar su inocencia ». — Comentario á la ley LXXVI de Toro, N° 14, pág. 686.

Por lo demás, Exmo. Señor, aunque la prueba en el caso presente consista solamente en presunciones, estas son tan numerosas, tan graves y tan estrechamente unidas, que consideradas en su conjunto y comparadas todas las circunstancias, producen la certeza moral y llevan al ánimo el convencimiento, bastando por tanto para fundar la condenacion.

Como se reconoce en la sentencia consultada, las presunciones son muchas veces un medio indispensable y legitimo de esclarecer la verdad : el Código Penal solo las excluye

cuando se trata de pena capital, art. 91, admitiéndolas especialmente respecto á la tentativa de incendio, art. 348.

Atendidas las circunstancias del caso, en que si bien el delito no llegó á consumarse, no fué por arrepentimiento del procesado, el cual puso de su parte todos los medios, hasta el último acto que debía realizarlo, sino independientemente de su voluntad, el delito se encuentra rejido por la combinacion de los arts. 20, inc. 3º y 343 del Código.

El Fiscal concluye por tanto, en conformidad á lo que deja expuesto, solicitando se revoque la sentencia consultada, y se declare al procesado prófugo y rebelde Juan Tassara, autor responsable de la tentativa de incendio que forma la materia de esta causa, imponiéndosele la pena de seis años de Penitenciaria.



UN DELITO DE HOMICIDIO LEGISLADO ESPECIALMENTE

SUMARIO :

Exposicion circunstanciada del caso—Se trata en él de la muerte inferida entre dos, á un individuo, cuyo cadáver manifestaba seis heridas, de las que una solamente era mortal—No constando cuáles ni cuántas heridas causó cada uno de los procesados, ¿cómo debe juzgarse?—Si se les debiese castigar á uno y otro, ¿cuál seria la pena aplicable?—Inteligencia del art. 204 que rije al caso—¿Qué entiende el Código por heridas graves, cuando ni las define, ni conserva tampoco, la antigua division de mortales, graves y leves?—El Código juzga de la gravedad de las heridas por su resultado; mas este criterio no es aplicable en el caso actual, por cuanto habiendo el herido fallecido en el acto, á consecuencia de la herida mortal, no puede conocerse con exactitud, el resultado que hubieran tenido las demás—Sin embargo, habiendo tres de ellas interesado el pulmón, puede suponerse que el herido si hubiese vivido, habria quedado perpétuamente inutilizado—En este caso si fuesen imputables á los procesados, la pena en conformidad al art. 236, debiera ser de tres años de prision, y no de uno solamente segun resuelve la sentencia consultada—El Juez arriba á tan extraño resultado, comprendiendo, que al referirse el precitado art. 204 á las disposiciones sobre las lesiones, alude al caso análogo previsto en este título y penado en el art. 241—Esto no es así: pues que no puede confundirse en manera alguna, el caso en que de una pelen resultase un homicidio, sin que se pueda averiguar el que lo causó, con el de que solo resulte una herida grave—Al referirse en cuanto al primero de estos casos, el art. 204 á las disposiciones penales sobre las heridas, lo que quiso indicar, es que se aplique á todos los contendientes la pena generalmente establecida para las graves en los casos comunes—Puede demostrarse directamente por el mérito del proceso, que el reo presente es responsable por lo menos, de una de las heridas clasificadas como gravísimas—Cuando fuese cierta la teoría del Juez del Crímen y exacto el cómputo que verifica para determinar la pena, ésta resultaria



siempre deficiente—Se olvida en efecto, que el suceso de que se trata, se produjo resistiendo los procesados con armas á la autoridad; lo que de por sí constituye un delito castigado con un año de prision, pena que debería agregarse á la que correspondiese por las heridas.



Erna. Cámara:— El Fiscal en la causa seguida de oficio contra los reos Benito Roldan presente, y Erasmo Mangudo prófugo, por muerte violenta inferida al soldado de Policia Gregorio Vera; instruido del mérito del proceso, dice: que V. E. se ha de servir en justicia reformar la sentencia consultada, en lo concerniente á la pena, agravándola con arreglo á las observaciones que espondrá en este sentido.

Habiendo intentado prender el mencionado vigilante, en una quinta de esta ciudad, con arreglo á la órden que recibió, al procesado Roldan que se hallaba acompañado de Mangudo, por sospecharse ser el autor de un salteo hecho en Saavedra, á fines de Diciembre del año anterior, ambos resistieron é hicieron armas, teniendo cada uno de ellos un revolver de diez ó doce tiros y Mangudo ademas un puñal.

Los únicos testigos presenciales de lo ocurrido, fueron D. Natalio Bejarano y su peon Pedro Quirola, los cuales en sus declaraciones de f. 6, ratificadas bajo juramento ante el Juez de la causa, á f. 28, 29 y 30, refieren: que habiéndose adelantado Vera de sus compañeros, entró á la quinta de Viera en persecucion de los procesados, los cuales le hicieron varios tiros, al mismo tiempo que se retiraban y trataban de escapar.

Vera que tambien tenia un revolver, á mas de su sable, y que probablemente aun no habia sido herido, al menos de gravedad, á pesar de los tiros que se le dispararon, continuó la persecucion; pero como Roldan y Mangudo, saltando un cerco de alambre, se pasasen á la quinta de Napoleon, trató de salvarlo él tambien; mas al verificarlo, los procesados le hicieron nuevamente varios disparos, con los cuales lo derribaron. viniéndosele encima al verlo caer.



Roldan le quitó el sable, y lo ultimaron á tiros y puñaladas.

El informe médico de f. 14 y 15, constató en el cadáver de Vera, seis heridas; dos de ellas aunque de bala, *muy leves* ó meras escoriaciones producidas por el roce de los proyectiles; tres *gravísimas* porque habian interesado el pulmon, siendo de estas dos de bala y una de arma blanca; y en fin, otra clasificada de *mortal* producida tambien por arma blanca.

Habiendo tenido reuoluer ambos procesados, y habiendo tambien hecho uso de él, entre las heridas de bala es imposible discernir cuáles fuesen inferidas por cada uno de ellos, y tampoco consta esto positivamente respecto á las de arma blanca, pues cuando lo ultimaron á Vera ya caido en el suelo, Mangudo tenia un facon ó cuchillo grande y Roldan el sable que le habia quitado, armas que emplearon uno y otro en estas circunstancias.

Se ofrece de consiguiente grave dificultad, para determinar con exactitud, la parte que á cada uno de los procesados corresponde, en el hecho materia de esta causa; la responsabilidad legal que les incumbe; y la pena que se les haya de imponer: tratando de verificarlo el Juez del Crimen, por una serie de racionios fundados en las reglas del Código Penal, viene á parar en que el delito debe penarse con un año de prision.

Tan extraño resultado sin embargo, respecto de un crimen atroz, como el homicidio de un agente de policia á causa del ejercicio de sus funciones; cuando la mas leve rateria cometida de noche ó falseando algun baúl, se castiga con dos años de prision, parece ciertamente inaceptable, pues que la pena no guarda proporcion alguna con la enormidad del delito á que se aplica; para el cual el primer Agente Fiscal que intervino en la causa creyó que debia pedir pena capital, y el que lo reemplazó, por lo menos, presidio indeterminado.

Es de sospecharse por tanto, que en los argumentos con que el Juez del Crimen apoya su resolucion existe vicio, y que se haya estraviado en la serie de racionios que lo



han conducido á una conclusion tan imprevista é inadmis-
sible ; así lo cree firmemente el Fiscal ; mas para demostrar
los errores cometidos, le es indispensable recorrer aquellos
raciocinios, examinarlos y criticarlos.

No pudiendo determinarse, segun se ha indicado que he-
ridas infirió á Vera cada uno de los procesados, ni tampoco
cuál de ellos le causó la herida de que falleció, el que debiera
ser considerado autor responsable del homicidio, el Juez del
Crimen ocurre al art. 204 del C. P. en el cual hablando del
homicidio resultante de una riña entre varios, se establece lo
siguiente :

« Si entre las heridas que se reconozcan en la víctima, unas
resultan mortales, y otras no, los autores de estas últimas,
serán castigados segun la naturaleza y gravedad de las heri-
das causadas por ellos, conforme á *las disposiciones legales
contra las lesiones* ».

« Si no existe certidumbre completa á este respecto, todos
serán castigados *segun las mismas disposiciones*, absolvién-
dolos relativamente, á las heridas que dieron la muerte ».

Este último es sin duda alguna el caso que nos ocupa ; y
entonces el Juez del Crimen se pregunta : ¿Cuáles son las
disposiciones especiales contra las lesiones, que hayan de
aplicarse á Roldan y Mangudo ? el cree que la del art. 241.

Este establece : « Que si en una riña ó pelea, se infiriesen
á alguno, lesiones graves, y leves, no siendo conocido el
autor, se aplicará á todos los que tomaron parte en la pelea
contra el ofendido, la pena correspondiente á las lesiones
graves, desminuida en las dos terceras partes ».

Pero el Código no define las lesiones graves, ni divide
las heridas, cual lo hacia la antigua Jurisprudencia, en
mortales, graves y leves, valorando solamente su importancia
por el resultado ; si produjeron la muerte, la pérdida de al-
gun miembro, la incapacidad para trabajar ó una larga cu-
racion, etcétera.

En el caso *sub judice* sin embargo, no es posible valorar
de esta suerte las heridas graves en Vera, porque habiendo



fallecido instantáneamente, á consecuencia de otra herida mortal, no llegaron á conocerse los resultados que aquellas habrian tenido: surge pues esta otra cuestion: ¿qué resultado debe suponerse que habrian tenido dichas heridas, dado caso que Vera no hubiese muerto ?

El Juez parece considerar que habria quedado inútil para el trabajo, y perpétuamente enfermo ; lo cual no deja de ser muy razonable, si se tiene en vista, que las tres heridas de esta clase que recibió, habian interesado el pulmon ; y encuentra así que se trata de heridas penadas ordinariamente, con tres años de prision en conformidad al articulo 236.

Esta es la mayor pena que el Código aplica á cierta clase de heridas, las cuales estima sin duda, por las mas graves ; y como el médico clasifica tres de las inferidas á Vera de *gravísimas*, parece en efecto que deben comprenderse en dicha clase.

Mas cuando no es bien conocido el autor de tales heridas en el caso antes propuesto, segun el citado art. 241, aunque se debe castigar á todos los que tomaron parte en la pelea, no se les ha de imponer sin embargo la pena comun, sino disminuida en dos terceras partes ; rebajando pues dos años, de los tres de prision determinados en el art. 266, tendremos que Roldan y Mangudo son acreedores á la pena de un año de reclusion.

Hé aquí, Exmo. Señor, la manera de racionar del Juez del Crimen, y los fundamentos que basan su resolucion ; no son por cierto bastante sólidos, y el Fiscal tiene que oponerles muchas observaciones, que lo demostrarán cumplidamente.

Primero no es exacto, ni puede decirse propiamente hablando, que la muerte de Vera haya ocurrido en riña ó pelea, para que tuviera aplicacion el artículo 204, cuya disposicion se refiere al caso supuesto en el 201 ; porque aunque dicha muerte fuese precedida de pelea, no se verificó sin embargo en ella ; desde que ésta habia cesado de todo



punto, cuando Roldan y Mangudo, habiendo derribado de un balazo á Vera, lo desarmaron.—Arg. del art. 257.

Fué con todo, entonces precisamente, que lo ultimaron atacándolo ambos simultáneamente á tiros y á puñaladas: hecho en el cual de consiguiente, no puede verse una muerte en riña sino un homicidio comun ; y habiendo cooperado á su consumacion ambos procesados, de un modo directo, éstos deben considerarse coautores igualmente responsables del delito.

Cuando pudiera establecerse que uno de ellos tuvo una parte mas principal, por haber sido el autor de la herida que ocasionó la muerte de Vera, el otro resultaría por lo menos, mediante su participacion directa en la ejecucion del delito, cómplice de primer grado.

Ya que no pueda, pues, discernirse aquella circunstancia, ni determinarse un autor principal en el delito, es manifesto que no se haria agravio, ni injusticia á ninguno de los procesados, con imponerse á uno y otro la pena de cómplice de primer grado ; porque así como en este caso es evidente, que uno de ellos recibiría menos pena de la que en realidad le correspondería, es seguro tambien que en el otro, alguno de ellos la recibiría mayor de la que debia aplicársele.

Es cierto que el Código Penal, tratándose de homicidio verificado en riña ó en pelea ocurrida entre varios, sin que pueda determinarse positivamente el autor, para graduar la pena de los que han intervenido, no sigue las reglas generales relativas á la complicidad, sino que separando la responsabilidad de cada uno, la castiga especialmente.

¿ Cómo habria castigado el Juez del Crimen, pregunta el Fiscal, á los procesados, si en el hecho ocurrido, Vera en vez de haber sido muerto, hubiera resultado herido de gravedad, sin poder averiguarse quien lo hiriese ? Indudablemente los habria castigado, de conformidad á lo dispuesto en el art. 241, inciso 2°, imponiendo á todos los coparticipes, á saber : Roldan y Mangudo, la pena de las lesiones graves,



disminuida en dos terceras partes, ó sea un año de prision, segun el cómputo de la sentencia que examinamos.

Luego manifestamente no puede ser esta misma, la pena que corresponda á los procesados, cuando no se limitaron á herir gravemente á Vera, sino que lo mataron, á menos que se sostenga que es igual el delito de homicidio al de heridas graves ; pues solo entonces la complicidad ó coparticipacion de igual grado en uno y otro, podrian castigarse con la misma pena.

El Código Penal hace expresamente distincion, aun en el caso supuesto, del homicidio y el delito de heridas graves, determinando sobre ellos en diversos artículos, cuando segun la teoría del Juez del Crimen, ambos casos vendrian á constituir uno solo, siendo penados de la misma manera.

En concepto del Fiscal, el Juez del Crimen entiende equivocadamente el art. 204 del Código Penal, que hablando del homicidio resultante de una pelea entre varios, y sin que pueda determinarse el autor, ordena que absolviéndoseles á todos del delito de homicidio, en cuanto á la pena se esté á la establecida para las lesiones : no quiere decir esto que se imponga la pena de las heridas resultantes de una riña entre varios, y cuyo autor no se conoce, á saber, la ordinaria disminuida en dos terceras partes, sino la que se aplica en general á dichas heridas, cuando su autor es conocido.

La redaccion misma del indicado artículo, indica ser ésta su verdadera inteligencia : pues que al ordenar que se apliquen las penas de las lesiones, declara que se debe absolver á los procesados solo del delito de homicidio ; lo cual significa que se tiene por probado el de heridas, y entonces faltando únicamente determinar la pena, es á este solo respecto, que se refiere á la establecida para las lesiones.

Hay mas, Exmo. Señor, en particular, respecto al procesado Roldan, del cual aunque pueda dudarse fundadamente, si fué ó no autor de la herida mortal inferida á Vera, no puede ponerse en duda igualmente, que por lo menos le causó una



de las heridas calificadas de gravísimas; porque esto se demuestra con toda claridad.

Efectivamente, de los dos testigos que presenciaron la muerte de Vera, uno, Pedro Quirola, afirma que Roldan le sacó el sable á Vera cuando cayó y que pegándole varias estocadas le decía : « tomá hijo de... »

Segun esta declaracion, Roldan le pegó á Vera *varias* estocadas : serian, pues, dos cuando menos, y como en el cadáver de éste no aparecian sino dos estocadas ó puñaladas, una de las cuales constituia la única herida clasificada de mortal, resultaría que Roldan fué su autor, y que lo fué además de otra herida gravísima, pues lo era la única de estas causada con arma blanca.

El testigo don Natalio Bejarano dice : que voltearon al soldado (Roldan y Mangudo á Vera), yéndose entonces sobre él y pegándole en el suelo varios balazos y puñaladas, fúgándose en el acto que vieron á los declarantes que llegaban.

Dedúcese de esta declaracion, que cada uno de los procesados es autor de una de las heridas de arma blanca, aunque no se puede determinar de cuál, si de la que resultó mortal ó de la clasificada solamente de gravísima ; porque segun aquella declaracion, los dos procesados infirieron á Vera varias puñaladas; y como éste no recibió sino dos, una mortal y otra gravísima, resulta que cada uno le infirió alguna de ellas.

Las dos declaraciones convienen, pues, en que, cuando menos, Roldan fué el autor de una de las heridas de arma blanca que fueron las puñaladas : podrá dudarse con todo si aquella herida era la mortal ó la otra considerada gravísima; pero no se puede poner en duda de que en el caso mas favorable para él, seria responsable de herida gravísima, desde que la disyuntiva versa entre estos extremos : ó fué el autor de las dos puñaladas ó al menos de una de ellas ; y en este último, ó lo fué de la mortal ó de una gravísima.

Si esto es así, Exmo. Señor, como se acaba de demostrar y es fácil verificarlo en el proceso, tendríamos que Roldan debe

ser penado segun lo anteriormente expuesto, y la doctrina sentada por el Juez *á quo*, con tres años de prision que es la pena determinada en el Código para las heridas mas graves.

En fin, aun prescindiendo de todo lo alegado y admitiendo como exactas las apreciaciones del Inferior, su resolucíon resultaria siempre deficiente y equivocada ; pues en ella sin razon alguna, se prescinde de la circunstancia que califica el hecho, de haberse verificado, resistiendo con armas á la autoridad, lo cual de por sí constituye delito separado y penado por el art. 375 con un año de prision.

Si, pues, los procesados fuesen acreedores á esta pena por las heridas inferidas á Vera, cual lo declara el Juez del Crímen, esa pena deberia doblarse, aumentándose otro año de prision por la resistencia armada á la autoridad ; porque aunque el Código castiga todos los delitos que se cometen por una misma accion, con una sola pena, la que corresponde al mayor, en el caso presente, siendo ambos delitos iguales, esto no podria tener lugar, y ambas penas deberian acumularse.

Por estas consideraciones, el Fiscal opina que debe reformarse la sentencia consultada, en cuanto á la pena de un año de prision que determina, modificándose en el sentido de lo que deja expuesto.



VISTA XXXVI

CAUSA DE HOMICIDIO

SUMARIO:

Sobre la protesta de sinceridad del Defensor, que se reconoce sin dificultad; observándose, sin embargo, que el abogado concluye casi siempre por preocuparse—Se levanta el cargo hecho á los Jueces del Crimen, de que el ejercicio de sus funciones los predispone á considerar delincente á todo procesado—Puntos á que se contrae la expresion de agravios; y para procederse á su exámen, se presenta la relacion de los hechos—Lo que resultaba de la primera indagacion practicada por la Policia, y lo que se deduce de la sumaria informacion judicial—Constatado el hecho material del homicidio, ¿qué deba juzgarse sobre la intencion con que se ejecutó?—Desfavoreciendo al reo la presuncion legal de dolo, le correspondia desvanecerla; aunque le bastaba prueba imperfecta y de mera verosimilitud—No es suficiente, sin embargo, establecer la posibilidad de la inocencia por suposiciones arbitrarias ó hipótesis imaginarias: doctrina de Mittermayer—Exámen comparativo del mérito del proceso con relacion á las circunstancias inductivas de la intencion y de las declaraciones de los testigos de descargo—Aunque dos testigos hacen plena prueba, hay que examinar prolijamente sus declaraciones, pues la prueba testimonial es muy peligrosa—El Juez no es obligado á atenerse siempre á lo que dice el mayor número, aunque se trate de testigos no tachados, especialmente en causas criminales; pues debe preferir lo que encuentre mas razonable—Circunstancias que en el caso presente hacen desmerecer á los testigos de descargo—Eran amigos del reo y compañeros de parranda, habiendo andado juntos en diversion, cuando ocurrió el hecho de que se trata—Han declarado además, con variedad y con inverosimilitud.

Exma. Cámara : — El Fiscal instruido por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, del mérito de la causa



seguida de oficio contra Jaan Ferrari por herida necesariamente mortal, que con bala de revolver infirió á Julian Trillo, respondiendo á la espresion de agravios hecha por el Defensor, de la sentencia que declara al procesado reo de homicidio voluntario, y le condena como tal á la pena de seis años de Penitenciaria, dice : que la referida resolución es arreglada á Derecho, y no infiere en realidad los agravios que se suponen, segun lo demostrará, respondiendo á las objeciones que contra ella se han aducido.

I

El Defensor, Exmo. Señor, empieza su exposicion protestando de la sinceridad de sus opiniones y de la íntima conviccion que le asiste sobre la justicia, con que solicita la absolucion del procesado.

Seria hacer una ofensa inmerecida á la reputacion del distinguido Abogado que ha desempeñado la Defensa del reo en esta causa, el poner en duda sus palabras ; pero V. E. en su larga esperiencia del Foro, habrá observado sin duda lo que constantemente sucede, que todo Abogado, una vez que ha aceptado cualquier defensa ; que ha empleado muchas horas de estudio buscando argumentos legales en que apoyarla, y aguzando su ingenio para presentar los hechos del modo mas favorable, concluye casi siempre por persuadirse de la verdad de lo que sostiene, hasta el punto de rechazar aun la posibilidad de error, en el cual sin embargo su misma preocupacion lo hace incidir muchas veces.

Ella se revela bien pronto esta vez ; porque despues de manifestar el Defensor la íntima conviccion que lo anima, de la inocencia del procesado, observa en seguida que este ha pasado una gran parte de su vida, dedicado á un trabajo asíduo y honrado, sin haber cometido una sola falta ; y no repara en que, no habiendo tenido el reo cuando cometió el delito de que se trata, sino 19 años, no ha podido



consagrar largo tiempo al trabajo, ni tampoco empezar más temprano la carrera del crimen.

En esa situacion, continua el Defensor, Juan Ferrari vino á ser victima de la fatalidad, hiriendo mortalmente á un desgraciado, y siendo arrancado del seno de la familia, para ser recluido en el silencio y oscuridad de una celda : es en verdad semejante suceso una gran desgracia digna de deplorarse ; pero la compasion no debe impedirnos reflexionar, que si este jóven en el primer delito que ha cometido quedase impune, ó no recibiese un castigo suficiente á corregirlo, probablemente tendria que sufrir mucho mas todavia, y seria del todo perdido para su familia y para la sociedad.

II

Tratando de esplicarse el Defensor cómo ha podido ser condenado su protegido, á quien supone inocente, observa á propósito de esta causa, que en los Tribunales del Crimen se respira una atmósfera demasiado pesada, y que los Jueces acostumbrados á tratar con criminales, concluyen por no ver en el procesado mas que un delincuente, que es un mal elemento y un motivo de alarma para la sociedad.

En obsequio de la verdad y por honor á la magistratura, el Fiscal no puede admitir la exactitud de esta observacion. No consistiendo menos el noble oficio de Juez del Crimen en castigar á los delincuentes, que en absolver á los inculcados, no debe avezarse menos á lo primero, que á salvar y proteger la inocencia, dedicando á tan importantes objetos, y con mas satisfaccion cuando puede emplearse en este último, su inteligencia, su instruccion y su probidad.

Lo que produce necesariamente el ejercicio de cualquier arte, profesion ú oficio, es la esperiencia, origen de todo adelanto y perfeccionamiento ; el cual consiste para los Jueces del Crimen principalmente, en la facilidad que adquieren en la indagacion de la verdad, la sagacidad con que discier-

nen desde luego el calumniado del verdadero delincuente, y en la equidad en fin, con que aprenden á proporcionar la pena á la gravedad de cada falta.

III

Descendiendo despues la defensa al fondo del asunto, ataca la sentencia apelada por dos motivos fundamentales, á cuyo exámen se contraerá tambien la presente vista.

1º En cuanto establece : que constando el que Trillo murió violentamente, á consecuencia de una herida recibida en la frente, y producida por tiro de revolver que sacó el procesado, debe suponerse en este la intencion de causarla, declarando que en tales hechos se presume el dolo.

2º Porque el Juez del Crimen no ha fijado los hechos con arreglo al mérito de las declaraciones de los compañeros de Ferrari, que no siendo tachados ni tachables, y habiendo sido testigos presenciales del suceso, lo consideran casual, y sus dichos acuerdan perfectamente con la declaracion del procesado.

Antes de responder á estas objeciones, conviene que recuerde, tanto la relacion de lo ocurrido que con referencia á los datos recojidos por él, hace el Comisario de Policia, como la que resulta de la indagacion judicial, que tuvo por base á la primera.

El Comisario D. Julio Panthou, en su parte fecha 19 de Abril de 1880, al Jefe de Policia, extracta fielmente los antecedentes que remitia en los términos siguientes :

« Con fecha de ayer remití preso á ese departamento á Juan Ferrari por lesiones corporales, y al Hospital General de Hombres al herido Julian Trillo, aumbos á disposicion de V. S ».

« Antenoche como á las diez y media próximamente, Juan Ferrari acompañado de Juan Bado, Gerónimo Solari, José y Agustin Graviotto y Enrique Conde, penetraron al tambo





sito en la calle Belgrano entre Solis y Entre-Rios, con el objeto de tomar leche ».

« Al rato de estar allí llegó Julian Trillo, peon de dicho tambo, conduciendo unas vacas, y al querer entrarlas, una de ellas llevó por delante á Ferrari, el que por esa causa le dirigió un reproche á Trillo, dando por resultado el que se tomasen en palabras, y en circunstancias que el último estaba atando las vacas, á distancia de treinta pasos de Ferrari, *sacó este un revolver, y descerrajando un tiro, fué el proyectil á herir en la frente al espresado Trillo* ».

IV

De la informacion judicial resulta : que habiendo estado el dia del suceso Ferrari y sus espresados compañeros tirando al blanco en un almacen, al salir tomó un revolver : habiéndose producido en el tambo la indicada disputa entre Trillo y Ferrari, cuando aquel estaba ocupado en atar las vacas, este sacó su expresado revolver, al sacarlo se escapó un tiro, y la bala fué á herir á Trillo.

El procesado declara que creyendo descargado el revolver que tomó, al sacarlo solo se propuso amenazar á Trillo sin ánimo de ofenderlo ; pero que escapándole el tiro, aquello sucedió casualmente, en cuyo acerto es apoyado por dichos sus compañeros.

Como se vé, no hay duda de ningun género en que por consecuencia de una disputa Ferrari sacó un revolver, en que hubo un tiro, y en que Trillo resultó mortalmente herido ; mas no sucede lo mismo respecto á la manera en que el tiro se disparó, ya porque las circunstancias inducen á creer que no fué casual, cuanto porque el herido y el testigo José Rua á f. 86 vta. así lo dicen, y en fin los mismos compañeros de Ferrari depusieron en la Policia que este disparó el tiro.

Dados tales antecedentes surgen estas preguntas: ¿ Cómo



se ha de clasificar el hecho *prima facie* y con prescindencia de los demás datos que puedan hacer variar después esa clasificación? Debe reputarse homicidio voluntario, ó considerarse casual? ¿Cuál es en este caso la presunción de la ley, y á quién incumbe la prueba? Si fuese al procesado? ¿Qué clase de prueba debiera producir? ¿Esa prueba existe en el proceso, y sin embargo ha sido indebidamente desechada? He aquí, Exmo. Señor, las cuestiones legales á resolver, y que resumen toda la discusión.

V

Desde luego, al delito no lo constituye solamente el hecho material, como la muerte violenta de una persona, sino que además requiere la intención criminal ó la voluntad de cometerlo, sin la cual no existe un acto humano imputable.

Es cierto también que todo hombre debe ser considerado en posesión de buena reputación y tenido por inocente, mientras no se pruebe lo contrario: *nemo presumitur malus, nisi probetur*; pero este principio general se encuentra restringido por una regla más especial y aplicable al caso presente.

Cuando se ejecuta un hecho que considerado en sí mismo, la ley clasifica por delito, se presume practicado con intención criminal: *delictis inheret dolus*; y esta doctrina se halla consagrada por el art. 13 del C. P. que la sentencia apelada ha tomado por base de su resolución.

« Toda acción criminal, dice el enunciado artículo, se presume legalmente cometida con voluntad criminal, á no ser que resulte lo contrario de las circunstancias particulares de la causa ».

Siendo pues, el homicidio uno de los delitos más graves clasificados en el C. P., en nuestro caso la muerte violenta de Trillo, consecuencia inmediata de un acto de Ferrari, debe suponerse intencional; y como uno de los efectos de la pre-

suncion de Derecho es el de cargar á quien desfavorezca con la obligacion de la prueba, *onus probandi*, tenemos por consecuencia que esta carga en el proceso que examinamos, correspondia al procesado, el cual para salvar su responsabilidad en el hecho que sirve de materia á la causa, era obligado á patentizar su falta de intencion.



VI

¿Cuál debía ser la prueba que produjese el procesado? Las defensas y excusas del reo, Exmo. Señor, no se reputan por los criminalistas modernos verdaderas escepciones, que puedan independizarse del hecho principal que caracterizan, ó ser consideradas por separado, y que como sucede en las causas civiles, para ser admitidas, hayan de acreditarse con prueba plena.

Ya Gomez, en su célebre tratado de *Re Criminali*, establecia: que la propia defensa podia acreditarse por presunciones, con testigos menos idóneos ó por prueba semi plena: los modernos generalizando esta teoría, enseñan: que le basta al procesado hacer verosímil su defensa, porque sus acertos resulten en armonía con las circunstancias del hecho consignadas en el proceso.

No es posible sin embargo ir mas adelante todavía, segun lo pretende el Defensor, y admitir tambien en términos absolutos, que sea suficiente al encausado para evadir toda responsabilidad, y demostrar su inocencia, establecer la mera posibilidad de dichas excusas y defensas por hipótesis imaginarias, aun desnudas de cualquier apoyo y de toda verosimilitud.

Lo que en este punto parece haber inducido en error al Defensor, es la parte del comentario oficial al artículo 43 del C. P. de Baviera, que trascribe el doctor Tejedor en la nota al art. 8º, tít y Lib. 1º, Parte 1ª de su proyecto, para explicar el sentido de la disposicion que contiene, en el cual



comentario se habla efectivamente, de la *posibilidad* de que el acusado haya obrado sin conocimiento, como circunstancia bastante á eximirlo de responsabilidad.

« Esta disposicion, dice aquel comentario, (la que supone la intencion) puede á primera vista parecer contraria al axioma, *dolus non presumitur*, pero delante de esta presuncion general hay otra especial, á saber : que todo hombre dotado de razon, se presume tener conciencia de lo que hace, y esta presuncion particular es superior á la general. Si se demostrase sin embargo, que el acusado no ha obrado con conocimiento de causa, ó si hay *posibilidad* de que no haya tenido éste conocimiento, la duda se interpretará en su favor, pues entonces es el caso de decir : *in dubio, dolus non presumitur* ».

Pero la posibilidad de que aquí se trata, no es la mera hipótesis filosófica, admisible en abstracto, siempre que no repugne á la esencia de las cosas, sino la posibilidad que deja subsistente la deficiencia en la prueba de cargo, ó que resultando apoyada por algunos indicios, permita no considerarla como una suposicion enteramente arbitraria é inverosímil.

VII

Esto se comprenderá mejor estudiando la doctrina de Mittermayer, que viene á ser la misma que la del indicado comentario ; pero que encontrándose espuesta con mas extension y claridad, se hace mas inteligible ; con la vénia de V. E. el Fiscal se permite trascribir algunos pasajes.

En su tratado de la Prueba en materia criminal. Parte 1ª, cap. 7º de la verdad, de la certeza y de la conviccion, á las páginas 60 y 61 dice :

« Los motivos de descargo pueden descansar tambien en una simple posibilidad ; pero posibilidad que en sus circunstancias especiales no sea extraordinaria por su naturaleza, y se deje concebir fácilmente ».



« Por lo que respecta á las circunstancias simplemente imaginables aunque poco frecuentes, el entendimiento no podría olvidarlas, desde el punto en que existieren indicios en la causa, por ligeros que fuesen, que estableciesen una probabilidad siquiera lejana».

« Por lo demás, un amigo sincero de la verdad deberá reconocer que la certeza con la que debe forzosamente contentarse, no se exime del vicio de la humana imperfeccion, y que siempre puede ser supponible lo contrario de lo que admitimos como verdadero. Siempre en fin la imaginacion fecunda del escéptico, *lanzándose en lo posible*, inventará cien motivos de duda. En efecto, en cualquier caso puede imaginarse tal combinacion extraordinaria de circunstancias, que venga á destruir la certeza adquirida.»

« Pero á pesar de esta combinacion posible, no dejará de quedar satisfecho el entendimiento, cuando motivos suficientes estableciesen la certeza ; cuando todas las hipótesis razonables hubiesen desaparecido, ó sido rechazadas despues de un maduro exámen : el Juez entonces creará ciertamente, estar en posesion de la verdad, único objeto de sus investigaciones. Además, el Legislador ha querido que en esta certeza razonable estubiese la base de la sentencia.»

« Pretender mas, seria querer lo imposible, porque no puede obtenerse la verdad absoluta en aquellos hechos que salen del dominio de la verdad histórica. Si la Legislacion rehusara sistemáticamente admitir la certeza siempre que pudiera imaginarse una hipótesis contraria, se veria quedar impunes los mayores culpables y por consiguiente la anarquía se introduciría fácilmente en la sociedad ».

VIII

La importancia de una materia, cuyas reglas tendrá V. E. con frecuencia ocasion de aplicar, pueden escusar únicamente una trascripcion tan estensa para demostrar, que al



hablarse en la materia de que se trata de la posibilidad, como descargo del reo, no se hace referencia á hipótesis puramente imaginarias y destituidas de toda probabilidad, sino á aquellas que resulten apoyadas, al menos hasta cierto punto, por las circunstancias del hecho.

Tales circunstancias no existen. Exmo. Señor, en el caso *sub judice* en favor de la posibilidad invocada por el reo; y al contrario, todo induce á creer que el procesado obró intencionalmente, y con conocimiento de lo que hacia.

En efecto, Ferrari sacó su rewólver enfadado por la disputa con Trillo, y quizá despues de amenazarlo con que le daría un balazo, segun lo han declarado el herido mismo y el testigo José Rua á f. 80 vta., aunque dos de los compañeros del procesado digan lo contrario; éste disparó su rewólver, como lo declararon unánimes ante el comisario cuantos habian presenciado el hecho: y en fin puesto que la bala fué á herir á Trillo de un modo tan certero, pegándole en la frente, á treinta varas de distancia, es de presumirse, segun lo tiene ya observado el Fiscal, que no solo hizo puntería, sino excelente puntería.

Se observa que aun sin ella, y habiéndose escapado el tiro por casualidad, el suceso, tal cual aconteció no deja de ser posible; si, porque todo cabe en el ancho campo de las hipótesis imaginarias; pero al mismo tiempo, y mas en vista de los antecedentes mencionados, es inverosímil, é inadmisible en consecuencia, por suficiente descargo.

IX

Es cierto que varios testigos contra uno solo, acorde sin embargo con lo que el herido manifestó, deponen haber ocurrido el suceso casualmente, tal como el procesado lo refiere. ¿Le habrá pues el Juez *a quo* causado efectivamente agravio al nó dar crédito á las declaraciones



de sus compañeros ? Esto nos conduce al exámen de la prueba testimonial invocada por parte de aquel.

Cinco testigos, á saber : Solari, Bado, Conde y los dos Graviotti, todos compañeros de parranda con Ferrari, los cuales habiendo salido juntos del tiro al blanco, donde parece hubo bebida, pues este último andaba algo alicorado : que entraron á un tambo cantando, y que suponen haber sido consultados por Trillo, apoyan la declaracion del procesado, que dice no haber tenido intencion de ofender á éste.

El Defensor se queja de que, no habiendo sido tachados tales testigos, ni siendo tachables por cuanto no consta que tengan amistad íntima con Ferrari, el Juez sin embargo no les haya dado crédito alguno, y se haya atenido solamente á las inducciones, que se deducen de las circunstancias innegables del hecho, juzgando por ellas únicamente, y no por las declaraciones de los enunciados testigos, á cerca de la intencion del reo en el suceso que motiva la causa.

No puede admitirse como fundada la espresada queja ; porque ninguna disposicion legal obliga al Juez á resolver en conformidad al dicho de la mayor parte de los testigos, privándole de todo criterio para estimar el valor de aquella prueba : antes bien las mismas leyes establecen las reglas por las cuales se ha de guiar al apreciarla, y le dejan árbitro de la importancia, que en los casos especiales deba atribuirle.

X

Aunque legalmente hablando, dos testigos hábiles y mayores de toda escepcion hacen plena prueba en juicio sobre cualquier hecho, desde que sus declaraciones reunan todas las condiciones y requisitos prevenidos, estos son tantos, que á veces los testigos en número mucho mayor, no producen prueba completa : y á veces tambien ningun grado de crédito merecen.

V. E. conoce bien lo peligroso y deficiente de la prueba



testimonial, por su naturaleza misma, á causa de la multitud y diversidad de abusos á que se presta fácilmente; en cuya consideracion, por punto general y salvo casos escepcionales, se encuentra abolida ya, tanto en materia civil, cuanto en lo mercantil.—C. C., art. 1193.—C. M., art. 193.—C. N., artículo, 1341.—Bonnier « Tratado de la Prueba » Parte 2^a. lib. 1^o, pág. 144.

Si en lo criminal no es posible suprimirla tambien, porque la prueba de los delitos no se elije, sino que en cada caso hay necesidad de aceptar la que suministran fortuitamente las circunstancias, conviene por lo menos, examinar minuciosa y prolijamente su mérito, aplicando con cuidado sumo las reglas conocidas de criterio, á fin de evitar el error á que de otra suerte nos induciria con demasiada frecuencia.

El Juez del Crimen encontrando en su conciencia despues de aplicar aquellas reglas, que ninguna fe merecian las declaraciones de los referidos testigos, ha obrado pues, perfectamente en no acordarles alguna : y si en este exámen hubiese procedido con tino y con acierto como lo ha hecho efectivamente, ninguna queja fundada podria emitirse, por haber adoptado aquella resolucion.

X I

Suponer, Exmo. Señor, que en un proceso, porque fuesen admitidos, testigos incapaces que no debieran serlo ; ó bien porque no se tacharon, los que realmente eran tachables, el Juez esté obligado á atenerse á sus deposiciones, sin arbitrio para separarse de ellas segun se lo aconseje su criterio, aunque conozca que no son imparciales y que carecen de veracidad, es incidir en un grávísimo error, que nace sin duda de no distinguir debidamente, las diferencias características de la prueba en materia civil y en materia criminal.

En lo Civil, como solamente versa un interés pecuniario, del cual es árbitro absoluto el dueño, que muy bien puede renunciarlo si quiere, la confesion y el reconocimiento de los



interesados dirimen completamente la cuestion ; y su consentimiento subsana tambien, cualquier defecto en el trámite ó en la prueba ; nada de esto sucede en lo criminal, pues que se trata solamente de una cuestion de orden público, y en ella ni el reo, ni el Fiscal pueden renunciar sus respectivos derechos.

En lo que concierne especialmente á la admision indebida de testigos inhábiles, oigamos á Antonio Gomez en sus Varias Resoluciones, tom. 3º, cap. 12, Nº 22, dice así : « Tambien pregunto si de hecho se hubiesen producido, hubiesen sido admitidos y prestado declaracion, testigos inhábiles, ¿ podria el Juez de oficio y sin peticion de parte repelerlos ? A lo cual breve y resolutivamente contesto que sí ».

XII

Habiendo observado anteriormente el Fiscal, que los indicados testigos de descargo eran compañeros y amigos del procesado, contesta al Defensor : que no se ha probado amistad íntima, y que cuando existiera realmente, no por eso estarian impedidos para declarar en causa criminal, porque la ley 21, tít. 16, P. 3ª, al mismo tiempo que lo prohíbe á los cómplices, lo permite á los compañeros y amigos.

Esta observacion sin embargo, demuestra cuando mas que los compañeros y amigos no son testigos absolutamente incapaces ; pero de ninguna suerte el que no sean menos idóneos ; que el amigo íntimo no deba suponerse poco imparcial, ó que su dicho deba tener el mismo valor que el de una persona enteramente independiente, pues que no es ese el sentido de la mencionada ley.

Tambien la 15, tít. y P. citados, admite al hermano á declarar en favor de otro hermano, siempre que haya salido de la patria potestad y no subsista la comunidad de bienes. La 9 de dichos tít. y P. no rechaza al menor de veinte años,



aun que ella misma requiere esta edad para poder ser testigo idóneo en causa criminal.

¿ Se dirá, por esto que la declaracion del hermano o del menor de veinte años pruebe lo mismo que la de una persona imparcial é idonea ? No, seguramente ; pues otro tanto debe decirse de la declaracion del amigo y compañero, aun cuando no lo rechaze absolutamente la mencionada ley 21.

XIII

Si este no mas fuera, Exmo. Señor, el vicio objeccionable á las declaraciones que militan por el procesado, quizá podria tolerarse ; mas no sucede así, sino que aquellas pecan contra todas las reglas legales del criterio, siendo contradictorias, inverosímiles y de mera credulidad.

« La declaracion de los testigos debe ser persistente ; es preciso que en los diversos interrogatorios que se les hagan, su palabra sea siempre la misma, exenta de contradicciones y perplejidades ». Mittermayer, P. 5ª, cap. VII, pág. 305. Escusado seria aducir los fundamentos racionales de esta regla ; pues se ofrecen por si mismos y saltan á la vista.

Y bien, Exmo. Señor, la declaracion de los compañeros de Ferrari ¿ ha sido siempre la misma ? Sus asertos ¿ han sido persistentes ? De ninguna suerte : antes resulta haber variado en un punto principalísimo, sin causa alguna aparente y sin la mas leve explicacion al respecto.

En efecto, habiendo declarado unánimes todos aquellos testigos ante el Comisario de Policia, que la noche del suceso en el tambo, Ferrari descargó su reвольver, todos ellos unánimes tambien, declaran poco despues ante el Juez sumariante, que no lo disparó, sino que el tiro se le escapó por casualidad.

Habiendo declarado todos ellos que Ferrari al salir de su almacen para el tambo, tomó su reвольver, al fin convienen

el procesado y Solari en que el revolver con que le causó la muerte de Trillo, no era el de aquel sino el del mismo Solari.

XIV

Tampoco son verosímiles dichas declaraciones como debieran serlo para que se les pudiera prestar asenso (Mittermayer lugar citado), porque demostrando las circunstancias del hecho que se han mencionado, que Ferrari, enfadado por la disputa, sacó su revolver para ofender á Trillo, es inverosímil suponer que la casualidad se anticipase á ejecutar lo mismo que él pensaba hacer.

No es fácil admitir que Ferrari al alzar el revolver, creyese llevar una arma descargada; porque entonces no habria tenido objeto en sacarla; pues por lo regular lo que se busca al llevar una arma, es el tener en ella una defensa.

No es menos inverosímil que al hacer uso en el tambo del revolver que tenia, solo se propusiese amenazar á Trillo, así porque este atendiendo á su ocupacion, no podia verlo, cuanto porque segun parece, la disputa habia pasado ya, aunque el enojo no se hubiese disipado.

En fin los indicados testigos al declarar sobre la disposicion de ánimo del procesado y su falta de intencion, deponen como se deja ver, de mera creencia, y sus dichos no pueden tener por tanto, mas valor que el de los motivos de sus racionios.

Las leyes de 20 y 26. tit. 16, P. 3ª, distinguen acertadamente las declaraciones de ciencia cierta, las de oídas y las de mera creencia, cuyo valor jurídico es en efecto muy diverso: agregando la 29 « otro si decimos que el testigo que no diera razon de como sabe lo que testiguá, si non que dice que lo cree, que non debe valer aquello que testiguare »



Teneinos, pues, por resúmen, que el Juez del Crimen en la resolución apelada, tanto al determinar el *onus probandi*, cuanto al estimar el mérito de la prueba que obra en el proceso, se ha atendido estrictamente á los principios legales que rigen la materia : y en esta virtud el Fiscal concluye solicitando la confirmacion de dicha sentencia.

Buenos Aires, Febrero 23 de 1882.



VISTA XXXVII

Sobre el descubrimiento en Barracas del cadaver descuartizado de una mujer

SUMARIO:

Exposicion del caso, y contenido del informe médico—El procesado se halla confeso del delito; pero no existiendo otras pruebas que lo convengan, independientes de su confesion, ésta debe aceptarse en todas sus partes; al menos en cuanto no sean inverosímiles—Segun la relacion del procesado, el delito resultaria homicidio simple—No obsta á esta clasificacion el que se castigue como asesinato, el homicidio con ensañamiento, el cual parece deducirse del hecho de hallarse el cadaver descuartizado; pues la mutilacion no se hizo en vida para aumentar el sufrimiento, sino en el cadaver, con el objeto de ocultar el suceso—En lo criminal, lo mismo que en lo civil, existe la prescripcion, así de la pena como del derecho de acusar—El término se cuenta desde que el delito se cometió; y no desde que se descubre ó el reo es capturado—El Código determina ocho años como término para la prescripcion del derecho de acusar en los delitos sujetos á pena de presidio ó penitenciaria por tiempo determinado—Entre éstos está comprendido el homicidio simple, que se castiga con seis años de presidio ó penitenciaria—El que sirve de materia á esta causa se encuentra pues prescripto ya; porque habiendo tenido lugar el 7 de Setiembre de 1876, hasta el 21 de Noviembre de 1884, en que la Policía inició las primeras diligencias indagatorias, habian transcurrido mas de ocho años.

Erma. Cámara: El Fiscal se ha instruido por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, de la causa criminal seguida de oficio contra Juan Bautista Ferrari, como autor de la muerte de una persona desconocida, cuyos





restos se encontraron á fines de Noviembre del año pasado, dentro de un barril enterrado en un sótano del almacén situado en Barracas, que forma esquina entre las calles San Antonio y Presidente.

El cuerpo del delito se ha constatado legalmente, y habiendo sido reconocidos los expresados restos por el médico de policía Dr. Blanco Villalta, este ilustrado facultativo expidió á cerca de ellos un erudito informe, en el cual arriba, entre otras, á las siguientes conclusiones científicas :

Que se trata del esqueleto de una mujer de edad de veinte á treinta años, muerta violentamente, por lesiones en la cabeza ; y que este hecho debió tener lugar de cinco á nueve años atrás.

El procesado se encuentra confeso de ser autor de la indicada muerte ; pero no existiendo otros datos que acrediten legalmente su criminalidad con independencia de su confesion ; pues ni siquiera ha podido averiguarse que en la época á que se refiere, hubiera desaparecido alguna persona, tal confesion en este caso debe considerarse indivisible ; y hay que aceptarla en todas sus partes como lo establece con acierto el Juez del Crimen, por lo menos en cuanto no se oponga á los antecedentes adquiridos de diverso origen.

Ahora bien, el procesado declara :—que encontrándose solo en el indicado almacén, de las diez á las once de la noche del 7 de Setiembre de 1876, entró una mujer alemana de veinte y tantos años de edad, á comprar una damajuana de vino, según solía hacerlo ; y que con motivo de haberle cobrado el precio de la anterior, rehusando también dejarle llevar sin que se la abonase, la que acababa de venderle, dicha mujer se irritó, prorrumpiendo en los mas groseros y ofensivos insultos, con los cuales exasperado él mismo, tomó un palo que encontró á mano y le pegó en la cabeza.

Desgraciadamente el golpe fué mortal : viéndola caer y observando en seguida que estaba muerta, se sorprendió, se aterrorizó ; y no se preocupó ya mas que de ocultar el delito,



haciendo desaparecer todos sus vestigios : al efecto despartizó el cadáver con todas las precauciones del caso para no mancharse en la sangre, lo metió luego dentro de un barril, y lo enterró en el sótano de la segunda trastienda, quemando despues la ropa.

Esta relacion, lejos de resultar contradicha en ninguna de sus partes por los datos que se han podido adquirir, es al contrario apoyada por ellos así : la época en que el suceso ocurrió, debió ser probablemente, la que determina el procesado á fines del 76, en que segun se ha averiguado éste se encontraba al frente del almacen en que aquel tuvo lugar; coincidiendo tambien esa época con la determinada por el reconocimiento médico, dentro del *mínimum* de cinco años atrás y el *máximum* de nueve.

Conviene igualmente la declaracion de Ferrari con las conclusiones de dicho reconocimiento, en que la víctima era una mujer de mas de veinte años y de menos de treinta, y en fin en que debió morir por una lesion á la cabeza, de la cual se notaron rastros en el cráneo.

Aceptando pues, segun corresponde, integra la relacion del hecho, tal como lo expone el procesado, hay que proceder en seguida á la clasificacion legal del delito, la que ciertamente no puede ser otra que la de homicidio simple, que se le atribuye en la resolucion consultada, desde que el reo habria obrado en un acto primo, á mérito de las provocaciones que recibiera, sin reflexion alguna y quizá sin intencion directa de causar la muerte; no apareciendo por otra parte el mas leve antecedente que indique existiera premeditacion, ó que concurriesen todas las circunstancias que constituyen la alevosia.—Artículos 196, 207 y 206, C. P.

No obsta á esta clasificacion legal del delito de que se trata, el que deba considerarse tambien asesinato, el homicidio ejecutado con ensañamiento ó excesiva ferocidad, art. 210, inciso 2°, lo cual podria deducirse en el caso presente, de la circunstancia de haber sido despedázada la mujer, víctima del delito : porque esto no se verificó estando todavia viva y

para aumentar el sufrimiento: sino que se ejecutó en su cadáver, al solo objeto de ocultarlo.

Establecida, Exma. Cámara, en la forma expuesta la clasificación legal del delito, *sub judice*, viene ahora la dificultad de si puede ó no ser todavía perseguido en justicia, despues del largo tiempo que ha trascurrido, desde que se perpetró.

En lo penal, lo mismo que en lo civil, existe la prescripcion: pues así como se considera duro ó injusto permitir al dueño de una cosa que al parecer habia abandonado, turbar al poseedor de buena fe, despues de mucho tiempo que éste la hubiese tenido en su poder, creyéndola suya, se ha estimado igualmente inícuo penar á un individuo por delito cometido mucho tiempo atrás, cuando no habiendo reincidido durante ese largo período, en faltas semejantes, debe con razon, suponersele moralmente reformado.

El Código Penal, siguiendo los principios de la Jurisprudencia universal, admite, por tanto, la prescripcion de los delitos; así en cuanto á la pena, como respecto al derecho de acusarlos; y determinando en cada uno de ellos, segun su mayor ó menor gravedad, el tiempo que requiere la prescripcion, establece: que el derecho de acusar por delitos sujetos á pena de presidio ó de penitenciaria por tiempo determinado, se prescribe en ocho años. — (Art. 92, inciso 2°).

En esta prescripcion queda comprendido sin duda alguna, el delito que sirve de materia á esta causa; pues que no pudiendo ser clasificado legalmente, segun hemos visto, de otra manera que como homicidio simple, éste segun el Código, aunque prescindieramos en el caso presente, de la provocacion que se supone recibida, solo se castiga con seis años de presidio ó penitenciaria. (Art. 196 cit.)

Debiendo además computarse el término para la prescripcion de los delitos, no desde que se descubren ó desde que es aprehendido el criminal, sino desde que se cometen, (artículo 194) aun cuando permanezcan ocultos ó ignorados; y habiendo tenido lugar el homicidio cometido por Ferrari, que



se encuentra *sub judice*, segun los datos de que se ha hecho mérito, en 7 de Setiembre de 1876, tenemos que el 21 de Noviembre del año pasado, en que se iniciaron por la Policía los procedimientos tendentes á su indagacion, los cuales habrian interrumpido la prescripcion, ésta se habia ya consumado.

Es, pues, arreglada y justa la resolucion consultada que así lo declara, ordenando además por consecuencia, la libertad del procesado Juan Bautista Ferrari; y el Fiscal, rindiendo el homenaje de sumision que debe á la ley, concluye solicitando la aprobacion de dicha sentencia.

Buenos Aires, Agosto 10 de 1885.



SUMARIO:

El presente proceso relativo á un hecho raro é inaudito ejecutado por una sociedad secreta constituida para todo género de delitos, revela los progresos de la inmoralidad en el país—Demuestra tambien el peligro que le amenaza con la afluencia de elementos corrompidos y dañosos que arrojan los pueblos del viejo mundo; elementos que es urgente regenerar—De la misma suerte, la aplicacion del Código Penal al caso ocurrente, manifiesta que las ideas desmoralizadoras y disolventes alcanzan ya á las clases elevadas, pues llegan á veces á prevalecer en las Legislaturas—Solo así se explica el que no por descuido, sino concientemente, en el Código dejara de pensarse un hecho abominable y execrado por la conciencia de la humanidad—El proyecto del Código contenia un capítulo sobre los delitos contra la religion, entre ellos la profanacion de los cadáveres—La Legislatura suprimiendo ese capítulo, dejó impune este hecho tan inmoral y tan atroz—El respeto á los cadáveres viene de la idea de la inmortalidad del alma; y la Filosofía materialista tiene que considerarlo necesariamente, una mera preocupacion—Para evitar la impunidad del hecho, el Agente Fiscal recurre á la antigua Legislacion; pero esta ya no rije despues de sancionando el Código Penal—El hecho se llevó á cabo por una asociacion de malhechores; mas aunque en el Código se habla del complot y de las bandas, solo se les castiga cuando tienen por objeto delitos determinados; y siendo constituida aquella para toda clase de crímenes, resultaba lícita—El Juez del Crímen clasifica el hecho de robo; mas reconoce con todo, que no le son aplicables las reglas comunes, porque ni el cadáver tiene valor alguno, ni los procesados se proponian tampoco apropiárselo—Le denomina, pues, plágio ó robo de personas; pero ciertamente el cadaver no es una persona—Encuentra tambien en él violacion de domicilio, mas en el sepulcro solo habita la muerte—Podria considerarse en el hecho tentativa de estafa á la familia Dorrego; pero las amenazas desnaturalizan este delito—Habria tentativa de robo;



pero no puede ser castigado como tal, por hallarse legislado especialmente—Las amenazas para saenr dinero se castigan con prision de uno á tres años, cuando se intimida con la prevencion de cometerse un delito—Las que se dirigieron á la familia Dorrego son vagas; y la única determinada consistia en profanar el cadaver; lo cual no constituye delito—En este caso la pena de la amenaza es solamente, un mes de arresto; pero los procesados llevan ya mas de dos años de prision; y en justicia deben ser puestos en libertad; revocándose la sentencia de primera Instancia.



Exma. Cámara:— El voluminoso proceso que V. E. se ha servido comunicarle en vista al Fiscal, constata la perpetracion en esta Capital, á fines de Agosto de 1881, de un hecho inmoral y escandaloso, la violacion de un sepulcro y profanacion de un cadáver llevadas á cabo por una sociedad secreta, constituida al parecer, para ejecutar todo género de crímenes, sin excluir el asesinato; pues se le han encontrado y le han sido secuestrados varios venenos; la cual en el caso indicado se proponia arrancar á la familia de la finada una cuantiosa suma de dinero, que le exigió como rescate.

Tal hecho, Exmo. Señor, raro á inaudito en los anales del Foro Argentino, demuestra los progresos de la criminalidad en este país, que juntamente con los estímulos de la civilizacion y de adelanto, que recibe de la inmigracion europea que aborda á sus playas, admite al mismo tiempo los elementos dañosos que arrojan los pueblos del viejo mundo; los cuales elementos es urgente rejenerar, inspirándoles principios de orden y nociones de moralidad, á fin de que no lleguen á constituir un sério peligro para esta sociedad.

Así como la realizacion de un hecho tan infame demuestra la progresion en que se desarrolla el crimen, la prosecucion del presente juicio y la aplicacion que en él ha habido necesidad de hacer, del Código Penal vigente, viene á revelar, tambien que las ideas disolventes y demoralizadoras no se reducen ya á las clases inferiores de la sociedad, sino que empiezan á infestarlas á todas, y llegan á prevalecer á la vez, en la mayoria de los miembros que componen una Legislatura.



Solo así se explica en efecto que el Código, no por olvido ó por descuido de los que lo sancionaron, sino concientemente y de un modo deliberado, haya prescindido de un caso y dejado impune un hecho clasificado en todas partes de delito, execrado universalmente y condenado por la conciencia humana : lo cual atribuye con razon uno de los Defensores, á las ideas extraviadas en un falso Liberalismo.

El respeto á los muertos es, ciertamente, un instinto poderoso de la naturaleza humana ; y es tambien apoyado por todas las creencias religiosas que, enseñando la inmortalidad del alma, consideran la muerte no como la nada, sino mas bien como un sueño largo y prolongado : viendo en el cadáver del hombre, no solo los restos de una personalidad destruida, sino tambien los elementos con que ha de ser reconstruida al fin de los tiempos, por su propio autor.

El Liberalismo, por el contrario, apoyándose en los principios de lo que ha dado en llamarse la ciencia moderna, es decir, el sistema materialista, y no encontrando en el cadáver humano otra cosa que un poco de materia desorganizada, que se incorpora á la naturaleza, no puede concebir ni sabria explicarse el respeto por los muertos ; bajo esta fas no hallaria distincion que hacer, entre el cadáver de una persona y el de un perro ú otro bruto cualquiera ; y en fin, consideraria necesariamente la veneracion de los deudos por los huesos de sus antepasados, no mas que una nécia preocupacion.

Lo cierto es, como lo han notado con verdad y exactitud los Defensores de los procesados, que habiendo sido presentado á la Legislatura el proyecto de Código conteniendo un título sobre los delitos religiosos, entre los cuales se comprendia la violacion de los sepulcros, aquella rechazándolo, suprimió tambien este delito del catálogo de las acciones punibles.

El Agente Fiscal, inspirado sin duda por el espíritu de justicia, y creyendo que accion tan abominable y escandalosa, como la de que se trata, no debia quedar sin castigo, ha tra-



tado de retroceder, recurriendo á la antigua Legislacion y á los principios de los Códigos modernos ; pero equivocadamente en verdad, porque ni éstos rigen entre nosotros, ni las antiguas leyes penales se conservan en vigencia despues de la sancion del Código.

En este nada hallamos concerniente á la profanacion de los caláveres ; pues que tampoco se puede concebir la profanacion sino de lo que es sagrado ó religioso ; pero en cambio encontramos la declaracion espresa, de que no pueden ser penadas otras acciones, que las que en él se clasifican por delitos, ni castigadas con otras penas que las que él mismo determina : siendo imposible, en esta parte, no encontrar toda razon á los Defensores, cuando observan que el Ministerio Público se ha dejado arrastrar por su celo, mas allá de lo justo.

Es cierto que el hecho que nos ocupa, no solamente es bastante grave y execrable en sí mismo, sino que ademas ha sido ejecutado por una sociedad secreta de hombres perdidos y dispuestos á cualquier especie de maldad, siempre que pudiera mejorar su situacion, proporcionándoles algun provecho ; y es cierto tambien que asociaciones de esta clase constituyen un gran peligro para el pueblo.

A pesar de esto, nada hay en el Código Penal que le sea aplicable ; pues aunque en él se habla del complot y de las bandas organizadas para cometer delitos, y se les condena: esto es solamente cuando tienen por objeto delitos determinados en su especie, ó al menos en su género ; miéntras que la sociedad de que se trata, era sin duda alguna constituida para toda clase de delitos, sin determinacion alguna, y por lo mismo, segun el Código, debe considerarse lícita.

Tambien el Juez del Crímen, como el Fiscal, encontrando probado un hecho escandalosamente inmoral, y condenado por la conciencia pública, ha creido que los deberes de su oficio no le permitian dejarlo impune ; pues en él no podía menos de existir un delito, y lo ha castigado, clasificándolo por robo ; pero á la verdad los Defensores han echado por



tierra esa clasificacion, que no resiste el mas ligero análisis.

Desde luego, el Juez del Crimen reconoce que se trata de un hecho anómalo y excepcional, al cual no serian aplicables las reglas comunes que rigen sobre el robo, equiparándolo por esta causa, con el plagio ó robo de persona.

Nada mas impropio, sin embargo, é inadmisible, que semejante clasificacion, porque equiparar un cadáver á una persona, valdria tanto como atribuir personalidad á una estatua de bronce, de mármol ó de arcilla.

El robo, propiamente hablando, consiste en apoderarse de cosa mueble aiena, con ánimo de apropiársela y utilizarla: pero un cadáver no siendo otra cosa que un poco de lodo corrompido, carece absolutamente de utilidad : no se encuentra en el comercio, ni los procesados han tratado tampoco de apropiárselo.

Tambien ha creido encontrar el Juez de Crimen, violacion de domicilio en el hecho referido que sirve de materia á este proceso; pero los Defensores han observado desde luego, que el domicilio és la habitacion de una persona; miéntras que un cadáver no lo es seguramente, ni en el sepulcro habita nadie mas que la muerte.

En el hecho indicado, si se tiene en consideracion que sus autores llevaban por objeto obtener de los deudos de la finada una suma de dinero, exigiéndola, como lo hicieron, por via de rescate, aunque sin conseguirlo, podria verse una tentativa de estafa.

Es completamente aiena, con todo, á la naturaleza de este delito, toda idea de violencia fisica ó moral; miéntras que era por medio de amenazas, que se trataba de despojar á la familia Dorrego, de la suma en que se fijaba el rescate del cadáver sustraído.

Habria pues, mas bien, una tentativa próxima de robo, desde que los procesados nada dejaron de hacer por su parte para ejecutarlo, llegando hasta el último acto que debia consumarlo; y ciertamente que, tratándose de una suma tan considerable, como la de ochenta mil pesos fuertes, no dejaría



de ser éste un delito bien grave, y de merecer un castigo bastante serio.

Nos encontramos, sin embargo, con que las disposiciones generales relativas á la tentativa en los delitos, y entre éstos en el robo, no son aplicables al caso actual ; por hallarse previsto y especialmente determinado en el Código, el de tratarse de intimidar á una persona, por medio de cartas amenazantes, para que deposite ó entregue alguna cantidad de dinero.

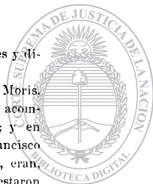
El art. 296 determina en efecto que « el que amenazase por escrito con un mal que constituya delito, será castigado con la prision de uno á tres años, si la amenaza se hiciese con el objeto de que se deposite una suma de dinero ó se practique cualquier otro acto »: declarando el siguiente 297 que si el mal con que se amenaza, no constituye delito, la pena será solamente de un mes de arresto.

Ahora bien, la carta dirigida á la Sra. Dorrego, á nombre de los «caballeros de la noche», intimándole la entrega de dos millones de pesos moneda corriente, solo contenia la amenaza vaga de incurrir en la venganza de la asociacion; y en particular la de profanar las cenizas del cadáver sustraído, que como hemos visto, no constituye un delito clasificado en el Código.

La pena seria pues, de un mes de arresto ; cuando los procesados llevan ya mas de dos años de prision ; y de consiguiendo aquella se encontraria agotada ; correspondiendo en consecuencia, por mas que este resultado repugne á las opiniones privadas del Fiscal, el que sean puestos en libertad: ordenándose el sobreseimiento de la causa.

Por esta razon y la de haber aquellos procedido asociados, se abstiene de entrar á deslindar la mayor ó menor participacion que cada uno haya tenido, y la responsabilidad penal que le corresponde.

Si alguna distincion hubiese de hacerse sin embargo, debieran ser colocados en primera línea, Alfonso Peñaranda y



Florencio Muñiz, autores principales del hecho, jefes y directores de la asociacion.

Vendrian en seguida Vicente Morante, Francisco Moris, Pablo Miguel Angel y el prófugo Daniel Espósito, que acompañaron á Peñaranda en la sustraccion del cadáver; y en seguida Patricio Abadie, José Antonio Kadaner y Francisco de Salvo, que aun cuando no asistieron á ese acto, eran, no obstante, miembros de la asociacion, y le prestaron ayuda.

Por último, Joaquín Barreiro, que aunque era tambien miembro de la asociacion, circunstancia que por sí sola no constituye delito, no asistió al Cementerio, cuando se realizó el robo del cadáver, ni parece haber tenido anticipadamente conocimiento de ese hecho, ó cooperado de modo alguno á su realizacion, y que por tanto, en todo caso deberia ser absuelto.

Tales son, Exmo. Señor, en la presente causa, las opiniones del Fiscal á cerca de la resolucion que en ella debe pronunciarse, la cual aunque á muchos pudiera parecer irregular, se ajustaria no obstante, á las prescripciones de la ley, que por mas inconveniente é inadecuada que sea, nos hallamos con todo, en el deber de respetar estrictamente y del modo mas sumiso.

La falta de arbitrio en los Tribunales para castigar otras acciones, aunque sumamente inmorales que las clasificadas de antemano por delitos en la ley, como tambien para aumentar, ó disminuir las penas establecidas, tendrá á la vez, sin duda, sus desventajas é inconvenientes; pero al mismo tiempo importa un gran progreso en la Jurisprudencia Criminal, que suprime la arbitrariedad; y de consiguiente, una conquista importante en favor de la libertad y de las garantías individuales.

Buenos Aires, Setiembre 27 de 1883.

VISTA XXXIX

**Cual sea segun el Código vigente, la pena, superior inmediata
á la de prision**

SUMARIO:

Las leyes penales favorables al reo tienen efecto retroactivo—Esta doctrina se extiende aun á los casos ya juzgados, cuando hay necesidad de determinar la gravedad del delito anterior para los efectos legales—Se aplica en particular segun Haus, á la penalidad de la reincidencia—La pena superior inmediata en grado á la de prision es la de penitenciaria—Verdadera inteligencia del art. 90 del Código Criminal.

Exma. Cámara:—El Fiscal instruido por la vista que V. E. se ha servido comunicarle del mérito del proceso, y contestando á la espresion de agravios hecha por el Defensor del reo, dice: que si bien encuentra exactas y admisibles las observaciones de este, respecto á la manera en que la sentencia apelada gradúa en el caso *sud judge*, el aumento de pena correspondiente á la reincidencia, conviniendo en que en esa parte debe ser modificada, de ninguna suerte, acepta tambien las conclusiones á que aquel arriba, las cuales considera de todo punto equivocadas.

Tiene razon el Defensor, en concepto del Fiscal, al manifestar que por la resolucion apelada, se causa agravio á su patrocinado al graduarse la pena del delito que se trata de castigar, en consideracion á la reincidencia, adicionán-





dose á la comun, otra pena igual á la que antes sufrió el procesado por delito semejante, bajo el imperio de la antigua Legislacion.

Es indudable que las nuevas leyes penales cuando son mas favorables al reo que las que rejian anteriormente, deben aplicarse retroactivamente toda vez que se trate de apreciar para cualquier efecto jurídico, la importancia ó la gravedad de una falta cometida mientras rejian las antiguas.

El Defensor aduce á este respecto fundadamente y con exactitud, la autoridad de Haas, Derecho Criminal Belga, tomo 2°, N° 845, el cual hace estensiva esta doctrina y la aplica aun á los casos ya juzgados, tratándose mas tarde de castigar la reincidencia.

« Cuando el hecho, dice el autor, que ha motivado la primera condena y que la ley antigua reprimia con la pena del crimen, es castigado correccionalmente por la ley nueva, el Juez llamado á apreciar la reincidencia, no puede considerar como crimen ese mismo hecho que el legislador acaba de transformar en delito : y el no debe tener en cuenta, en esta apreciacion sino la pena que al hecho enunciado en el primer juicio, corresponde segun la ley actualmente en vigor ».

En tal concepto, es pues exacto, que en el caso presente, para calcularse el aumento de pena, que por la calidad de reincidente del reo, debia hacerse á la que en otro caso, ó generalmente hablando, habria correspondido, convenia tener en cuenta solamente, la que el Código vijente impone al primer delito, y no la que se impuso efectivamente al procesado, en conformidad á las prescripciones de una Legislacion mas severa.

En esta parte le asiste sin duda completa justicia al Defensor : mas no la tiene igualmente, cuando por resultar que la pena de prision, que vendria á ser la que en realidad correspondiese, y que deberia ser por el término de cuatro años, excede el *máximum* de esta clase de pena, que es el de tres : razon por la que seria necesario recurrir al *minimum*



de la superior inmediata, la que se imponga al procesado deba ser la de dos años de confinamiento ó destierro.

Para arribar el Defensor á tan extraño resultado, ha tenido que suponer, y supone en efecto gratuitamente, que la clase de pena superior é inmediata á la de prision, sea la de confinamiento ó destierro ; sin poder alegar en apoyo de semejante teoría fundamento alguno legal ni racional.

Importando la pena tanto en la prision como en el destierro ó el confinamiento, una restriccion á la libertad personal del que sufre la condena, se comprende desde luego, á primera vista, que aquella restriccion es mucho mas grave en el preso que en el confinado ó desterrado.

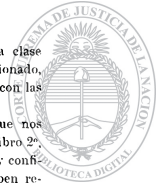
Mientras el primero se halla reducido al estrecho ámbito de una cárcel, careciendo de todos los goces sociales, y sujeto á todas las restricciones del Reglamento, el confinado, segun el Código vigente, puede elegir dentro de la República para su residencia, el lugar que le convenga, siempre que diste por lo menos cincuenta leguas de aquel en que delinquirió : y el desterrado, puede fijarse ó andar por donde quiera, no entrando al territorio de la República.

La razon indica pues, claramente, que la cárcel impone un sufrimiento mucho mayor, y consiguientemente, que la reclusion es una pena mucho mas grande que el confinamiento ó el destierro.

Para sostener lo contrario, el Defensor no encontraria otro antecedente legal, que el del orden en que el art. 90 del Código enumera las penas corporales, colocando en primer término la de muerte, y despues el presidio, la de penitenciaria, el destierro, el confinamiento, prision, y por último el arresto.

En ninguna parte del Código se encuentra, sin embargo, declarado que el orden de colocacion que en este artículo se dá á las indicadas penas, sea el que les corresponda en escala segun su gravedad.

Las penas de destierro y confinamiento, corresponden propiamente, como lo demuestra Pacheco en su comentario del



art. 79 del Código Español, tom. 1º, pág. 124, á una clase completamente diversa de las otras que se han mencionado, y deben formar una escala paralela á la de aquellas, con las cuales no han de confundirse en manera alguna.

Segun lo esplica el Dr. Tejedor, autor del Código que nos rije, en la nota al artículo 21, parágrafo 2º, título y libro 2º, parte primera de su proyecto, las penas de destierro y confinamiento no pueden tener aplicacion general, y deben reservarse en especial, para los delitos políticos ú otros muy raros y determinados ; razon por la que no debian figurar en la escala general de las penas corporales.

Así lo ha entendido la Comision revisora del mencionado proyecto, y en el artículo 54 del suyo, eliminando el destierro y confinamiento de entre las penas generales, con las cuales forma esclusivamente la escala, los coloca entre las penas especiales para ciertos delitos ; poniendo la de penitenciaria como pena inmediatamente superior á la de prision.

Así debia ser, Exmo. Señor, y esto es tambien lo razonable; porque como se comprende sin dificultad, las penas de prision, penitenciaria y presidio, son de la misma clase, refiriéndose todas ellas al mismo género y variando solamente por el lugar en que se verifica la reclusion y tratamiento que recibe el preso.

Es de notarse tambien que la indicada Comision al cambiar el órden de colocacion en las penas de que tratamos, no ha entendido introducir una verdadera reforma á los principios del Código vigente, pues que en su informe no la menciona ni la esplica, sino solamente reglamentarlos mejor.

Que el Código vigente no considera en realidad el confinamiento ó destierro, como pena superior inmediata á la de prision, y que antes bien estima esta como mas grave, respecto de aquellos, lo indica claramente en diversos pasajes.

En el título 3º del adulterio por ejemplo, « siendo evidentemente este delito mas grave en la mujer que en el hombre, y debiendo hallarse las penas en proporcion á la gravedad de cada delito, impone efectivamente, á la mujer la pena de



dos años de prision y al hombre la de dos años de destierro solamente.

Aumentando la gravedad de ese delito en el hombre por la circunstancia agravante de tener la manceba en su casa, y debiendo consiguientemente aumentarse tambien la pena, el artículo 248 la aumenta en efecto, estableciendo para este caso dos años de prision; y uno solamente, si la manceba viviera fuera de casa, por donde se ve que el Código considera mayor pena un año de prision que dos de destierro.

En el capítulo 3°, artículo 368 se pena á los autores principales del motin ó asonada con un año de prision ó dos de destierro: indicándose así claramente, que la prision es una pena mucho mayor que la de destierro, hasta el punto de corresponder al duplo del término señalado á la segunda.

Siendo esto así, como no puede dudarse, en mérito de las razones expuestas, deben eliminarse de la escala contenida en el primer inciso del enunciado artículo 90 del Código Penal, el destierro y confinamiento: resultando entonces la penitenciaria como pena superior inmediata á la de prision.

Reconocido, pues, que la pena de prision correspondiente al hecho, materia de este proceso, excederia del *máximum* de tres años á que puede llegar aquella clase de pena, cuyo equivalente seria en realidad mas de seis años de destierro, es inadmisibile de consiguiente la de dos años que se indica por el Defensor.

Resulta tambien, que reconocido así mismo que por exceder el término de la prision que corresponderia en el caso presente, *al máximum* de esta pena determinada en el Código, hay que ocurrir al *mínimum* de la superior inmediata, que por lo expuesto es la de penitenciaria; cuyo *mínimum* es de seis años, esa es la pena que en justicia debe imponerse al procesado.

Del daño causado á una persona diversa de la que su autor se proponía ofender

SUMARIO:

Exposicion del caso: el procesado en una disputa con una mujer, le tiró con una hacha, y errando el golpe, hirió á una criatura—¿Cómo se haya de clasificar el suceso, si por un verdadero delito ó solamente como un hecho culpable?—Parece que existiendo además del hecho material la mala intencion de producirlo en el agente, que son los elementos característicos del delito, debiera resolverse lo primero—En el caso presente, el Juez del Crímen supone que el procesado no le tiró el hacha á la mujer con quien disputaba, con propósito de ofenderla—Con ésto evade la dificultad; mas esa suposicion es inexacta, constando lo contrario por relacion uniforme de todas las personas que presenciaron el hecho—Es inaplicable por tanto, la disposicion que aquél invoca sobre los hechos involuntarios—El caso no está previsto en nuestro Código; y es necesario buscar su resolucion en otros, ó bien en los principios jurídicos que deben regirlo—El Código Español considera el hecho como delito; y declara que su autor es responsable de la pena, aunque el mal recae sobre distinta persona de la que se quiere ofender—Pacheco, Caravantes y Goyena con otros autores aprueban esta resolucion; y procuran demostrar que existen los caracteres del verdadero delito—El profesor Haus, distinguiendo el dolo eventual ó indeterminado de que puede provenir el hecho, del concurso del dolo y culpa y de la culpa determinada por dolo, enseña que aquél está sujeto á diversas apreciaciones, segun las circunstancias y en conformidad á las reglas que determina—Ejemplos con que este autor ilustra la materia que expone—Aplicacion de sus doctrinas al caso *sub judice*: con arreglo á las cuales resultaria una tentativa de delito, respecto á la mujer sobre quien el procesado arrojó el hacha, y un acto culpable pero no criminal, en la lesion inferida á la criatura que fué herida—La penalidad correspondiente viene á ser así, la misma que adopta la sentencia de primera Instancia, aunque partiendo de una suposicion equivocada.





Exma. Cámara:— El Fiscal se ha instruido por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, de la causa seguida á Estévan Gaviglio, por lesion corporal inferida á la niña Florinda Morando, en esta capital, el 3 de Noviembre del año pasado: como tambien de la resolusion que en dicha causa ha recaido y que ha sido consultada.

El indicado proceso, Exmo. Señor, contiene un caso algo extraño en el Derecho Criminal, y que no carece ciertamente de dificultad; el cual se presenta quizá por primera vez, y cuya resolusion de consiguiente, formará jurisprudencia: conviniendo por tanto estudiarlo detenidamente.

En la fecha espresada el procesado, regente de la casa de inquilinato, Cuyo 1297, tuvo un disgusto con la inquilina Luisa Podestá, á la cual inculpaba de haberle volteado un pedazo de revoque de la pared del patio que acababa de hacer componer.

Con este motivo se insultaron reciprocamente hasta que Gaviglio intimó á la Podestá que se callára, y como ésta no obedeciera, ántes bien continuase insultándole, le tiró con un hacha sin mango que llevaba en la mano; y errando el golpe, aquella fué á dar en la frente de una niña pequeña, Florinda Morando, que se encontraba próxima, apoyada en un andador causándole una herida.

Surge de aquí dificultad para establecer con acierto la clasificacion legal del hecho referido y resolver si debe considerarse como un verdadero delito, ó solamente por un hecho culpable de imprudencia.

Lo que constituye propiamente el verdadero delito, es sin duda alguna el dolo ó sea la intencion criminal en el agente; y pues ésta existía realmente en el procesado al tirarle con el hacha á la Podestá, para golpearla ó hierla, parece que el acto debe estimarse verdadero delito, importando poco en el caso, el que en vez de ésta, resultase herida la menor Morando.

Aunque lo mismo en lo Criminal que en lo Civil, nadie puede resultar obligado á mas de lo que quiso obligarse, en



el caso que examinamos, Gaviglio tuvo sin duda alguna intencion de causar una lesion, y la causó efectivamente; siendo indiferente á los efectos legales la persona en quien recayese el daño, al menos mientras por circunstancias especiales no debiese variar la pena.

El Juez del Crimen, en la sentencia consultada estima, sin embargo, el hecho referido como culpable solamente, procediendo en el concepto de que el procesado no le tiró á pegar con el hacha á la Podestá, sino que la arrojó al suelo en demostracion de su disgusto.

Mas, esta version que ciertamente obviaria la dificultad, solo se apoya en la explicacion del reo; resulta inexacta segun el mérito del proceso, y con razon el Agente Fiscal en su vista de fojas 20 establece lo contrario; porque esa es la verdad, y es fácil demostrarlo con las declaraciones del sumario.

Luisa Morando, á fojas 11, refiere: « que con motivo de un disgusto que tuvo la inquilina Luisa Podestá, con el dueño de casa, á causa de que un muchacho rompió un pedazo de revoque de la pared, se tomaron en discusion; y en seguida el dueño de la casa *le tiró con un hacha sin cabo á la referida Luisa*, yendo el hacha á caer en un andador que estaba cerca de dicha mujer, y de rebote le pegó á la hija de la declarante lastimándola en la frente ».

Luisa Burzone, á fojas 12 ratifica la declaracion prestada en la Policia, que se registra á fojas 4, en la cual dice: « que cruzándose insultos recíprocamente por ese motivo (el deterioro del revoque), Gaviglio intimó á la Podestá que se callára y como ésta no lo hizo, *le arrojó un hacha sin mango que llevaba en la mano*, la cual fué á pegar en la frente de la menor Florinda que se encontraba sentada en una silla en la misma direccion de la Podestá ».

En fin, la citada Luisa Podestá, á fojas 12 vuelta, ratificando su primera declaracion en el mismo sentido que las de que se ha hecho mérito, agrega al final: « que la menor herida estaba delante de la declarante, arriada á un



andador, y que al tirarle Gaviglio con el hacha, le dijo: *que quería matarla á la deponente* ».

Como se vé, no puede en manera alguna deducirse de estas declaraciones que el procesado al arrojar el hacha no le tirase á la Podestá, ni tuviera intencion de pegarle : pues, esa intencion es manifiesta : y así resulta del testimonio uniforme de todas las personas que presenciaron el hecho.

Es por tanto, de todo punto inaplicable al caso, el art. 24 Código Penal, citado en la sentencia consultada, que se refiere á los actos perjudiciales producidos *involuntariamente ó sin intencion*, cuando segun se ha demostrado hubo ciertamente en Gaviglio, la intencion criminal de ofender á la Podestá.

Lo cierto es, que el caso de que se trata no se encuentra previsto, ni resuelto en nuestro Código Penal vigente, y por lo mismo tenemos necesidad de consultar otros Códigos modernos, que lo hayan decidido, recurriendo tambien á los principios de la jurisprudencia.

El Código Español en el art. 1.º despues de definir el hecho que se ha de considerar delito, agrega testualmente: « El que lo ejecutase voluntariamente, será responsable de él ó incurrirá en la pena que la ley señala, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella á quien se proponia ofender. »

Comentando esta disposicion Pacheco, dice lo siguiente: « Hay delito cuando la intencion del agente se dirigió contra una persona, y su accion recayó en persona distinta. No es pues indispensable segun la ley, la completa concordancia de la intencion y del hecho ».

« Pero adviértase bien que ley, no dice que baste el segundo sin la primera : lo que dice es que no dejará el segundo de ser criminal, por que la primera se enderezase á distinto objeto. El objeto lo ha de haber siempre. La intencion, lo que el Código de 1822 llamaba *malicia*, lo que éste llama *voluntad*, siempre es necesario ».

« Un hombre se propone asesinar á otro, y lo espera con



este fin. Pasa un tercero, y el que acechaba á aquel juzga que este es su víctima y le hiere. Sin duda alguna el autor es reo de asesinato. No se eximirá de ello porque fuese su intencion el asesinar á otro. Siempre era un asesinato lo que intentaba y lo que ejecutó. Fué un hombre, en lugar de otro hombre, su víctima ; mas un hombre al cabo, una víctima humana siempre ».—Código Penal, tom. I, p. 81, N^{os} 54, 55 y 56.

« No hay tampoco error ni ignorancia justos, dice Goyena, en el que ejecuta un acto con intencion de efectuarlo, aunque dicho mal recaiga sobre persona distinta de aquella á quien el delincuente se proponia ofender. Así se prescribe en el § 3^o, art. 1^o, del Código. El fundamento de esta disposicion consiste en que existiendo la intencion de causar el daño y resultando el daño causado, el delincuente llevó á efecto su intencion criminal en lo relativo al daño cometido y á la infraccion de la ley ».—Tom. 5^o, Derecho Penal, pág. 33, N^o 65.

« Cuatro casos distintos, dice Carabantes, pueden entenderse comprendidos en la disposicion de este párrafo: 1^o Cuando de recaer la accion del culpable sobre persona distinta de aquella á quien se proponia ofender, resultase igual grado de criminalidad en la intencion y en los efectos del delito, que si hubiese recaído la accion en la persona á quien se proponia causar daño el agente ».

« En este caso debe sufrir el culpable la pena que señale la ley al delito que se perpetró, sin que pueda alegarse por disculpa que no habiendo voluntad de causar el daño á la persona á quien se causó, no habria delito ; porque existia la intencion de cometer un delito, de consumar un homicidio y éste se consumó con grave alarma de la sociedad y en toda la extension con que se concebía en la mente del culpable, no obstante que hubiese yerro á cerca de la víctima ».—Código Penal Reformado, pág. 10, N^o 6.—Véase tambien á Chauveau y Helie, tom. 4^o, N. 1338 y Blanche, tom. 4^o, N. 565.

Pero por razonables y fundadas que parezcan las doctrinas de los autores que se han aducido, ellas son sin embargo, demasiado latas, y de su generalidad podrian deducirse con-



secuencias á veces inexactas, sino se hiciesen las distinciones indicadas por el profesor de Derecho Criminal J. J. Hans, que sin duda alguna, es quien ha profundizado mas la materia, y basado su teoria sobre principios mas concretos, que permiten deducir corolarios mas precisos.

Este autor para resolver sobre la imputabilidad del daño causado por el delincuente á diversa persona de aquella que se proponia ofender, distingue oportunamente el caso en que ese resultado fuese consecuencia indispensable, ó por lo menos ordinaria del acto ejecutado, en términos que solo por una feliz casualidad pudiera haberse dejado de producir : y que por tanto el delincuente le ha previsto y consentido, aunque dicho resultado no fuese el objeto que se proponia, del caso en que no concurren las circunstancias expresadas.

En el primero encuentra un verdadero delito en el daño causado á tercera persona ; el cual delito se origina del dolo que llama *indeterminado ó eventual* ; en el segundo halla dos efectos distintos provenientes del dolo unido á la culpa. á saber, una tentativa de delito respecto á la persona que el criminal se proponia ofender, y un hecho simplemente culpable, en el daño originado á otra persona.

Como estos principios entrañan á juicio del Fiscal, la verdadera resolucion del caso *sub judice*, séale permitido exponerlos con las mismas palabras del autor, transcribiendo sus propios conceptos.

Despues de establecer en su « Derecho Penal Belga » tomo 1º, Nº 315, que en el sistema de aquel, el dolo indirecto ó eventual se equipara por regla general al dolo directo y determinado, descendiendo al caso propuesto de que el daño que un individuo intentaba causar á alguno, hubiese recaído en diversa persona, se expresa como sigue :

« El Código Penal no prevee especialmente, el caso, en que el mal que el agente ha querido hacer á una persona determinada ha recaído sobre otra personá, que aquel no se habia propuesto ofender. En este caso, si segun las circunstancias,



el mal inferido á ésta es una consecuencia ordinaria del hecho, se debe aplicar el principio que asimila el dolo eventual al dolo determinado : principio que se encuentra reconocido en general por el Código ».

Previene sin embargo dicho autor, que no debe confundirse en el caso propuesto el dolo determinado con el concurso en el mismo hecho, del dolo unido á una culpa, cuyas consecuencias serian diversas ; y en esta hipótesis, con relacion al caso propuesto, se explica así :

« El mal que se tenia intencion de hacer á una persona determinada, ha recaido sobre otra persona que el agente no se proponia ofender. »

« En este caso, el mismo hecho constituye dos infracciones de las cuales la una tiene por causa una resolucion criminal, la otra una falta, con ó sin prevision ; y entonces el Juez debe aplicar de las dos penas concurrentes, la que fuese mayor ».

Definiendo los principios que rigen ambos casos, *el de dolo indeterminado y el de concurso de dolo con culpa*, y especificando las circunstancias que los caracterizan, mediante las cuales se han de distinguir ; pues previene que debe precaverse su confusion, dice lo siguiente :

« El agente es culpable á la vez de dolo y falta, cuando la infraccion intencional ha tenido consecuencias perjudiciales que él no habia previsto : pero que podia prever ; ó que no ha querido, aunque no dejase de preverlas. El concurso del dolo y de la falta se llama por los criminalistas *culpa dolo determinata*, que importa no confundir con el dolo indirecto ó eventual ».

« En efecto, este último supone que el agente ha previsto y querido el mal que ha resultado del hecho criminal, aunque no tuviese por objeto causarlo ; mientras que en la *culpa dolo determinata*, él no lo ha previsto, ó por lo menos no lo ha querido.

El autor que nos sirve de guía, y con cuyo auxilio intentamos analizar jurídicamente el hecho ocurrente, que sumi-



nistra materia al proceso, propone en fin, interesantes ejemplos en que aplicando los principios enunciados, ilustra la doctrina.

« Se descarga, dice, un arma de fuego sobre Pedro, con la intencion de darle muerte, pero el golpe alcanza y mata á Pablo, ó mata á la vez á uno y otro. En esta hipótesis hay muerte ó asesinato intentado ó consumado respecto á Pedro, y homicidio involuntario respecto á Pablo ».

« Habria dos crímenes intencionales, consumados, ó de los cuales el uno seria intentado y el otro consumado, si segun las circunstancias, solo hubiera sido una feliz casualidad, que el tiro no hubiese herido á una y otra persona ; porque entonces el agente ha querido eventualmente el mal que ha causado á tercero, pues era consecuencia necesaria ó por lo menos ordinaria del hecho ».

« Con la intencion de dar muerte á Pedro se tira sobre él en un momento en que se encuentra al lado de Pablo, ó se tira « ánimo occidendi » sobre una mujer que lleva un niño en sus brazos. El daño causado á Pablo ó al niño tiene por causa el dolo eventual del agente. »

» En fin, no habria sino un crimen ó un delito intencional si el autor se hubiese engañado sobre la persona que fuera víctima del atentado, por ejemplo : si hubiese golpeado, herido, ó muerto á Pablo, creyendo matar, herir ó golpear á Pedro ».

Haciendo ahora aplicacion, Exmo. Señor, de los principios y doctrinas, expuestos al caso ocurrente que se trata de analizar, debe observarse que aunque la menor Morando se encontrase próxima á Luisa Podestá, cuando Gaviglio le tiró con el hacha, no consta que se hallara tan inmediata, que solo hubiera sido una casualidad el que dejara de ofenderla; y por el contrario, la casualidad ha consistido en que errando el golpe dirigido á dicha mujer, le pegase á la niña; no pudiendo por tanto considerarse este resultado consecuencia precisa, ni aun ordinaria de la accion ejecutada por el pro-



cesado, segun seria indispensable para clasificarse el hecho como nacido de dolo indeterminado.

Además, la corta edad de la niña excluyendo la suposicion de que Gaviglio pudiera profesarle ódio, ó abrigar para con ella resentimientos, que no tenia tampoco respecto á la madre, con la cual, es constante que se llevaba bien, segun ella misma lo declara, hace verosímil la explicacion del proceso, de que al arrojar el hacha, no se fijó ni advirtió que la niña se encontrase próxima á la Podestá, es decir, que no entró realmente en su prevision, y menos aun en su propósito el ofenderla ; si bien es cierto que pudo y debió prever que era posible el que esto sucediera.

Hay, por tanto necesidad de admitir en el caso que nos ocupa el concurso de dolo y culpa, reconociéndose un doble carácter en el acto ejecutado por Gaviglio: tentativa criminal de lesion á Luisa Podestá y lesion culpable, pero no criminal, inferida á la niña Florinda Morando.

Como se vé, el Fiscal conceptúa arreglada la clasificacion legal del hecho, contenida en la sentencia consultada, pues aunque en ella dicha clasificacion arranque de una falsa suposicion, se arriba al mismo resultado despues de rectificadas ésta y por consecuencia indeclinable de los principios juridicos que rigen la materia.

Resuelto el punto y admitida dicha clasificacion legal, la penalidad es la que corresponde al hecho mas grave ; y siendola esa tambien la que ha adoptado y determina dicha resolucion, el Fiscal opina que debe aprobarse.

Buenos Aires, Agosto 21 de 1884

TENTATIVA DE ASESINATO

SUMARIO :

Relacion del suceso segun lo que se deduce del mérito de la causa—El hecho por parte de Balleto no puede clasificarse de otra manera, que por tentativa de asesinato—Cuando no se descubra positivamente el plan de matar ó asesinar, ni el reo lo confiese, debe juzgarse la intencion por las circunstancias del hecho—La doctrina del Defensor de que respecto á las lesiones solo deba juzgarse por el resultado, no puede tener aplicacion, cuando aparezca que el reo ha obrado con un propósito decidido—Un mismo hecho segun la intencion con que se ejecute, puede importar solamente una lesion, ó tambien tentativa próxima de homicidio ó asesinato—Del empleo de arma mortífera, del ensañamiento y repeticion de los golpes con la fuga del criminal, puede deducirse la intencion de matar—El ataque imprevisto, simulando hasta entonces amistad y dirigido contra persona indefensa constituye alevosía y caracteriza el asesinato—Inferioridad de la prueba de descargo, respecto á la que apoya la acusacion en los términos indicados—Cernadas se halla confeso de haber herido con una piedra en la frente á Balleto despues de pasado el ataque—Tal hecho es clasificando equivocadamente por el Juez del Crimen, de exceso en la defensa—Esta debe ser simultánea al ataque, y las ofensas inferidas al agresor despues que aquel ha pasado, deben considerarse actos ilicitos de venganza—Cernadas no se escusa con decir que trató de impedir la fuga del malhechor, no siéndole aplicable, como equivocadamente lo supone el Juez, lo dispuesto de un modo especial respecto al ladron nocturno. Razones que justifican lo dispuesto en este caso. Tal disposicion tiene por objeto no solo la defensa de la propiedad, sino de las personas, que se consideran en peligro.

Exma. Cámara : — Contesta la expresion de agravios del Defensor de Balleto, espresando por su parte los que se



infieren á la vindicta pública con la absolucion de Cernadas.

El Fiscal, en la causa criminal seguida contra Mariano Balleto por tentativa de asesinato en la persona de Pedro M. Cernadas en esta Capital, el 4 de Abril del año antepasado, y contra el ultimo por lesion al primero: contestando la espresion de agravios que hace su Defensor, de la sentencia que lo condena como autor responsable del referido delito á la pena de Penitenciaria por tiempo indeterminado: y expresando por su parte los que se infieren á la causa pública con la absolucion de Cernadas, dice: que la indicada resolucion es justa y debe confirmarse en cuanto á la condena de que se apela; pero que no lo es, y debe revocarse, respecto á la absolucion del segundo de los procesados.

Por la relacion del suceso de que se trata y que sirve de materia á este proceso, hecha por Pedro M. Cernadas y corroborada, tanto por el resultado del reconocimiento médico, que constata haber recibido cinco heridas causadas con instrumento agudo y cortante (una daga), cuanto por las declaraciones de dos testigos presenciales, D. Alfredo Alonso y D. José Bustos, que concuerdan con ella en todas las principales circunstancias, no menos que por los demas antecedentes recogidos, se acredita legalmente la verdad de la imputacion dirigida á Balleto, de haberlo tratado de asesinar.

Consta, en efecto, que el dia indicado como á las once de la mañana, al salir el primero de la Comisaria del Mercado Once de Setiembre, Balleto que habia estado esperando mas de media hora, aunque no le hablaba desde mucho tiempo, por disgustos que aquel habia tenido con sus hermanos, lo saludó esa vez excepcionalmente y aproximándosele, entabló conversacion amigable, que por su naturaleza debió desimpresionarlo de cualquier prevencion, pues le hacia comprender que necesitaba de él un servicio: y en seguida, al





retirarse Cernadas, lo fué acompañando con otras varias personas que sucesivamente se despidieron y separaron, con exclusion del citado Alonso.

Yendo despues por Larrea, al llegar á Cangallo, de pronto Balleto, sin que en esos momentos hubiese mediado disgusto ni cambio alguno de palabras desagradables, desenvaina un gran puñal ó daga, y acomete á Cernadas completamente indefenso y desprevenido, quien, como era natural, trató de defenderse intentando arrebatar el puñal á su agresor.

Este reiteraba contra él furiosos golpes, hasta producirle cinco heridas, y sin desistir de atacarlo por mas que luchando ambos cayeran al suelo, pues allí mismo continuó el ataque, procurando, sin duda, ultimarle, hasta que á los gritos de un transeunte, el mencionado Bustos, Balleto fugó, y entrando al almacén de don Bartolo Echeverría, arrojó en la trastienda el puñal y la vaina.

Desde luego, Exma. Cámara, nadie que reflexione imparcialmente, puede ver en tan horrible suceso, otra cosa que el propósito decidido, por parte de Balleto, de asesinar á Cernadas; pues el hecho ha sido premeditado, alevoso, feroz hasta el ensañamiento, y en fin, porque no habria obrado de otro modo siendo ese efectivamente su intento, no habiendo por su parte dejado de hacer cosa alguna para consumarlo.

A no descubrirse positivamente el plan de matar ó no confesarlo de un modo espreso el reo, no puede revelarse con mas claridad la intencion del delincuente, que por las circunstancias referidas que han acompañado el hecho de que se trata: premeditacion, alevosía, empleo de una arma mortífera, repeticion de los golpes, fuga del criminal.

Aunque la voluntad es un fenómeno interno, ésta se exterioriza y se revela, en defecto de una manifestacion expresa, por la manera de obrar del agente, consignada en las circunstancias que preceden, acompañan ó siguen al hecho, siendo precisamente las que se han mencionado y otras semejantes, de las que hacen mérito los criminalistas para deducir la intencion de causar la muerte, distinguiendo la



tentativa de homicidio ó asesinato, del delito de simples lesiones.

En cuanto á la intencion de matar que se deduce de la repeticion de los golpes y multiplicidad de las heridas, dice Chaveau Adolphe: «Las heridas y golpes repetidos prueban seguramente el furor del agente y la voluntad que lo animaba; pero no prueban que esta voluntad fuese deliberada antes del crimen. De aquí puede inducirse que el agente tenia en el momento de herir, el designio de matar, pero la violencia con que se manifiesta una voluntad, no es un indicio de que esa voluntad haya sido acompañada de reflexión.»

Sobre la premeditacion y alevosía que, acompañadas de la intencion de matar, caracterizan el asesinato ó tentativa de asesinato, dice: «Los doctores enseñan que la premeditacion debe presumirse cuando el agente prepara de antemano las armas ó instrumentos necesarios para la ejecucion, cuando se coloca en emboscada, cuando hubiese proferido amenazas ó manifestado una profunda enemidad hácia la víctima, cuando la atacase á traicion ó sin provocacion.» Teoría del Código Penal. tom. 3, núm. 1085.

No le favorece ni atenua su criminalidad, el que por accidente y fuera de su dañado propósito, las heridas de Cernadas hayan resultado leves; porque el delito no tanto lo constituye el hecho material, cuanto el elemento moral ó la intencion: puede haber muerte violenta sin que importe un delito de homicidio, por faltar la intencion criminal; y viceversa, una lesion leve puede trasformarse en tentativa de homicidio ó asesinato, si apareciese que tal hubiese sido realmente la intencion del autor.

Por lo mismo no es aceptable en manera alguna, la filosofía positivista que expone y sostiene el Defensor, pretendiendo que las lesiones se castiguen siempre segun su gravedad, con absoluta prescindencia de la intencion con que se produjesen.

Así sucede, en verdad, comunmente, pues por lo regular



el autor obra con dolo indeterminado, y entonces con mucho fundamento debe responsabilizársele en justicia, por el resultado de su acción, cualquiera que sea.

Esta teoría, sin embargo, deja de ser aplicable desde que existan motivos suficientes para suponer que las lesiones se han producido con la intención de matar, porque habiendo entonces un propósito determinado. es este lo que hay que considerar, y el delito dejenera de simples lesiones, en tentativa de homicidio ó de asesinato, si hubiese mediado premeditación ó alevosía. Gomez Var, Res. tomo cap. 3, núm. 31. Chauveau Adolphe, Teoría del C. P., tomo 4, pág. 21.

Lo contrario, importaría suprimir en los delitos el elemento moral, que lo mismo que el acto material, es parte esencial y constitutiva de aquellos, entrando ambos necesariamente como factores para determinar la naturaleza, la gravedad de los delitos y la pena que les corresponde.

Moralmente hablando ¿cómo han de ser lo mismo ó cosas equivalentes, resolverse á causar la muerte de una persona, que inferirle impremeditadamente una lesión? ¿producir la muerte involuntariamente ó por un simple descuido, que ejecutando un propósito concebido y resuelto de antemano? La materialidad del hecho es ciertamente la misma; pero su moralidad es muy diversa.

El Juez del Crimen, contrayéndonos al caso presente, al examinar las circunstancias del caso, ha tenido razon en deducir del feroz é imprevisto ataque llevado á Cernadas por Balleto con una terrible daga, del encarnizamiento con que repetía los golpes, en fin, del hecho de continuarlos aún después de caer aquel al suelo, su intención de matarlo.

«¿Se han dado golpes, dice Rossi, se ha hecho una herida con el intento de matar? En este caso, y solo en este caso, hay tentativa de homicidio. Es evidente que la duda no puede ser resuelta, sino examinando la totalidad de las circunstancias accesorias: el Juez necesita algo mas que el hecho de la herida. Pero todas estas dificultades prácticas no reba-



jan, á nuestro parecer, la solidez de los principios que acabamos de sentar, » Derecho Penal, t. 2º, pág. 126.

Ha tenido tambien razon dicho Juez en clasificar de asesinato el homicidio intentado, observando que Balleto, despues de preguntar por Cernadas, se puso á esperar y permaneció mas de media hora, cerca de la puerta de la Comisaría en que aquel se encontraba, hasta que salió; aproximándose despues como amigo; y atacándolo, por último, de improviso, estando indefenso y sin haber precedido discusion ni uso de palabras descompuestas. — Tejedor, Proy. de C. P., nota al art. 2º, §. 2º, tít. y Lib. primeros, P. 2ª.

Verdad es que el Defensor no acepta la relacion del suceso tal como se ha expuesto, y pretende contrarestarla, con las deposiciones de otros dos testigos que se dicen presenciales, D. Arturo Anguita y D. Guillermo Cook, los cuales refieren el suceso de diverso modo, exponiendo que Cernadas amenazó una bofetada á Balleto.

Desvirtúa, sin embargo, en gran manera, la importancia de las declaraciones de estos testigos, el que, segun ellos mismos, presenciaban el incidente desde la distancia de casi una cuadra, agregando uno de ellos ser corto de vista; porque ésto solo hace que no puedan parangonarse con las de los testigos Alonso y Bustos, que vieron de inmediato lo que ocurrió y pudieron, mejor que ellos, darse cuenta del origen de la lucha que vino á trabarse entre Cernadas y Balleto, lo mismo que de sus peripecias.

Verdad es tambien, que se pretende debilitar el valor probatorio de las declaraciones de estos últimos testigos, tachándoles de cualquier modo, y procurándose ponerlos en desacuerdo; pero sus afirmaciones convienen en las circunstancias principales, con la relacion del mismo Cernadas, y ésta recibe gran fuerza de los antecedentes innegables, de que mientras él se hallaba desarmado, Balleto tenía una gran daga con la cual le causó las cinco heridas que exhibe.

Balleto, por el contrario, no ha sido persistente en sus declaraciones ni referido los hechos del mismo modo: por-



que despues de haber negado repetidas veces en la Policía toda participacion en el suceso, contradiciéndose manifiestamente, acabó por reconocer que tuvo contienda con Cernadas, de la cual éste sacó cinco heridas.

Pretende, con todo, habérselas causado él mismo al atropellarlo por quitarle el puñal, lo que ciertamente no es verosímil, y que si desenvainó aquel lo hizo al verse acometido por Cernadas con una piedra; en lo cual es desmentido implícitamente por sus propios testigos, pues, estos, segun dicen solo vieron que le amenazaba una bofetaba con el puño.

Deducese de lo expuesto, Exma. Cámara, que no hay error alguno en la sentencia apelada, ni en cuanto á la apreciacion de la prueba para establecer los hechos, ni tampoco con respecto á la clasificacion legal del delito cometido por Balleto, para graduar la pena que le corresponde—Código de Proced. art. 204.

No sucede lo mismo en la parte que se refiere á la herida inferida por Cernadas á Balleto: pues estando aquel confeso del hecho, y reconociendo habérsela causado con una pedrada que le dió en la frente y lo derribó al suelo; lo cual sucedió despues de haber pasado completamente el ataque de aquel, manifestando que lo hizo para impedir su fuga, el Juez *á quo* procede equivocadamente al absolverlo.

Dos consideraciones aduce en apoyo de su resolucion en esta parte, ambas inadmisibles, como es fácil demostrarlo; primera, que habiendo sido atacado Cernadas por Balleto, éste se encontró en el caso de legítima defensa; y de consiguiente aunque hubiese habido exceso en el modo, producido por el espanto y la falta de reflexion, tal exceso no seria punible.

La defensa, Exma. Cámara, debe ser simultánea con el ataque, y es solamente entonces que tiene aplicacion la doctrina aducida inoportunamente por el Juez del Crimen, de que aun cuando hubiese habido exceso, éste no debe castigarse; pero pasado el ataque, cual sucedia cuando Cernadas hirió en la frente á Balleto de una pedrada, ya no hay defen-



sa ni puede haber exceso en ella; pues el mal que se infiere al que antes atacó, se considera como un acto ilícito de venganza, sujeto al castigo correspondiente.

Así lo declara expresamente el Código Penal, al distinguir con acierto los actos, que solo deben considerarse abusivos por exceso en el modo de la defensa, mientras ésta dura todavía, porque subsiste el ataque; de los que tienen lugar después que éste ha cesado enteramente; pues eximiendo de pena los primeros, condena y castiga los segundos.

«Las heridas que se hicieran, dice el art. 158, ó la muerte que se dé al injusto agresor después de terminado el ataque y alejado completamente el peligro, serán consideradas como actos ilícitos de venganza y castigadas como crímenes voluntarios, á menos que el hecho pueda justificarse por otros motivos».

Segunda, que Cernadas estaba en su derecho para impedir la fuga de Balleto, aun derribándolo de una pedrada, así como se permite hacer fuego sobre el ladrón, que dispara llevándose los objetos robados, y rehusa detenerse á la intimación que se le hace para que se detenga.

Esta doctrina, Exma. Cámara, es equivocada, pues que no hay disposición alguna legal, principio jurídico ni opinión que la apoye; la fuga del reo no importaría su impunidad, porque no impediría el que se le procesase en rebeldía; sin poder evitar tampoco los efectos de la condena, sino á condición de desterrarse del país.

Vice versa, si al agraviado, para asegurar su venganza, impidiendo la fuga del agresor, le fuese permitido en casos tales como el de que se trata, el empleo de todos los medios por violentos que fueran, sin excluir ninguno, á veces su consecuencia sería la muerte, aunque el delito no mereciese esta pena.

Si en la hipótesis mencionada del robo, tales medios se permiten contra el ladrón nocturno, no es para asegurar su castigo, sino porque se considera en peligro la vida de los asaltados; y también para impedirsele consumir aquél, en



defensa de la propiedad que se identifica con la subsistencia, y podrá á veces equipararse con la vida, cuando su despojo produjese la ruina completa del dueño y quizá la privacion de todo medio de sostenerse.

Oigamos al autor mismo del Código explicar el motivo y el sentido de la disposicion á que alude el Juez *á quo*, contenida en el inc. 2º del art. 156, el cual, al autorizar el empleo de medios violentos, supone que el ladron, sin obedecer las intimaciones del robado y del agente público, no pudiendo aprehenderse de otro modo, resista con armas ó huya con el robo en actitud amenazante.

«El derecho de rechazar por la fuerza al ladron nocturno, dice el Dr. Tejedor, se encuentra en la ley romana; pero el verdadero motivo de esta disposicion está en que el dueño de casa, incierto de las intenciones del asaltante, debe temer que tenga el designio no solo de robar, sino de ejercer violencias y desde entonces debe creerse en estado de legitima defensa.—Proy. de C. P., Parte primera, Lib. 2º, tit. 3., §. 5. pág. 166.

No puede por tanto legitimarse el proceder de Cernadas con Balleto al causarle una herida, dándole una pedrada en la frente, que lo derribó al suelo y bañó en sangre, despues que el ataque y el peligro habian pasado; y cuando mas, deberá disculpársele hasta cierto punto, por haber obrado asi fuertemente exitado por la conducta injusta y atroz de su agresor.—C. P., art. 188, inc. 5º.

El exponente, reproduciendo por tanto las conclusiones del Ministerio Público en primera Instancia, termina solicitando la confirmacion de la sentencia apelada, respecto al procesado Mariano Balleto; y su revocacion en lo que concierne á Pedro M. Cernadas, á quien se condene como responsable de una lesion, con la circunstancia atenuante que queda expresada, á la pena de dos meses de arresto redimible por multa de un valor proporcionado.

Buenos Aires, Setiembre 1º de 1885.

PRESCRIPCION DE LOS DELITOS

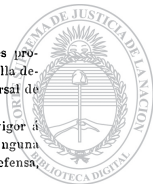
SUMARIO:

El castigo de los delitos debe regirse á todos respectos, por la ley en vigencia cuando se cometieron, á menos que la nueva sea mas benigna—En caso contrario, no puede privar al reo de las escepciones ó motivos de atenuacion que por aquella le correspondiesen, ni dificultar la prescripcion—No vale decir que antes de consumarse ésta, el reo no tenia un derecho adquirido; pues al menos le correspondía para no ser juzgado por otra ley que la que él conocía é infringió—Diversidad de opiniones y de doctrinas en la materia, entre las cuales la mas fundada es la que está siempre á la ley mas benigna—No puede admitirse error de copia ó de imprenta no salvado en la edicion auténtica del Código—La prescripcion en lo penal sigue distintos principios que la civil, corriendo aun contra ignorantes é impedidos y sin distincion alguna de presentes ó ausentes—En los delitos sucesivos no empieza á correr la prescripcion, sino cuando ya no se siguen cometiendo.

Exma. Cámara: — En materia criminal, ya sea que se defina el delito ó que se establezca la pena, que se determine el procedimiento ó se señale el término de la prescripcion, las leyes no deben tener efecto retroactivo sino cuando sean favorables al reo, pues en otro caso se violaria el principio constitucional, de que nadie puede ser penado sino en virtud de ley anterior al hecho de la causa.

Esa ley, Exmo. Señor, debe contener necesariamente no solo la clasificacion y penalidad de los delitos, sino tambien





la especificacion de las razones por las cuales el que es procesado por un delito puede eximirse del castigo en ella determinado; entre las cuales la jurisprudencia universal de los pueblos civilizados enumera la prescripcion.

Esta debe regirse de consiguiente, por la ley en vigor á la época en que el delito fué cometido; sin que ninguna disposicion posterior pueda arrebatarle al reo esa defensa, enervarla ó dificultarla.

Iniciada pues la prescripcion de un delito aunque se cambien ó modifiquen, se deroguen ó reformen las leyes de la materia, ella tendrá que continuar y debe cumplirse con arreglo á ley penal vigente cuando el delito se cometió, á menos que exigiendo menor tiempo la nueva ley, este se hubiese cumplido, porque entonces únicamente habria que aplicarla aun á los casos ocurridos antes.

Ni se diga que la prescripcion no consumada no ha producido todavia un derecho, importando solamente una expectativa, que muy bien puede caer bajo el imperio de la nueva ley; porque así como al delinquir, un individuo se hace acreedor á sufrir la pena establecida por el Código Criminal, adquiere tambien el derecho perfecto, para no ser juzgado por otras leyes que las promulgadas antes, que él conoció y que tenia el deber de respetar.

No se oculta de modo alguno al Fiscal que estos principios aun no han sido unánimemente admitidos; pues que los criminalistas se hallan divididos en la materia, y á su respecto existe gran diversidad de opiniones, pretendiendo algunos que la nueva ley, ya sea ó no mas favorable al reo, debe tener siempre efecto retroactivo; y sosteniendo los otros por el contrario, que jamás puede atribuírsele, y que en consecuencia, se ha de juzgar por la antigua, que regía al tiempo de cometerse el delito.

Sabe bien que hay autores que llevan, que en caso de cambio ó modificacion de la ley que reglaba la prescripcion penal, por otra nueva que llegase á sancionarse, ambas se han de aplicar simultáneamente, cada una por el tiempo que



ha transcurrido durante su vigencia; cuando otros enseñan que en casos tales se ha de aplicar siempre la mas benigna y favorable al reo, aun con efecto retroactivo.

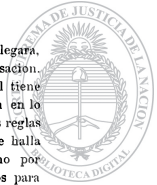
Esta última opinion, es sin embargo, la mas bien fundada y equitativa, pues que no puede haber razon alguna para considerar en igualdad de circunstancias, un mismo delito, mas grave en unos que en otros, solo por haberse cometido antes ó despues; siendo tambien la opinion que ha prevalecido en los tribunales franceses, desde que fué adoptada por la Corte de Casacion en resolucion de 25 de Noviembre de 1831; conviniendo que V. E. siga la misma jurisprudencia, que deja resuelto el punto en ese sentido.

Nada vale tampoco decir que el término de dos meses determinado por el Código Penal para la prescripcion de los delitos á que corresponde pena de prision, ha sido solamente un error de cópia ó de imprenta; y que una disposicion tal seria inconveniente en extremo y sumamente dura para los que resultan agraviados de delitos de ese género.

Declarada auténtica la edicion del Código y publicada en la forma en que se encuentra, sin haberse salvado la indicada equivocacion, debe tenerse indudablemente por correcta y juzgarse por ella; sin tomarse en cuenta la enmienda la cual antes de haber sido promulgada no podia tener fuerza obligatoria.

La disposicion que establecia la indicada prescripcion de dos meses, era seguramente inconveniente y perjudicialísima, pues favorecia directamente la impunidad de los delitos; y con mucha razon ha sido reformada, pero los Jueces no pueden escusarse de cumplir estrictamente las leyes, en vista de los inconvenientes que ofrezcan, porque esto seria esceder sus atribuciones y sobreponerse al legislador, limitándose por eso su derecho en casos tales á representar dichos inconvenientes.

No es admisible en fin, la observacion de que habiéndose encontrado ausente del país y en Europa el que resulta agraviado por el delito de estafa que se persigue, en dos meses



no habria habido siquiera, tiempo suficiente para que llegara, á su conocimiento y pudiera venir á formalizar su acusacion.

La prescripcion, Exmo. Señor, en materia criminal tiene fundamentos muy diversos de los que la establecen en lo civil; no siéndole tampoco aplicables por lo mismo las reglas que rigen en materia civil. En esta la prescripcion se halla basada en la presuncion de abandono del derecho por parte del interesado, ó de negligencia por lo menos para conservarlo.

Por eso cuando se demuestra que ella no ha existido realmente porque el dueño con justa razon ignoraba lo que pasaba, ó se encontraba impedido para obrar, la prescripcion civil no puede tener lugar: de aquí la regla de que al ignorante ó impedido no le corre término.

De aquí tambien la distincion de prescripcion contra presentes ó ausentes, necesitándose en este último caso, doble término que en el primero; porque hallándose ausente el interesado, no solamente le es mas difícil conocer los hechos que originan la prescripcion, sinó tambien adoptar las medidas necesarias para interrumpirla.

Nada de eso sucede en la prescripcion si se trata de materia penal, ella no se funda en la presuncion de renuncia del derecho de parte del agraviado; sino mas bien en la inconveniencia social de castigar delitos olvidados ya, y en cierto modo cubiertos por el tiempo.—Ortolan, Derecho Penal, tomo 2, N. 1853.

Las leyes, pues, que determinan el término de la prescripcion, no hacen otra cosa que resolver hasta que tiempo puede ser útil y conveniente á la sociedad, el castigo de los delitos; ó cuando borrados ya de la memoria, se considera mas provechoso prescindir de ellos enteramente.

No se hace, por eso, distincion de presentes ó ausentes, impedidos ó ignorantes, en aptitud ó no de ejercer su derecho; contándose el término desde que el delito fué cometido; y no desde que se obtengan sus pruebas, ó se descubra por lo



menos, aunque por otra parte, es evidente el que antes que esto suceda fuera ciertamente imposible perseguirlo.

La razon de todo esto, es que nada de ello impediria que el castigo hubiese de referirse á un hecho remotamente sucedido, y á un delito del que habiendo transcurrido ya largo espacio de tiempo, bien podria suponerse y no sin razon, corregido el delincuente, desde que no constase haber reincidido.

Tales son, Exmo. Señor, aunque muy diversas de las invocadas por el Agente Fiscal y por el Juez *á quo*, las doctrinas que el Fiscal considera las mas legales en la materia de que se trata.

Apesar de esto, en el caso presente, no procede la prescripcion alegada por el Defensor, porque refiriéndose á un delito sucesivo ó por lo menos reiterado sucesivamente, no consta que el último acto de los que lo constituyen, hubiese tenido lugar dos meses antes de iniciarse el procedimiento.

La carta fecha 22 de Setiembre en que el procesado espone falsamente haber empleado el dinero en la compra de un campo, no prueba que hubiese sido consumido ya en diversos objetos; y aquel engaño bien pudo ser con el fin de tranquilizar al dueño, y tomarse tiempo para continuar en el juego de Bolsa que habia emprendido, y que parece haber proseguido hasta pocos dias antes de empezarse la causa.

Buenos Aires, Agosto 17 de 1882.

VISTA XLIII

Heridas con premeditacion y alevosia

SUMARIO:

No puede suponerse tentativa de asesinato, sin que se compruebe la intencion de matar—Esta no se demuestra suficientemente por el hecho de haberse causado una herida con premeditacion y alevosia—Tales circunstancias, pueden existir tambien, aunque el propósito hubiese sido solamente el de producir simples lesiones—Tampoco se acredita la intencion de matar por los antecedentes de enemistad—Aunque revelen un plan de venganza, el cual puede consistir en meras lesiones, golpes ú otras ofensas—En este sentido se juzgó ya anteriormente en un caso ocurrido —En el que causa una herida, á no constar de la intencion, se supone un dolo indeterminado, y debe responsabilizársele por el resultado.

Exma. Cámara:—El Fiscal, en la causa seguida contra Vicente Briesque, por tentativa de asesinato en la persona de Próspero Tamburini, en esta Capital, el 26 de Enero del corriente año, espidiéndose en la vista comunicada, y contestando la expresion de agravios hecha por el Defensor, de la sentencia de primera Instancia, que condena al procesado como autor responsable del referido delito, á la pena de presidio por tiempo indeterminado, dice: que no considera arreglada esta resolucion, y que en su concepto debe reformarse de acuerdo con lo solicitado por aque!.

Desde luego, Exma. Cámara, el Fiscal reconoce que el hecho de que se trata se presenta con caracteres odio-





sísimos, que no pueden menos de sublevar los sentimientos mas nobles del corazon, para condenarlo con la mayor vehemencia y propender á que sea objeto de un severo castigo.

Esto no obstante, como la justicia criminal debe administrarse con estricta sujecion á las leyes y por reglas inflexibles, que las mas veces no dejan arbitrio al Juez para aumentar ó disminuir la pena, si no es por causas determinadas en el Código, no pudiendo tampoco aplicar ninguna que en él no se encuentre establecida, para resolver sobre la justicia de la resolucion apelada, necesitamos compararla con las disposiciones á que se refiere, y examinar su aplicacion á la luz de los principios que las esplican y aseguraran el acierto.

El hecho de que se trata, Exma. Cámara, y que sirve de materia al proceso, por mas que lo haya negado Briesque, se encuentra completamente averiguado, en términos que no dejan lugar á duda, y consiste en lo siguiente:

Dirigiéndose Tamburini el dia indicado como á las siete de la tarde, á comer en una fonda situada en la calle Independencia entre las de Lima y Salta, encontró en el camino juntos á Manuel Muñiz y á Vicente Briesque; y habiendo invitado á que lo acompañase al primero, quien aceptó la invitacion, tambien Briesque manifestó que los acompañaría, dirigiéndose todos á la fonda y yendo adelante el expresado Tamburini.

En esta situacion, sin haber mediado cuestion ó desagrado alguno, ni cruzídose siquiera una sola palabra, de improviso, adelantándose Briesque, le infirió una puñalada por la espalda al mencionado Tamburini, y disparó en el acto.

Perseguido por aquél, que ni aun habia reparado en que se encontraba herido, pues solamente sintió el golpe, al fin fué capturado por un agente auxiliar de la Policia; y poco despues se encontró en el trayecto por donde habia disparado, el cuchillo con que causó la herida, el cual resultó



pertenecer al procesado. La herida de Tamburini fué grave, y su curacion parece haber durado mas de tres meses.

Hecha la averiguacion de los antecedentes del caso, se ha venido en conocimiento de que Tamburini habia tenido pocos dias antes un disgusto con otro individuo, de quien Briesque se decia pariente, y del cual disgusto éste se dió por ofendido, especialmente por haber sido conducido á la Policía, á causa de haber tirado entonces una pedrada á Tamburini, á quien además amenazó.

Bien, pues, sentados estos precedentes de malquerencia y amenaza á Tamburini por parte del procesado, que hacen comprender que el hecho de que se trata, á saber: la herida inferida al primero, fué un acto premeditado, que además se ejecutó con la mas repugnante é indigna alevosía, tanto el Agente Fiscal como el Juez del Crimen, han creído que debia clasificarse por tentativa próxima de asesinato.

Sin embargo, este punto ofrece gran dificultad al esponente que no lo considera bien resuelto, pues que no se encuentra declaracion legal, ni principio alguno de Jurisprudencia criminal que apoyen la mencionada resolucíon, y en que ésta pudiera fundarse de consiguiente.

Una lesion grave ó leve puede ciertamente importar tentativa próxima de asesinato, desde que se demuestre que la intencion de su autor era causar la muerte del herido.

No basta, sin embargo, el que existiendo enemistad entre dos personas, y mediando amenaza si se quiere por parte de alguna de ellas, esta premeditada y alevosamente infiera á la otra una herida, para que desde luego pueda establecerse legalmente, que su propósito hubiese sido el de matarla.

No solo la muerte, sino tambien cualquier herida, lesion ú otro agravio pueden inferirse con premeditacion ú alevosía; y aunque los antecedentes de enemistad y amenazas revelen efectivamente un proyecto de venganza, éste muy bien puede consistir, no solo en la muerte, sino en meras heridas y simples lesiones ó golpes; sin que por lo tanto una le-



sion, aun siendo grave, en las circunstancias expresadas, sin otros datos ó motivos, pueda clasificarse desde luego como proyecto de asesinato.

Un individuo agraviado con otro y deseoso de venganza puede esperarle cualquier noche oscura, detrás de una esquina, armado de garrote, y cuando lo vea venir desprevenido é indefenso, aplicarle de improviso una récia paliza que le produzca varias lesiones graves y leves, sin que tal hecho pueda considerarse en sí mismo un proyecto de asesinato, á pesar de la premeditacion y de la alevosía con que se hubiese procedido.

Debe decirse lo mismo de una herida inferida á cuchillo, porque aun cuando esta arma sea mas mortífera que el garrote, su empleo para herir, suponiéndose con premeditacion ó alevosía, no es suficiente para demostrar la intencion de matar.

En el que produce una herida, se considera existir un dolo indeterminado, que viene á hacerlo responsable del resultado, porque aquella lo mismo puede resultar leve, que grave ó mortal, necesitándose para establecer que hubo intencion de causarla de esta clase, prueba positiva ó por lo menos datos particulares, que por lo expuesto no pueden serlo suficientes, la premeditacion, la alevosía, ni por fin el empleo de una arma capaz de producir la muerte.

El Fiscal recuerda tambien, un caso en que V. E. ha juzgado en sentido contrario á la doctrina, que dejaria establecida la sentencia apelada, á la cual este sirve de fundamento.

No hace mucho tiempo á que un individuo de la orquesta de la compañía de ópera que trabajaba en Colon, agraviado con otro de quien suponía haber mantenido relaciones ilícitas con su mujer, lo esperó una noche en la puerta á la salida del teatro, hiriéndole al pasar con un estileto.

Bien, pues, en este caso existian las mismas circunstancias, mediante las cuales en el presente, el Juez del Crimen clasifica por tentativa próxima de asesinato la lesion inferida á Tamburini, la premeditacion, la alevosía, y en fin, el empleo de una arma mortífera.

Sin embargo, en el caso indicado, no habiendo sido posible demostrar en el autor de la herida, la intencion de producir la muerte, y habiendo por casualidad resultado aquella leve, V. E. penó solamente el hecho con tres meses de arresto.

El caso *sub judice*, Exma. Cámara, es idéntico al que se acaba de mencionar, aunque la lesion haya resultado grave: no existen datos suficientes para establecer legalmente que la intencion del procesado fuese la de causar la muerte á Tamburini.

No puede, por lo mismo, clasificarse con fundamento el hecho, por tentativa próxima de asesinato, ni debe penarse en consecuencia, de otra manera, que con un año de prision, en conformidad á lo dispuesto por el artículo 234 del Código Criminal, reformándose en este sentido la sentencia apelada.

Buenos Aires, Noviembre 14 de 1885.



HERIDAS CAUSADAS CON BALA

SUMARIO:

La mala intencion es un elemento esencial en los delitos—No solamente los constituye, sino que determina tambien su clasificacion—Un mismo hecho segun la intencion con que se ejecute puede constituir diversos delitos—La ley presume el dolo; pero no atribuye al reo la peor intencion imaginable—La circunstancia de que una herida haya sido causada con bala, no es suficiente para establecer la intencion de matar—Puede sin embargo hacer presumir en la tentativa, la intencion de producir una lesion grave—En el que hiero existe dolo indeterminado; y debe responsabilizársele por el resultado—El Código vigente no varia la penalidad en las heridas por haber sido causadas con bala—Sin embargo, en razon de que en tales casos se pone la vida en inminente peligro, seria justo legislarlos de un modo especial.

Excmo Cámara:—El Fiscal se ha instruido por la vista que se le ha comunicado, de la causa seguida al ingeniero Juan Bautista Médici, por haber disparado un tiro de revolver á don Virgilio Pedessini, produciéndole una contusion leve, que segun informe médico, estará curada en seis ú ocho dias.

Terminado el sumario que se halla en estado de recibirse confesion al procesado, éste ha ofrecido fianza carcelera; y tanto el Agente Fiscal, como el Juez del Crimen, no encontrando en el hecho referido, otro delito que el de una ligera





lesion, han considerado admisible legalmente, la indicada fianza, declarándose así por auto del 23 del corriente.

Para dictar esta resolución, se funda el Juez del Crimen en que no apareciendo del proceso antecedentes que hagan presumir en Médici, la intención de quitar la vida á Pedessini, ni pudiendo deducirse esta del hecho solo de haberle disparado un balazo, no debe atribuirse á ese hecho, mayor gravedad, que la que tiene en sí mismo el resultado que ha producido.

Pedessini se queja de esta resolución, de la cual ha apelado por considerarla gravosa é injusta; y espone que si bien por casualidad el balazo que le disparó Médici, no ha producido resultado, su vida se encontró sin embargo en un inminente peligro; y el hecho por tanto debe ser clasificado, ya que no, como asesinato frustrado, por lo menos como tentativa próxima de homicidio.

El querellante definiendo con varios criminalistas, lo que se entiende en Derecho por delito frustrado, hace ver que consiste en la tentativa indicada por actos exteriores ejecutados en el propósito de cometer un delito, hasta el último que debía realizarlo; habiéndose puesto de consiguiente de parte de su autor, todos los medios que de él dependían para realizarlo, aunque sin haberlo conseguido por cualquier evento.

Se queja también de que el Juez del Crimen, tratando de indagar la intención de Médici en el hecho referido, cuando la voluntad, siendo un fenómeno interno del alma, es inaveriguable; y cuando el Código Penal que nos rige, presumiendo el dolo en los delitos, mientras de las circunstancias no aparezca lo contrario, hace innecesaria dicha indagación, ha venido de esta manera, á desnaturalizar el hecho de que se trata.

Observa en fin, que por mas que el procesado haya alegado, procurando atenuar la gravedad de aquel, haber disparado el tiro sin intención de pegarle, y únicamente con el propósito de evitar el ataque que recelaba; habiendo establecido V. E. en conformidad á la doctrina sostenida por el Fiscal, que



la presuncion de dolo en los delitos establecida, por el art. 13 del C. Penal, es incompatible con la teoria de la indivisibilidad de la confesion, la referida esposicion de Médici respecto á las circunstancias del caso, ni siquiera debió ser tomada en consideracion, mientras no las justifique : porque mediante la presuncion legal del dolo, debe ser á su cargo el comprobarlas.

Aun cuando los principios sentados por el querellante en su escrito de apelacion sean exactos ; no teniendo el Fiscal inconveniente alguno para aceptarlos, hay sin embargo equivocacion en la manera de aplicarlos al caso presente: lo cual es fácil demostrar.

Por mas que siendo la voluntad un fenómeno interno, no podamos profundizarlo, y nos veamos por esto en la necesidad de juzgar la intencion, aún con peligro de error, por los actos exteriores que la revelan con mas ó ménos claridad, no podemos, con todo excusarnos de verificarlo, desde que por ser aquella un elemento esencial en los delitos, de ningun modo puede prescindirse de la intencion con que se ha procedido, cuando se trata de clasificarlos.

Así, pues, no es fundado en manera alguna el cargo que se dirige al Juez *á quo*; de que proponiéndose valorar la gravedad del hecho, que sirve de materia á la causa, empezara como era razonable, por tratar de darse cuenta de la intencion con que su autor lo habia ejecutado.

En todo delito hay dos elementos que lo constituyen, y que sirven. puede decirse, de factores para establecer su gravedad, á saber: el hecho material, que considerado en si mismo se halla clasificado como delito, y su inmoralidad proveniente de la mala intencion de su autor.

De aquí es que un mismo hecho, segun la intencion de que proceda, puede no solamente variar su gravedad, sinó tambien constituir diversos delitos.

Así, una lesion leve, que generalmente hablando no importaria mas que un delito de poca consideracion, puede á la vez ser clasificado por un crimen, á saber, tentativa próxi-



ma de asesinato, si se demostrase que tal habia sido el propósito del autor al inferir dicha lesion.

Pero por mas que en los delitos obre contra su autor la presuncion de dolo, no se sigue de aqui que toda herida grave ó leve, ya sea causada con puñal ó con bala, deba suponerse siempre producida con intencion de matar, y clasificada por tanto de homicidio frustrado.

En ninguna parte del Código Penal existe la declaracion de que la herida causada por un balazo, debe presumirse inferida con la intencion de matar; ni tal suposicion sería tampoco razonable, aun considerada solo como *presuncion de hombre*, porque si bien es cierto que las heridas de bala por lo regular son graves, no lo es, sin embargo, el que las mas veces produzcan la muerte.

La presuncion de dolo perjudicaría, pues, á Médici, si alegara, por ejemplo, haberse escapado el tiro casualmente, le perjudicará tambien en cuanto alega que no quiso pegarle á Pedessini; y que trató solamente de evitar el ataque que le amenazaba: pero dicha presuncion no va, como lo ha establecido acertadamente el Juez del Crimen, hasta hacer suponer que su intencion, en el hecho, no solo era mala, sino tambien la peor, es decir, de producir la muerte.

Por lo regular el que ataca á una persona, aún cuando se proponga herirla, no sabe si la herida resultará leve, grave ó mortal; acepta por consiguiente, todas las consecuencias del hecho, y es justo por lo mismo, el que se le responsabilice por el resultado; pero no lo sería ciertamente el que á pesar de ser leve la herida, sin otro antecedente alguno, se supusiera que el propósito de su autor fuese el de producir una herida mortal.

El dolo, acerca de los delitos, puede ser directo ó indirecto, determinado ó indeterminado, sobre lo cual se explica Haus en estos términos:

«El agente puede haber querido de diversas maneras el mal de que ha sido causa. Bajo este respecto, la voluntad, en tanto que se aplica á las consecuencias del hecho, es sus-



ceptible de muchas modificaciones, que ejercen influencia sobre la medida de la culpabilidad. Lo mas frecuentemente el autor ha tenido directamente en vista el mal que ha resultado de su accion, que ha ejecutado con el objeto de causar este mal. La resolucion criminal que ha tenido por objeto, directamente, la infraccion cometida, se llama *dolo directo*.

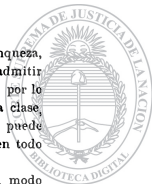
«Este dolo se presenta bajo dos formas. Primera: la intencion del agente era determinada, queria en particular ejecutar el crimen que ha cometido ó que ha intentado cometer, —(*dolo determinado*). La intencion criminal era indeterminada, pues no tenia por objeto exclusivamente tal resultado, sino que en su generalidad comprendia todas las consecuencias mas ó menos perjudiciales que el hecho podia producir, aceptando la que resultase, cualquiera que fuese; indiferente sobre el resultado mas ó menos grave de su accion, procuraba realizar á todo riesgo su proyecto de causar mal á otro. (*dolo indeterminado ó alternativo*).»

«Cuando el agente ha cometido el hecho con intencion indeterminada, de dañar, se le debe imputar como voluntario ó intencional, el resultado de su accion, cualquiera que sea: pero no se le puede imputar, sino este resultado. (*Dolus indeterminatus determinatur eventu*).» De conformidad á este principio, no se puede admitir, en la hipótesis de que se trata, tentativa alguna de crimen. (*Principios generales del Derecho Penal*, N. 312).

Esta misma doctrina la hallamos repetida al N. 433, en estos términos:

«Cuando el hecho ha sido cometido con intencion indeterminada de dañar, *no se puede admitir tentativa alguna*, sea que haya causado un mal ménos grave que el que habria podido resultar, sea que no haya producido resultado alguno dañoso. En este caso, en efecto, la intencion del agente no tenia por objeto tal crimen; sinó que comprendia indistintamente, todas las consecuencias perjudiciales de su accion.»

En lo que concierne especialmente á las heridas de bala.



siendo por lo regular graves, reconocemos con franqueza, que sin contrariar la doctrina espuesta, seria racional admitir que en el que dispara un tiro sobre otra persona, hay por lo menos la intencion de inferirle una lesion de esta clase, á pesar de que por accidente resultase leve; mas no puede admitirse como regla el que además, debe suponerse en todo caso tentativa de homicidio.

Aunque este hecho no se encuentre previsto de un modo especial en el Código Penal vigente, quizás necesitaria ser legislado particularmente; y así lo han comprendido tambien los señores Villegas, Ugarriza y Garcia, que componen la Comision Revisora del referido Código.

En consecuencia, bajo el número 207, han proyectado el artículo siguiente: «El acto de disparar una arma de fuego contra cualquier persona, será castigado con la pena de arresto mayor (uno ó dos años de prision, véase el inciso décimo del artículo 54 de su Proyecto), sino hubiesen concurrido en el hecho las circunstancias necesarias para constituir delito frustrado ó tentativa á que esté señalada una pena superior.»

Nótese que en la opinion de estos ilustrados Jurisconsultos, basada en la verdadera doctrina de Derecho Penal, por sí solo, el hecho de disparar un balazo sobre una persona, por mas que ponga su vida en inminente peligro, no constituye tentativa de asesinato ó de homicidio, sin otras circunstancias ó antecedentes que revelen en el autor de aquel hecho, el propósito homicida.

Nótese tambien que al proyectar la Comision Revisora del Código Penal vigente, el indicado artículo, reconoce la deficiencia de aquel, en el cual no existe efectivamente, disposicion alguna que permita al Juez, elevar la pena de una herida leve, mas allá de lo comun, por haber sido dicha herida producida por bala, y haberse encontrado la vida del paciente colocada en inminente peligro.

Nótese, en fin, que á pesar de la agravacion de la pena proyectada por dicha Comision Revisora, para el caso *sub judice*, aquella pena no excederá con todo de dos años de pri-

sion, ni excluirá, de consiguiente, la fianza carcelera con arreglo á la ley vigente de la materia.

Tales son, Exmo. Señor, las consideraciones por las cuales el Fiscal encuentra acertada en el caso de que se trata, la resolución apelada, que admite al reo fianza carcelera, y que lo inducen á opinar como opina, por su confirmacion; aumentándose, sin embargo, el valor de dicha fianza hasta la cantidad de quinientos pesos.

Buenos Aires, Abril 30 de 1886.



SECCION II

Jurisdiccion, Superintendencia y Procedimientos

VISTA XLV

Conflicto de la Cámara Criminal con el Ministro de Justicia sobre la dependencia en que ésta trataba de colocar á los Fiscales.

SUMARIO:

El Ejecutivo tiene derecho para solicitar informe de cualquier oficina ó Departamento de la Administracion; pero debe pedirlo por conducto del Gefc.—Era por tanto irregular en el caso de que se trata, dirigirse aquí al Agente Fiscal, que es un empleado subalterno—Es inaceptable la declaracion que hace el Ejecutivo, de que sus procedimientos no deben ser paralizados ni entorpecidos por defectos de mera forma—La resolucíon que se comunica adolece de este mismo defecto, pues apesar de su importancia y gravedad, carece de la firma del Presidente—En el caso presente la irregularidad observada debe llamar la atencion especialmente, por cuanto procede del concepto de que los Agentes Fiscales, como el Fiscal de las Cámaras, dependen inmediatamente del Ministerio de Justicia—Este concepto es equivocado, porque siendo las atribuciones de aquellos funcionarios puramente judiciales, su misma naturaleza requiere el que sean ejercidas con independencia—Los Agentes Fiscales en el desempeño de sus cargos, según la ley, deben ser vigilados por el Fiscal, y todos se hallan sujetos á la superintendencia de la Cámara—El error en sostener que los Fiscales Inferiores dependen del Ejecutivo, proviene del título de Agentes con que se les designa, el cual se pretende interpretar respecto del Ejecutivo, cuando en realidad dice relacion al Fiscal superior—La ley, queriendo constituir un Ministerio de la Fiscalía, debia establecer gerarquía y cierto grado de subordinacion entre los





funcionarios que la desempeñan—Tanto el Reglamento de 1813 para la administracion de Justicia, como el de 1817, consideraban á los Agentes Fiscales, auxiliares del Fiscal de la Cámara—Opinion de varios autores sobre la organizacion de la Fiscalia—Respuesta á los argumentos con que se pretende demostrar que los Fiscales deben depender inmediatamente del Ministerio de Justicia—Aunque el Poder Judicial es una desmembracion del Ejecutivo, debe sin embargo ser ejercido con independencia—En las monarquias los Fiscales representan al Rey, á cuyo nombre se administra tambien la justicia—Estos principios no son aplicables al gobierno democrático, en el cual los Jueces reciben del pueblo su jurisdiccion; y los Fiscales representan la causa pública—En Estados Unidos, según Story, los Fiscales nacionales lo que propriamente representan es á la Union—El Ejecutivo de ningun modo y en ninguna forma debe intervenir en los juicios—Aunque lo es permitido incitar al Fiscal á entablar acusacion en casos dados, no puede con todo, ordenárselo positivamente—El Fiscal tiene el deber de acusar los delitos aún contra la voluntad del Ejecutivo—Podría hacerlo aunque se tratase de empleados subalternos de aquél, que supusieran haber obrado por órden superior—En los casos contenciosos tendrfa tambien que observar la inconstitucionalidad de que adoleciera cualquier acto del Ejecutivo; todo lo cual es incompatible con su dependencia de este Poder—El carácter y posicion del Fiscal se determinan menos por el origen histórico de su oficio, que por la forma de Gobierno y atribuciones de que se le reviste—En nuestro País hay dos clases de Fiscales, de Gobierno, que dependen esclusivamente del Ejecutivo, y Judiciales, que solo funcionan en los Tribunales—Doctrina de los Dres. Ferreyra, Malaver y Tejedor explicando esta distincion—La representacion del Ejecutivo por el Fiscal es impicante y contradictoria de la superintendencia de la Cámara, á que se halla sujeto.

Exma. Cámara:—El Fiscal se ha instruido por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, de los antecedentes relativos á la queja que el Exmo. Sr. Ministro de Justicia, Culto é Instruccion Pública dirige contra el Ajente Fiscal en lo Criminal Dr. D. Andrónico Castro, por haberse negado á suministrarle un informe que le pidió en nota del 23 del pasado, sobre la demora en las causas criminales, detencion irregular de algunos individuos en la carcel y otros abusos denunciados por la prensa; habiendo contestado esta nota dicho Ajente Fiscal en términos inconvenientes, y publicado la contestacion sin recabar antes la autorizacion del Sr. Ministro, sobre lo cual este ha espedido una resolucion que

comunica al Tribunal, á fin de que se pronuncie al respecto, no obstante haber ordenado tambien á dicho funcionario segun lo manifiesta, que cumpla inmediatamente lo mandado espidiéndose en el indicado informe.

I

Desde luego el Fiscal reconoce como inconcuso y evidente el derecho que asiste al P. E. encargado de la Administracion General, para ser informado á los fines de la misma, por cualquier oficina ó funcionario público, sobre los datos que necesite y que obren en el poder de aquellos; opinando ademas, que la peticion del espresado informe de parte del Sr. Ministro en el ramo de Justicia, acerca de los puntos que determinaba; de ningun modo comprometia la independencia del Poder Judicial, ni importaba una intromision indebida en las atribuciones que á este corresponden.

Sin embargo, en cuanto al trámite empleado por el Sr. Ministro, es indispensable observar que el inciso 20, Art. 86 de la Constitucion Nacional, al consignar el mencionado derecho entre las atribuciones del Ejecutivo, previene espresamente que éste, para solicitar su informe, debe dirigirse á los Gefes de los diversos Departamentos; y solo por conducto suyo á los demas empleados subalternos, para que ellos sean obligados á darlos.

Así, pues, en el incidente que nos ocupa al dirigirse el Sr. Ministro á uno de los Agentes Fiscales, que son funcionarios subalternos de la Administracion de Justicia,, prescindiendo del Fiscal que es su Jefe inmediato, y de la Exma. Cámara que preside dicha Administracion; y ejerce segun la ley orgánica la superintendencia sobre los empleados de su dependencia, procedia sin duda de una manera irregular, omitia indebidamente una formalidad constitucional, y se exponia á suscitar dificultades, como en efecto ha sucedido, por causa de esta deficiencia.

Declara el Sr. Ministro en la resolucion que ha comunicado, respecto á la indicada cláusula constitucional referente





al caso, que la prescripcion en ella contenida, de que cuando el Ejecutivo haya de solicitar informe de alguna Reparticion deba dirigirse á su Gefe, consulta solamente la alta dignidad del Presidente, que hasta cierto punto se comprometeria entendiéndose directamente con un subalterno.

Es indudable que esto sucederia así; pero tambien puede asignarse á la referida prescripcion constitucional otra razon no menos plausible y mucho mas sólida, que consiste en la necesidad y conveniencia de respetar la jerarquia administrativa, para evitar el desórden, la confusion y la anarquia en las oficinas públicas y en las diversas Reparticiones.

Un informe inexacto, equivocado, deficiente ó doloso, suministrado clandestinamente por un empleado subalterno sin conocimiento de su Gefe, podria seguramente producir graves males y comprometer á la oficina ó Departamento de que emanase, existiendo sin duda alguna, mayor garantia de acierto en la disposicion de la ley fundamental, de que tales informes sean visados por los Directores ó principales funcionarios.

Establece el Sr. Ministro en la citada resolucion, que no es admisible que la supresion de fórmulas que no afectan al fondo de aquella, pueda ser invocada para poner obstáculo á los procedimientos del Ejecutivo. A la verdad el Fiscal no alcanza en que se funde teoria tan estraña al réjimen constitucional, y mucho menos ante los Tribunales, avezados por su propio oficio al respeto y veneracion de las formas.

¿Pues no se suspende á cada momento en ellos la ejecucion, y se anula una sentencia por falta de alguna forma substancial, aunque en el fondo pudiera ser muy arreglada y muy justa?

La falta de la firma del Ministro respectivo en un decreto ú otra disposicion gubernativa ¿qué otra cosa importaria sino un defecto de forma, que no impediria seguramente el que esa disposicion fuese quizá muy acertada y muy buena? Y sin embargo ¿no es cierto tambien que por disposicion expresa del artículo 87 de la Constitucion, el acto careceria, con todo,



de eficacia? ¿Por qué estraña, pues, el Sr. Ministro el que la falta de una forma pueda entorpecer los procedimientos del Ejecutivo?

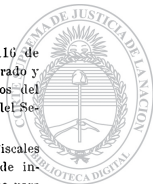
Así mismo la falta de la firma del Presidente en una medida ó resolucíon gubernativa, que sin embargo de contener declaraciones de la mas alta importancia y de la mayor trascendencia para el órden judicial, aparezca suscrita solamente por alguno de los Ministros, como se nota en la de fecha 3 del pasado, que se ha comunicado á V. E., aun cuando esta fuese muy acertada, produciria tambien y reproduce un vicio de forma, que anularia enteramente, y que anula en efecto, tal resolucíon, segun se deduce del artículo 89 de la Constitucion.

Hay que agregar: que en el caso que motiva la queja del Sr. Ministro, la falta de forma consistente en el trámite que observó, tenia mayor gravedad por cuanto ella no provenia de olvido ó inadvertencia, sino de la equivocada persuacion bajo la cual procedia, de que mientras el Tribunal Superior era independiente, los Agentes Fiscales dependian inmediatamente del Ejecutivo; encontrando por esto mas cómodo dirijirse á los que consideraba subalternos suyos.

Efectivamente, en la resolucíon fecha 3 del pasado comunicada á V. E., se establece y desarrolla esa doctrina, fundándosela principalmente en que, es el Ejecutivo el que nombra y remueve de por sí á los Agentes Fiscales; y como no podia ser que constituyendo estos con el Fiscal un solo Ministerio, una parte de él dependiese del Ejecutivo y la otra fuese independiente, se estiende y ensancha la teoría que somete los Agentes Fiscales al Gobierno, hasta comprender en ella tambien al Fiscal de las Cámaras.

II

Para sostener tal hipótesis, se supone equivocadamente que tambien este funcionario es nombrado y removido *ad nuptum* por el Ejecutivo, cuando si bien es cierto que en el Art. 9, Cap. 4º, tit. 7 del proyecto que presentó al H. Congreso lo proponia así, no lo es menos el que las Cámaras Lejislativas



reformándolo en esta parte, establecieron por el Art. 116 de la ley que sancionaron, que el Fiscal debía ser nombrado y removido en la misma forma que los demas miembros del Superior Tribunal, es decir, lo primero con acuerdo del Senado, lo segundo por juicio político. Arts. 87 y 103.

El nombramiento y libre remocion de los Agentes Fiscales por el Ejecutivo le dará *de hecho*, sin duda, una grande influencia sobre ellos; mas no le confiere facultad alguna para intervenir legalmente en el ejercicio de sus funciones puramente judiciales, prescribirles la manera de desempeñarlas, censurarla ó aprobarla; pues tales funciones por su naturaleza misma requieren una completa independencia.

La inspeccion sobre el modo de ejercerlas está reservada en parte al Fiscal, que debe cuidar de que dichos empleados cumplan sus deberes, promoviendo su castigo cuando los infrinjan: y en parte á la Exma. Cámara, á quien incumbe llegado el caso, hacer efectivo el castigo. Incs. 1º y 2º del art. 97, 3º y 5º art. 113 de la Ley de 15 de Diciembre de 1881.

Indudablemente ha inducido en error al Sr. Ministro el título que aquellos funcionarios llevan de *agentes*, que él aplica al Ejecutivo, cuando, en realidad, se refiere al Fiscal, con quien forman un solo Ministerio bajo su direccion, y del que este de consiguiente es el Gefe inmediato; razon por la que el artículo 129 de la Ley Orgánica de los Tribunales les recomienda que guarden unidad, poniéndose de acuerdo con él: sin que en parte alguna de esa ley se declare que el Ejecutivo tenga derecho de comunicarles órdenes ó instrucciones.

No ha sido esta, Exmo. Señor, una anomalía en la enunciada ley, violatoria de los principios que se debian consultar, ó que habia que seguir; sino al contrario una prescripcion muy acertada, y que tiene en su apoyo las instituciones de los países mas bien organizados; pues donde quiera que se trate de constituir convenientemente el Ministerio Fiscal, serán siempre indispensables la gerarquía entre los funcio-



narios que lo formen, y cierto grado, al menos, de subordinacion de los subalternos respecto de los superiores.

El Reglamento para la Administracion de Justicia dictado en 6 de Setiembre de 1813, establecia en cada Cámara un funcionario, cuyas atribuciones debian ser las mismas que hasta entonces habian ejercido los Fiscales; dándosele á éste un *Auxiliar*, que seria nombrado por el Ejecutivo á propuesta suya; y en el Reglamento Provisorio de 1817, creándose tambien un Fiscal para las Cámaras de Apelaciones, se le asignaban dos *Agentes Auxiliares*, uno para lo Civil y otro para lo Criminal; entre los cuales aquel repartiria á su discrecion los negocios de Hacienda.

«Los Fiscales, dice Escriche, tienen una inspeccion superior sobre los Promotores (nuestros Agentes) los cuales están bajo las inmediatas órdenes y direccion de los Fiscales de las respectivas Audiencias (nuestras Cámaras de Apelaciones) para todo lo que sea defender la Real Jurisdiccion ordinaria ó promover la persecucion y castigo de los delitos públicos y la pronta y cabal administracion de Justicia, salva siempre la independencia de opinion que los mencionados Promotores, como únicos responsables de sus actos en las causas que despachan, deben tener respecto á éstas, para no pedir ni proponer, sino lo que ellos mismos conceptuen arreglado á las leyes.» Dic. de Leg. y Jurisprudencia, palabra *Fiscal*.

«Los Promotores Fiscales deben sostener la Jurisdiccion Real ordinaria, en todos los casos en que la crean invadida. Tambien deben consultar al Fiscal de la Audiencia acerca de si propondrán ó contestarán las demandas sobre pleitos de Señoríos ó mostrencos ó cualquiera otra en que se interese el Estado ó el Real patrimonio; en todo lo cual se deberán arreglar puntualmente á las instrucciones que éste les diere.» Dic. citado, palabra *Promotor Fiscal*.

¿Cuál seria, Exmo. Señor, la situacion de los Agentes Fiscales sometidos segun la doctrina del Sr. Ministro, simultáneamente y sobre unos mismos objetos, á la direccion ó inspeccion del Fiscal, á la superintendencia del Tribunal



Superior, y en fin, á las órdenes é instrucciones del Ejecutivo.

¿Quién no advierte á primera vista que una complicacion semejante no podria producir otra cosa, que el desórden y el caos en la Administracion de Justicia, por lo que concierne á los intereses que aquellos funcionarios deben gestionar?

Y si esto sucederia en los asuntos civiles, mucho menos es admisible la sujecion de los Agentes Fiscales en lo Criminal al Ministerio de Justicia, no siendo exacto de modo alguno que el Ejecutivo pueda ordenarles acusar ciertos delitos contra personas determinadas; pues su derecho se limitaria en todo caso á excitarlos, denunciando los hechos con los antecedentes que los comprobasen al Ministerio Fiscal; el cual, encontrando efectivamente acreditado el delito, deberia acusarlo en cumplimiento de la obligacion que la ley misma le impone.

Tan es así, que en caso contrario, no estimando el hecho como delito, ó no considerando suficiente la prueba, de ninguna suerte el Ejecutivo podria compelerlo á entablar acusacion. Ese derecho no lo tiene el Fiscal respecto de sus Agentes, cuya independendencia de opinion debe respetar, ni el Juez del Crimen, que ejerce sobre ellos verdadera jurisdiccion; y V. E. notará frecuentemente en los procesos que se elevan á su conocimiento, que incitado por el Juez el Agente Fiscal á entablar acusacion, éste á veces se niega y se abstiene de verificarla, si en su concepto no resulta mérito suficiente.

III.

Observa el Sr. Ministro que los Fiscales no ejercen jurisdiccion, y por lo mismo propiamente hablando, no forman parte del Poder Judicial: esto es exacto; pero no lo es menos el que son funcionarios del Departamento Judicial, y que en esta virtud deben depender exclusivamente de dicho Poder; porque no se concebiria la independendencia de éste, si los funcionarios de que necesita indispensablemente, no le



pertenecieran, sino que dependieran de otro Poder, cuyas órdenes debieran ejecutar; pues en el ejercicio de sus altas funciones se hallaría trabado por una influencia extraña.

Los Secretarios de las Cámaras Legislativas no forman, propiamente hablando, parte de las mismas; y sin embargo, la independencia y dignidad del Poder Legislativo sufriría por cierto grave menoscabo, si aquellos empleados, en lo concerniente al desempeño de sus funciones, se hallasen sujetos al Ejecutivo, cuyas órdenes hubiesen de cumplir.

Expone, el Sr. Ministro, en su resolución, que la independencia de los Poderes Públicos no es absoluta; es cierto pero la del Judicial es mas perfecta en el sistema republicano, como el de los Estados Unidos, del cual se deriva el nuestro, que en el régimen monárquico adoptado por las naciones europeas.

«La independencia del Juez, dice Lieber, no puede existir sin que el Departamento Judiciario esté distintamente separado de los demás Departamentos del Gobierno». «La Libertad Civil», cap. 19, N° 40; y por lo que respecta especialmente á los Fiscales, aunque algunos son nombrados allí por un tiempo limitado, y otros son amovibles por el Ejecutivo, afirma, sin embargo, Story, que son independientes en el ejercicio de sus funciones.

«Todos estos funcionarios (los Fiscales), dice, nombrados por un tiempo determinado, son en su resorte independientes los unos de los otros, y no dependen de ninguna autoridad, sino del Congreso, y esto solamente en caso de acusación ante las Cámaras».

«Los Fiscales de distrito pueden ser revocados á voluntad del Presidente de los Estados Unidos». Comentario abreviado, lib. 3° cap. 40, N° 848.

Sin embargo, no por falta de intervencion del Ejecutivo en los asuntos judiciales podría decirse con fundamento, como se supone, que el Ministerio de Justicia, sin ella, carecería de objeto; porque correspondiéndole promover la reforma de la Legislación en todos sus ramos, la organiza-



cion de los Tribunales, las mejoras de que sean susceptibles, sus procedimientos y demás atribuciones concernientes, su esfera de accion no es reducida en verdad, sino vastísima.

Se refiere tambien el Sr. Ministro, á la práctica que ha habido de dirigirse el Ejecutivo á los Procuradores Fiscales: como en cada una de las Provincias no ha existido, ni existe mas que un Fiscal, el Procurador, y todos ellos propiamente no constituian un Ministerio, tal circunstancia explicaria bastante los antecedentes que se invocan; y ademas es de tenerse presente que no haciendo sino pocos meses que se encuentra en vigencia la ley que organizó de nuevo la Fiscalía en esta Capital, creando un Ministerio que antes no ha habido, la práctica anterior, por esta consideracion tendria ciertamente muy poca importancia.

Cualquiera que sea el carácter que se atribuya á los Fiscales, donde quiera que constituyan un Ministerio, teniendo un Gefe que hace cabeza, debe ser por medio suyo que aquellos se correspondan con el Ministerio de Justicia, y entre otras muchas autoridades que el exponente podria aducir para demostrarlo, invocará la del mismo Pacheco, á quien se cita en la resolucion de que se ocupa.

Habiéndose prevenido en España á los Tribunales que observasen las deficiencias del Código Penal, y manifestasen al Gobierno sus observaciones, á fin de proponer las enmiendas que conviniesen, acerca del modo de verificarlo los Fiscales, hé aquí como se explica dicho autor: « El Ministerio Fiscal por lo que le respecta, tambien puede y debe contribuir á este propósito, ora tomando parte en los acuerdos del Juzgado ó del Tribunal, ora dirigiéndose espresamente al Gobierno *por el conducto natural de su especial Gefe*. Estos preceptos son de razon, de buen sentido, de consideraciones gerárquicas, que no necesita declarar la ley; porque dimanen de la institucion y de la organizacion judicial de si propia ». Código Penal concordado y comentado, tom. 1º, pág. 86.

Casi en los mismos términos se explica Garcia Goyena, tratando del modo de corresponderse los funcionarios del



Ministerio Fiscal con el Ejecutivo, á propósito de las licencias ú otras peticiones que hayan de elevar. Febrero, Reformado, tom. 3º, páj. 540. « Los Fiscales, dice, Abogados Fiscales y Promotores, cuando tengan que elevar al Gobierno alguna instancia en solicitud de Real licencia ó con cualquier otro objeto, la dirigirán por conducto del Tribunal Supremo »; siendo de advertir, sin embargo, que entre nosotros no es al Ejecutivo sino á la Cámara á quien corresponde otorgar esa licencia. Véase el Reglamento de la de lo Civil fecha 7 de Febrero del corriente año, art. 4º; de la de lo Criminal fecha 15 de Enero, art. 8º y el tit. 3º del Ministerio Público.

IV

Otro argumento aducido en la resolución que nos ocupa, para probar que la Fiscalía no es mas que el órgano y el agente del Ejecutivo ante los Tribunales, es tomado de Ferrer; el cual observa, que como los Fiscales no hacen mas que petitionar acerca de los intereses que les están encomendados, solo administran; y sus atribuciones son, por consiguiente, mera derivacion del Poder Administrativo, gestionando en juicio los derechos de la Corona ó del Rey.

El exponente examinará en seguida si pueden atribuirse al Ejecutivo en una República las facultades y prerogativas del Rey en una Monarquía: acerca de este punto fundamental es que el Sr. Ministro sufre una grave equivocacion, y de ella se derivan solamente las doctrinas que establece; las cuales no son mas que las consecuencias que fluyen naturalmente de un principio inexacto é inaceptable, tomado irreflexivamente de autores monarquistas.

En este lugar indicará únicamente que el indicado argumento probaria demasiado, desde que por el mismo razonamiento se podria demostrar: que no siendo el Poder Judicial mas que una desmembracion del Ejecutivo, deberia estarle tambien subordinado; pues no se le podria considerar sino como delegado suyo, cual se le considera efectivamente en la



Monarquía, en que los Tribunales administran la justicia á nombre del Rey. Colmeiro, Derecho Administrativo, tom. 1º, páj. 41.

Que el Poder Judicial es en su origen un miembro del Ejecutivo, es fácil patentizarlo, pues que teniendo por objeto ejecutar la ley, «la aplicacion de esta puede provocarse por las discusiones y contestaciones entre los particulares, entre estos y las autoridades del Estado, ó la aplicacion de la ley se hace sin esta provocacion, naturalmente, en todas las ocasiones, en todas las especies de relaciones comprendidas en ella».

«El primer brazo de la administracion de la ley toma el nombre de Poder ó Funcion Judicial, el otro de Poder Ejecutivo. Estos dos Poderes, aunque son distintos, y en la vida social deben estar separados, se proponen sin embargo, *un mismo fin*, la aplicacion de la ley». Ahrens. De la division de los Poderes Políticos, páj. 392.

Como en la Monarquía el Rey es investido de la plenitud del Poder Ejecutivo, que recibe en toda su integridad, es claro que los Tribunales no pueden ejercer una parte sino por delegacion de aquel, y en efecto el Poder Judicial no se considera sino una desmembracion del Ejecutivo que comisiona á los Jueces para desempeñarlo.

Así lo dice espresamente Caravantes: «El Poder Judicial es propiamente una desmembracion del Ejecutivo, al mismo tiempo que constituye un orden separado de este poder, puesto que segun todas nuestras instituciones políticas, la justicia se administra en nombre del Rey; al cual está cometida la pronta y cumplida accion de la Administracion Judicial». Procedimientos Judiciales, tomo 1º, páj 191.

Esto explica tambien por qué en tiempo de la Colonia, las Audiencias disfrutaban el título de Alteza Real, espedian Reales Cédulas, y encabezaban las ejecutorias que libraban, á nombre del Rey; lo cual sucede todavia en España. Caravantes, lug. cit.

En las leyes de Indias y otras contenidas en los antiguos



Códigos que nos han regido, especialmente en las de D. Felipe II, hablaba el Rey de *nuestras Audiencias* y de *los nuestros Fiscales*; lenguaje que inconsideradamente imita en la resolución que nos ocupa, el Sr. Ministro de Justicia, al referirse á *sus Agentes Fiscales*.

¿ Son realmente aplicables estos principios con que en las Monarquías se trata artificialmente de robustecer el Poder Real, al régimen Republicano y Democrático? Ciertamente que nó; pues aunque en éste los Jueces y Fiscales sean igualmente nombrados por el Ejecutivo, sus poderes emanan directamente de la soberanía popular, y sus atribuciones les vienen de la ley; siendo inadmisibile é innecesaria la ficcion de que aquel sea quien las delegue en los Tribunales, dando tambien comision al *Fiscal* para representarlo.

El Sr. Ministro trata de demostrar lo indispensable de esta delegacion, por la necesidad que tiene el Ejecutivo de ser representado en los Tribunales, y de llevar hasta ellos su accion y su influencia, interviniendo en la Administracion de Justicia, para proteger los intereses del Fisco y del orden público que le están encomendados, con evitar las demoras, corregir los abusos y promover las reformas convenientes,

Esta teoria, aunque especiosa, es absorbente en realidad, y menoscaba la independendencia de los jueces: el Ejecutivo no solo no necesita intervenir en los juicios, sino que no debe hacerlo, porque esto le es absolutamente prohibido.

¿ En qué sentido y con qué objeto habria de intervenir? ¿ Para garantir el acierto de las resoluciones? Tendria que arrogarse el derecho de examinarlas y de revisarlas. ¿ A fin de hacer mas rápida y eficaz la accion de la justicia? Para eso están los Tribunales Superiores, y sobre estos las Cámaras Legislativas que pueden responsabilizarlos.

¿ Para corregir abusos y proponer mejoras en los procedimientos? Tiene el derecho de informarse de cuanto le convenga conocer; y además en conformidad á lo dispuesto en el art. 102 de la Ley Orgánica, cada Cámara debe pasarle anualmente una Memoria observando los abusos é incon-



venientes que hubiere notado, y proponiendo las medidas tendentes al mejoramiento, lo mismo que á la mas pronta y espedita marcha de la justicia.

¿Cómo se demostraria, concretándonos al punto que se debate, que los intereses del Fisco y del orden público serian mejor conducidos ante los Tribunales ó gestionados de una manera mas conveniente, si el Ministerio Fiscal, en vez de representar directamente la soberania de la Nacion, derivando sus atribuciones de la ley, las recibiese en delegacion del Ejecutivo, á quien representase inmediatamente? De ninguna suerte; antes bien, esa demostracion es imposible, al menos si préviamente no se establece, como en las Monarquías, la infalibilidad y la impecabilidad del Rey.

V

La Ley Orgánica de los Tribunales de la Capital en el inciso 1º del art. 109, declara expresamente que lo que representa el Ministerio Fiscal, y lo que le incumbe defender, es *la causa pública* en todos los casos y asuntos en que su interés lo requiera: y aunque en las Monarquías por la perpetuidad del Poder, aquel interés llega á identificarse con el de la Corona, esta consideracion no es aplicable al Gobierno Republicano.

Conviene observar que la teoria de nuestra Ley Orgánica armoniza perfectamente con la doctrina de Story, al exponer los principios de las instituciones norte-americanas, segun la cual los Fiscales en Estados-Unidos representan directamente al pueblo ó á la nacion, y no al Gobierno.

«Se han creado, dice, en los Estados-Unidos, funcionarios encargados de gestionar judicialmente *en nombre de la Union*, y responder á todas las demandas que contra ella pudieran ser intentadas». Comt. Abrev. t. 2º, pág. 1ª.

Los Fiscales ejercen, pues, sus funciones, no por comision del Gobierno, sino en cumplimiento de sus propios deberes, representando, no al Ministerio de Justicia, sino al Fisco

mismo, «que es el conjunto de los bienes de la Nación destinados á satisfacer las cargas públicas, considerado este patrimonio como una persona jurídica». Lira, del Ministerio Público, t. 1º, pág. 46, nota *a*. Escusado es agregar que esa persona jurídica es muy diversa del Ejecutivo.

Los Fiscales acusan tambien los delitos, no por orden del Gobierno, en comision, ni como agentes suyos; sino en ejercicio de sus atribuciones legales, toda vez que de ellos tengan conocimiento, ya sea por las publicaciones de la prensa, notoriedad de los hechos ó denuncia de los particulares, ya por excitacion del Gobierno; y lo verificarán con ó sin autorizacion suya, y aun contra su voluntad. ¿Qué especie de representantes serían, pues, estos á quienes les es permitido y que aun tienen el deber de obrar de esa manera?

Efectivamente, el Fiscal tiene el deber en nuestro sistema de Gobierno de hacer procesar á los Agentes mismos del Poder Ejecutivo por los abusos que cometan, y esto aun cuando supongan haber obrado en virtud de órdenes superiores; lo cual no escusará en muchos casos su responsabilidad penal, Lib. 1º, Sec. 2º, tít. 3º, art. 149 del Código.

Supongamos un caso como el de Volpi y Patroni ocurrido recientemente en el Estado Oriental, de un Comisario de Policía que tortura á un preso, porque aunque este caso no sea probable felizmente en nuestro país, al menos no es imposible; y supongamos tambien, segun se ha imputado al Gobierno Oriental, con razon ó sin ella, que el Ejecutivo hubiera tenido connivencia en el hecho; claro es que el Fiscal debería acusarlo y promover su castigo, prescindiendo completamente de las apreciaciones del Ministerio, aunque seguramente no podria obrar como representante suyo.

Es evidente que para proceder así, el Fiscal no precisaría la autorizacion previa del Ministerio, que en casos tales se requiere indispensablemente en las Monarquías; y esta sola consideracion bastaria á manifestar la incompatibilidad que existe entre la naturaleza de las funciones de Fiscal de los





Tribunales y su dependencia del Ejecutivo respecto al modo de ejercerlas.

Además, siendo incuestionable el que por decision expresa de la Constitucion, art. 31, y en conformidad á lo resuelto en el art. 3º de la ley de 16 de Octubre de 1862, los Tribunales de la Nacion, tanto los generales á que dicha ley se refiere, como los creados especialmente para la Capital, deben proceder aplicando aquella como ley suprema del país, y prescindiendo de cualquier disposicion de los otros Poderes que resultase en oposicion con ella, es manifesto que en tales casos mal podría el Fiscal, haciendo en los Tribunales la personeria del Ejecutivo, defender el acto atacado, y representar al mismo tiempo la causa pública, cifrada en la estricta observancia de la Constitucion.

Cualquiera que sea, pues, el origen histórico de la institucion del Fiscal llamado entre los romanos Procurador del César, y por las leyes de Partida, Patrono del Fisco, la Fiscalía, tal como se conoce actualmente, es de creacion moderna; y la posicion de los funcionarios que la desempeñan respecto al Ejecutivo, se determina mejor que por aquel precedente, por el sistema de Gobierno del país y por la naturaleza de las funciones que se le designen. Tejedor, Curso de Derecho Criminal. Tomo 2º, pág. 65.

Ya hemos visto de qué manera los principios constitucionales adoptados en cada país, monárquicos ó democráticos, influyen en la division, limitacion y ejercicio de los Poderes públicos; cambiando tambien la posicion y el carácter del Fiscal, que segun aquellos representa al Rey y segun éstos al Estado mismo; aun en el sistema republicano pueden existir dos clases de Fiscales, de los Tribunales y de Gobierno para los asuntos de simple Administracion, los cuales son mas bien Asesores que verdaderos Fiscales; dependiendo naturalmente del Ejecutivo.

Hablando sobre esto el Dr. Ferreira, dice: «el Gobierno Nacional no ha tenido mas que un Fiscal General y Procurador del Tesoro para desempeñar todas las funciones de su Minis-



terio correspondientes á todos los ramos de los cinco Departamentos ó Ministerios que han estado en ejercicio desde que se fundó conforme á la Constitucion, art. 87.»

«Sirve tambien para los asuntos de las Direcciones concernientes á cada Ministerio, como las de Correos, Aduanas, Minas, Instruccion Pública, Culto, Marina, y para todos los asuntos extraordinarios que ocurran, siendo de simple administracion.»

«Lo administrativo contencioso corresponde á la Justicia Nacional; y por eso hay un Procurador General de la Corte Suprema y agentes subalternos de los Tribunales de Seccion ó de 1ª Instancia de cada Provincia.» Derecho Administrativo Argentino, Sec. 2ª, tit. y cap. 2, pág. 202.

El Dr. Malaver con referencia á la ley de 30 de Setiembre de 1857, menciona y establece las mismas dos clases de Fiscales, de Gobierno y de los Tribunales; y aun cuando manifiesta que por no haberse determinado con claridad, sus respectivas atribuciones, no habia dejado de introducirse alguna confusion, agrega que la práctica habia venido al fin, á fijarlas en cierto modo.

«El Fiscal de Gobierno, dice, solo recibe órdenes del Poder Ejecutivo, y parece pertenecerle, todas las cuestiones económicas y administrativas. A su turno el del Tribunal solo las recibe de éste, y sus funciones son las de los antiguos Fiscales en lo Judicial.» Previene, es cierto, que los Agentes no tienen por dicha ley, relacion de dependencia con el Fiscal; pero ya hemos visto que este defecto se ha corregido en la que organizó de nuevo, los Tribunales de la Capital.—Procedimientos Judiciales, t. 1º, pág. 204, núm. 294.

Acerca de esta misma distincion entre las diversas clases de Fiscales, dice el Dr. Tejedor: «Hoy el Ministerio Fiscal está dividido en dos, uno de Gobierno y otro adscripto especialmente al Tribunal Superior de Justicia. Pero la ley que hizo la division no se ha cuidado de determinar las funciones respectivas; y el resultado ha sido que el Ministerio Fiscal carece de unidad y direccion.»

«El Fiscal del Gobierno solo recibe órdenes del Poder Ejecutivo, y parecen pertenecerle todas las cuestiones económicas y administrativas. A su turno el del Tribunal *solo las recibe de éste*; y sus funciones son las de los antiguos Fiscales en lo Judicial».

VI

Ahora bien, Exmo. Señor, los Fiscales á que se refiere el Sr. Ministro de Justicia, creados por la ley de 15 de Diciembre del año pasado, son Fiscales de los Tribunales, con funciones puramente judiciales, como se desprende de todos los incisos de los artículos en que se determinan sus atribuciones; y se hallan sujetos indudablemente á la superintendencia que acuerda á V. E. el artículo 97 de la enunciada ley.

Esto no podría ser en manera alguna si como pretende el Sr. Ministro de Justicia, el Ministerio Fiscal representase al Ejecutivo, pues entonces debería depender de él exclusivamente. Así, en España, donde por ley reglamentaria de 9 de Noviembre de 1860, se estableció que los Fiscales representaban al Rey, habiéndose dudado con este motivo si las Audiencias podían imponerles penas disciplinarias, por faltas cometidas en el desempeño de sus funciones, por Real orden de primero de Mayo de 1862 se declaró que no podían hacerlo.

En esta Real orden se observaba «que si los Tribunales de Justicia tuvieran la facultad de corregir disciplinariamente á los individuos del Ministerio Fiscal por faltas ú omisiones cometidas en el desempeño de sus funciones, según lo habían entendido algunas Audiencias, podría darse el caso de censurar actos producidos por virtud de un mandato superior, invadiendo así la esfera de las atribuciones propias del Poder Ejecutivo, *de quien el Ministerio Fiscal es la voz viva y representante ante los Tribunales de Justicia.*» Caravantes, tomo 3º, Apéndice al Lib. 2º, pág. 861.

Como lo vé, pues, V. E., en España se ha considerado y declarado terminantemente, que la representacion del Ejecutivo,





que el Sr. Ministro atribuye al Ministerio Fiscal, y la dependencia en que quiere colocarlo respecto del de Justicia, es de todo punto contradictoria de la superintendencia que el citado artículo 97 de la Ley Orgánica de los Tribunales de la Capital confiere expresamente á V. E. é incompatible con la facultad que le atribuye de imponer penas correccionales á todos los subalternos. Art. 97, inc. 2º.

En resumen: no pueden aceptarse los principios en que se basa la resolucíon espedida por el Sr. Ministro de Justicia en el incidente ocurrido con el Agente Fiscal, Dr. Castro, sin desnaturalizarse completamente la organizacion dada á los Tribunales de esta Capital por la precitada ley de 15 de Diciembre del año pasado; sin alterarse tambien de un modo radical el arreglo que en ella se hace de la Fiscalía; y sin menoscabarse en fin, las mas importantes prerrogativas de la Exma. Cámara, que V. E. no puede abdicar, antes debe conservar ilesas.

Para precaver tan serios resultados y en resguardo de objetos de tanto interés por su gran trascendencia é íntima relacion con el órden Judiciario, el Fiscal concluye solicitando del Tribunal la correspondiente declaracion en el sentido de lo que expone: la cual se trasmita al Sr. Ministro de Justicia, Culto é Instruccion Pública en respuesta á su nota de 4 del pasado.

En cuanto al informe solicitado á dicho Agente Fiscal, no vé obstáculo para que V. E. le ordene espedirlo por conducto suyo: previniéndole al mismo tiempo que se abstenga en lo sucesivo de comunicar directamente con el Ejecutivo, y que los términos en que lo ha verificado esta vez, han sido inconvenientes é inmoderados.

Buenos Aires, Mayo 2 de 1882

Gerónimo Cortés.

Buenos Aires, Mayo 6 de 1882.

Vista la nota del Sr. Ministro de Justicia, Culto é Instruccion Pública de f. seis y lo expuesto por el Sr. Fiscal con



los antecedentes relativos; y considerando: Primero: que el sistema de Gobierno de la República es representativo republicano, fundado en la independencia absoluta de los Poderes que lo componen considerados en su orden interno y desempeño de sus atribuciones.

Segundo: Que de la confusion ó separacion de las diversas atribuciones de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial depende la estabilidad de aquel sistema, siendo indispensable para conseguirla, rechazar todo acto cuyo resultado sea reunir en uno de aquellos Poderes las funciones ó facultades de los otros (Batbie, Dro. Público Administrativo E. 13; Laferriere, Dro. Público Administrativo, Tratado y Cap. 2º Sección 4ª, Federalista, núms. XLVII-LXVIII).

Tercero: Que los Agentes Fiscales del crimen no desempeñan funciones económicas ó administrativas, limitándose su accion á la materia penal é intervencion en los diversos actos de administracion judicial referentes á la misma, segun resulta de las disposiciones contenidas en la ley de organizacion de los Tribunales, citadas y esplicadas por el Sr. Fiscal en su vista precedente (véase tambien el Reglamento de esta Cámara, título tercero).

Cuarto: Que en virtud de esas disposiciones, la Cámara es el único Poder autorizado para dictar órdenes al Agente Fiscal, y que por lo tanto el Sr. Ministro de Justicia, Culto é Instruccion Pública ha invadido sus atribuciones al conminar á dicho funcionario para la expedicion de un informe, perturbando de esta manera la independencia é imparcialidad que deben revestir los actos del Poder Judicial.

Quinto: Que el Agente Fiscal no obstante lo expuesto no se ha producido en términos convenientes en su contestacion á la nota de los altos funcionarios del Estado.

Por estas consideraciones, téngase por resolucion la vista precedente, comunicándose al Sr. Ministro de Justicia, Culto é Instruccion Pública en la forma que corresponde; hágase saber al Agente Fiscal y archívese.

*Juan E. Barra, Amancio Pardo,
Vicente E. Peralta, Octavio Bunge.*



I

La nota del Sr. Ministro de Justicia, Culto é Instruccion Pública de fecha 22 del corriente con motivo de la resolucion de la Exma. Cámara de lo Criminal y Comercial, relativa al proceder de uno de los Agentes Fiscales en el informe que aquel solicitó, contiene declaraciones, cargos y conminaciones que no deben pasar desapercibidas de la opinion; y por esta razon vamos á ocuparnos de ella en el sentido de demostrar lo erróneo de tales declaraciones, á la vez que sostendremos la independendencia en sus atribuciones del Poder Judicial.

La Cámara en esta emergencia ha resuelto devolver dicha nota desde que se trata de un asunto concluido; pues que seguramente no es arreglado que entre en polémica, ni sostenga discusion sobre sus propios actos; mas los respetos que á los miembros de un Tribunal les merece la opinion de sus conciudadanos, nos inducen á emitir las observaciones que fluyen de los conceptos contenidos en la mencionada nota.

El Sr. Ministro manifiesta no haber recibido aun, ni directamente, ni por conducto del Tribunal, el informe solicitado al Agente Fiscal sobre irregularidades denunciadas en los procesos; atribuyendo á esta circunstancia el que la opinion se mantenga alarmada, como sucede segun dice, y clasificando además por muy justa aquella alarma.

A estar á nuestros datos, debe hallarse ya en su poder

el indicado informe, porque segun se nos ha asegurado ha sido remitido por el Tribunal; de suerte que si la demora de ese informe era lo único que mantenía la alarma pública en concepto de aquel, ella debe haber cesado ya de todo punto.

Por el contenido de tal informe habrá visto tambien que las denuncias á que se referia, dándoles mayor importancia de la que debía atribuirles, no eran justas segun lo presumia sin razon, sino infundadas; porque si en verdad no faltan deficiencias en la Administracion de Justicia Criminal, ellas nunca dejaron de existir, ni son ahora mayores que antes en cuanto puedan depender de los Tribunales.

Recuerda el Sr. Ministro en su nota que es deber del Fiscal, cuidar de que los Agentes promuevan el despacho de los procesos. Así se verifica: y creemos ha de serle satisfactorio saber que la Fiscalía, á pesar del número considerable de causas atrasadas con que empezó á funcionar, hoy, despues de muchos esfuerzos, se ha regularizado completamente, y tanto en primera como en segunda Instancia, marcha con el dia.

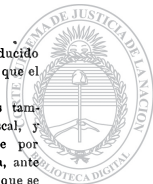
Sabemos que el Ministerio Fiscal no ha tenido necesidad de instar á los Jueces para el despacho por su parte, pues conociendo el cúmulo de trabajo que los agobiaba, hasta ahora no se ha notado en ellos demora alguna culpable; sino que por el contrario todos presenciamos la actividad con que proceden y los esfuerzos que hacen por regularizar tambien su marcha.

Es debido á esa contraccion é incesante constancia en el trabajo que en el poco tiempo que funcionan, las causas hayan disminuido considerablemente como resultará de los datos estadísticos que se publicarán oportunamente.

II

Declara el Sr. Ministro en su nota, que al poner en conocimiento del Tribunal el proceder del Agente Fiscal, quien





negándose á darle el informe que le pidió, se habia producido además en términos irrespetuosos, no tuvo otro objeto que el de que se le corrigiese.

Así lo ha comprendido la Exma. Cámara; y esto es tambien lo que con toda exactitud ha llamado el Fiscal, y llamaria cualquiera, una queja; pues nadie entiende por queja otra cosa que la imputacion directa de una falta, ante la autoridad á quien le incumbe corregirla, á fin de que se castigue efectivamente.

No por eso se ha creido que el Sr. Ministro se constituia parte en un juicio que propiamente no ha existido, ni que descendia á litigar personalmente con el Agente Fiscal; lo que ciertamente habria sido irregular; sino que procediendo de oficio el Tribunal, á mérito de la incitacion que recibió conocida ya, dictó administrativamente y por virtud de la Superintendencia que le corresponde, la resolucion que se comunicó y á que aquel se refiere.

Observa en la citada nota que pudo destituir inmediatamente al Agente Fiscal por su desobediencia, y que aun puede hacerlo ahora mismo á pesar de la resolucion del Tribunal.

Segun esta resolucion en el sentido legal no hubo tal desobediencia; pero es cierto sin embargo, que á pesar de ser esto así, podria el Sr. Ministro ahora mismo destituir á dicho Agente por cuanto puede verificarlo sin causa.

La ley le concede efectivamente esa facultad, mas en el sistema adoptado y segun la resolucion del Tribunal, es de considerarse como una anomalía, que con razon debe deplorarse, por cuanto dicha facultad puede dar lugar á graves abusos, en perjuicio de la buena Administracion de Justicia, que jamás ha de ser recta, sin ser al mismo tiempo independiente.

Mas como toda facultad legal se confiere para ser ejercida razonablemente, no creemos que la opinion pública, que tanto parece respetar el Sr. Ministro, aprobase una destitucion fundada solamente en una supuesta falta, que no hubiese



existido realmente en concepto de los Tribunales y según sus resoluciones.

Manifiesta el Sr. Ministro que no obstante la resolución á que hace referencia, y sin embargo de que ha sido provocada por él mismo, continuará sosteniendo la doctrina opuesta.

El Sr. Ministro puede profesar particularmente las doctrinas que quiera, aun las mas infundadas y menos sostenibles; pero serán sin duda rechazadas por los Tribunales en cuanto afecten su independencia ó menoscaben sus atribuciones.

Critica la forma del procedimiento en que se espedió el Tribunal, adoptando por resolución la vista del Fiscal.

Mas probablemente ignora que tambien la Exma. Cámara en lo Civil compuesta ciertamente de abogados muy distinguidos, en varios asuntos, se ha espedido en idéntica forma, aceptando así mismo, como resolución el dictámen del Fiscal.

De otra suerte sería difícil suponer que en materia de procedimientos judiciales, creyese tener razon contra diez abogados, á quienes el P. Ejecutivo ha dispensado el honor de considerarlos competentes para dirigir la Administracion de Justicia de la Capital, el que no fuese siquiera de la profesion.

Adoptar por resolución un dictámen asesorado ó una vista fiscal, importa declararse el Tribunal conforme con su doctrina, evitando el repetir sus fundamentos por otros tantos considerandos; y el referirse á la resolución que se propone cuando ésta, como sucedía en el caso que nos ocupa, es suficientemente explicita y concreta sobre todo los puntos debatidos, ni ofrece á la verdad inconveniente alguno, ni sufre objecion seria de ninguna especie.

Observa tambien el Sr. Ministro con relacion á la gestion judicial de los intereses del fisco, que si no puede admitirse la infalibilidad del Ejecutivo, tampoco está declarada la del Fiscal.

Olvida en esta parte, que la gestion indicada se



hace por los Fiscales bajo la inspeccion de los Jueces ó Tribunales, cuyas resoluciones aunque en realidad no sean infalibles, exige el orden social indispensablemente, el que se les tenga por tales, axioma que la Jurisprudencia expresa por este proverbio: *lo juzgado debe ser tenido por verdad.*

III

Niega el Sr. Ministro que el Ministerio Fiscal, tal cual hoy existe, sea de reciente creacion, pues supone haber existido en el pais desde la época de la monarquía. Si por Ministerio se han de entender las funciones atribuidas á una magistratura, tal afirmacion seria exacta; porque efectivamente nunca ha faltado algun Agente Fiscal.

Pero si para clasificar dicha magistratura en esa forma, se ha de exigir además cierta organizacion de un cuerpo colegiado bajo las bases de jerarquía y subordinacion á un funcionario principal; que produzcan la unidad de accion, no solo conveniente sino indispensable, es fuera de duda que, cuando se sancionó la ley de 15 de Diciembre del año pasado, la Fiscalía no se hallaba constituida en un Ministerio propiamente dicho.

No hace pues el caso, averiguar si tambien lo creaban los Reglamentos para la Administracion de Justicia de 1813 y 1817 que en esta parte no se encontraban ya en vigencia; pero es seguro que lo que en ellos se establecía respecto á la Fiscalía, de ningun modo apoya la tésis del Sr. Ministro, de que aquella no dependa de la Cámara, sino del Ejecutivo, y de que los Agentes no hayan de ser considerados subalternos con relacion al Fiscal.

En efecto, segun el primero de dichos Reglamentos, el Fiscal, era miembro del Tribunal Superior, é independiente por tanto del Ejecutivo, y tenía además, un Agente en calidad de *auxiliar.*, es decir, como subalterno dependiente suyo.



Otro tanto sucedía en la organizacion dada á la Fiscalía por el segundo de aquellos Reglamentos, que mas ó menos era la misma, porque tambien en la de éste, el Fiscal era miembro de la Cámara y los dos Agentes que se creaban, eran considerados *auxiliares* suyos.

Al dictarse la precitada Ley Orgánica de 15 de Diciembre en el órden nacional, no había sino dos Fiscales, el Procurador de la Suprema Corte y el de los Juzgados Federales de primera Instancia, completamente independientes uno de otro. aunque de distintas jerarquías, y entre los cuales no existía relacion alguna, pues la ley no la había establecido.

Esto debia saberlo muy bien el Dr. Gorostiaga, y no podía por lo mismo en el caso citado por el Sr. Ministro, encontrar reparo, para dirigirse directamente al Procurador que intervenía en los asuntos que trataba de activar, pues no dependía, ni depende ahora mismo del de la Suprema Corte.

Ni es extraño el que á su vez el Procurador Fiscal, Dr. Zavallía, reconociendo ser uno de sus deberes legales, el promover y activar los asuntos en que el Fisco sea interesado, aun cuando no se le ordene especialmente en cada uno de ellos, recibiese con deferencia la incitacion del Ejecutivo con ese mismo objeto.

Esto nada probaría en verdad, en el sentido de lo que el Sr. Ministro se propone; y aunque se llegase á demostrar, lo que no es exacto, que en la práctica el Procurador Fiscal hubiese sido considerado como Agente del Ejecutivo: tratándose de prácticas ó estilos anteriores á la ley que creó ú organizó de nuevo la Fiscalía bajo bases determinadas, tales prácticas no servirían seguramente para explicar el alcance de sus disposiciones.

IV

No pudiendo hoy dia la práctica ó la costumbre, por los principios de la Legislacion que nos rige, derogar, ni modificar las leyes, es poco menos que inútil el invocarla en



prueba de un derecho, si al mismo tiempo no se demuestra su legitimidad, ó si no resulta conforme á las disposiciones escritas.

Aun cuando efectivamente, el Procurador de la Suprema Corte sea superior en gerarquía al Fiscal de las Cámaras, la ley no ha establecido relacion alguna entre estos funcionarios: y el primero no pertenece al Ministerio Público de la Capital, el cual se compone exclusivamente segun el art. 109, de la Ley Orgánica, del Fiscal de las Cámaras de Apelaciones y de los Agentes Fiscales que actúan ante los Juéces Le-trados.

Suponiendo pues, que el Procurador de la Corte fuese el Jefe de todos los Fiscales Nacionales, esto no estaría en oposicion, con que el de las Cámaras lo fuese de los de la Capital; así como en el Reglamento de España que cita el Sr. Ministro, siendo el Fiscal del Tribunal Supremo, Jefe del Ministerio Fiscal en la monarquía, los Fiscales de las Audiencias, lo son en sus respectivos distritos.

Así tambien, siendo las Cámaras de Apelaciones de la Capital, Tribunales Superiores, esto no obsta á que bajo ciertos respetos, se encuentren subordinadas á la Suprema Corte, que ejerce Superintendencia sobre todos, á los efectos y en el sentido que la ley determina.

Explica el Sr. Ministro, con un autor anónimo, la unidad del Ministerio Fiscal, diciendo: « que consiste en que en « el ejercicio de la accion pública, se inspire en una sola idea « y obedezca á un solo pensamiento, que se trasmita del cen- « tro á los extremos, en toda la estension de la escala je- « rárquica ».

Perfectamente: no lo ha entendido de otra manera el Fiscal, ni es diversa tampoco á este respecto la opinion del Tribunal, segun se vé en la resolucion comunicada al Sr. Ministro: puesto que como lo dice él mismo, *no se trata de una funcion individual, sino colectiva*, sin un Gefe ó una cabeza que le imprima direccion ¿ de qué manera se habria de obtener esa unidad de accion que se procura ?



¿ Cómo se obtendrá que en un cuerpo colegiado, no haya entre sus miembros mas que una sola idea y un solo pensamiento? Siendo muchos aquellos miembros ¿dejarían de surgir diversas doctrinas y distintas opiniones? Siendo tambien independientes, sin relacion alguna unos con otros ¿de qué manera se uniformarian?

Lo resuelve el mismo autor citado por el Sr. Ministro, aunque no se haya apercibido de ello: «obedeciendo todos á «la idea que parta de un centro, el cual debe hallarse colocado dentro de la escala jerárquica que constituyan; es «decir, habiendo entre los Fiscales un Superior, el cual «no podrá ser el Ministro de Justicia, si es que ese centro ha «de encontrarse segun se supone, para los funcionarios de la «Fiscalía dentro de su misma escala gerárquica, de la cual no «forma parte ciertamente dicho Ministro, puesto que no es «es Fiscal».

Sostiene el Sr. Ministro la absoluta independencia y ninguna subordinacion de los Agentes Fiscales, respecto del Fiscal de las Cámaras; y que deben obrar cada uno por su propia inspiracion en la instancia en que les corresponda intervenir, sin tener para nada en cuenta, ni la correlacion evidente de sus atribuciones, ni la íntima conexion que manifiestamente existe en las funciones del uno y de los otros.

Ningun abogado comprenderia que esto pudiera tener conveniencia; y solo por no serlo el Sr. Ministro, ni conocer la índole de los procedimientos, es que no se apercibe de las graves dificultades y males que produciria un sistema tal, dando lugar á que el Fiscal en última instancia desaprobese ó solicitara la nulidad de los procedimientos consentidos por el Agente Fiscal, como á la vez ha ocurrido en la práctica con perjuicio de la brevedad de los procesos.

Seria ciertamente incompatible la absoluta separacion de los diversos funcionarios que sirven la Fiscalía, y su organizacion en cuerpo, constituyendo un Ministerio, y obrando en una misma direccion, bajo una sola idea, cual se desea.

Así lo ha comprendido felizmente la ley, que lejos de esta-



blecer esa especie de divorcio que se pretende introducir entre los miembros del Ministerio Público, recomienda por el contrario, y prescribe á los Agentes Fiscales, que guarden unidad con el Fiscal.

Así lo ha comprendido tambien la Exma. Cámara que reglamentando la Fiscalía como dependencia suya; para hacer efectiva la mencionada disposicion, prescribió á los Agentes Fiscales: «que en las causas capitales y otras que «conceptúen de gravedad, al iniciarlas, deberán conferenciar «sobre ellas con el Fiscal, procurando ponerse de acuerdo».

Así lo ha entendido por último, la Suprema Corte de Justicia, presidida por el Sr. Dr. Gorostiaga, cuyas opiniones parece respetar tanto el Sr. Ministro, al aprobar, segun lo ha hecho, despues de examinarlo y prévio dictámen del Procurador General el indicado Reglamento.

V.

Pretende el Sr. Ministro que la Fiscalía ha sido arreglada en la Ley Orgánica bajo el modelo de la de los Estados Unidos. Creemos inexacto este concepto, pero si fuese así, y conviniendo él, en que allí los Fiscales son independientes, en el ejercicio de sus funciones, de otra autoridad que no sea la del Congreso, no se comprende, ni se puede explicar, que á pesar de esto, sostenga todavia que le deben obediencia, pues en ello hay ciertamente una contradiccion palmaria.

Tratando de explicar el Sr. Ministro el título de *agentes* que llevan algunos funcionarios de la Fiscalía, espresa que les viene de que realmente son agentes del Fisco: esta explicacion, sin embargo, resulta á todas luces insuficiente é incompleta.

Los Fiscales Superiores, representan tambien al Fisco, obran á su nombre y son agentes suyos; y con todo, ni la ley, ni el lenguaje comun les denomina Agentes, ¿por qué, pues, solo se llaman así los Inferiores? es claro que debe haber



otra razon, y es la de que éstos obran, no por sí mismos, sino como agentes de aquellos.

Ni el Fiscal, ni el Tribunal tratan de establecer segun equivocadamente lo entiende el Sr. Ministro, entredicho alguno entre el Poder Ejecutivo y los Agentes Fiscales; ni puede deducirse tal propósito de que en el caso presente, hayan reclamado el derecho que asiste á cualquier Gefe de oficina, para que cuando aquel necesite de esta algun informe, sea á él y no á los subalternos á quien se dirija: trámite, no solamente mas usado y mas regular, sino tambien aconsejado por el buen sentido, en la opinion de Pacheco, de quien el Sr. Ministro tiene el mas elevado concepto, y no sin razon por cierto.

Las esplicaciones que acerca de su propia conducta pudieran dar los Agentes Fiscales al Ejecutivo, cuando surjan ante este, cargos por su negligencia ó falta de celo, no se hallarian en el mismo caso, que cualquier otro informe, pues vendrian á ser el ejercicio del derecho de defensa sagrado ciertamente é inviolable.

Mas á este respecto, conviene tenga presente el Sr. Ministro que la destitucion de los Agentes Fiscales en pena de graves faltas cometidas en desempeño de sus funciones, ó por cualquier otro delito que la merezca, corresponde esclusivamente á los Tribunales ordinarios de lo Criminal, prévio el correspondiente proceso, seguido por todos sus trámites.

Aunque el Sr. Ministro no lo recuerde, ha sostenido efectivamente, que el Fiscal de las Cámaras era amovible *ad nutum* por el Ejecutivo, pues habló en general, sin distincion alguna, de los funcionarios del Ministerio Público de los cuales aquel es el primero.

Tambien ha sostenido, pudiendo para probarlo transcribirse al Sr. Ministro sus propias palabras; y no solamente ha sostenido, sino que lo ha resuelto formalmente, fundando en él precisamente, su derecho de dirigir á los Fiscales, que le corresponde el de intervenir en los juicios, á fin de evitar demoras, corregir abusos, suprimir irregularidades, etc., etc.

Mas cuando irreflexivamente se avanzan tales proposiciones, y se emiten doctrinas tan erróneas, como las que contiene la nota del Sr. Ministro, sucede que al fin es necesario explicarlas de cualquier modo, retirarlas ó desconocerlas, por la sencilla razon de ser insostenibles.

VI

Observa el Sr. Ministro que el mandar espedir por el Agente Fiscal el informe que se le habia solicitado, sobre denuncias de graves abusos en la Administracion de Justicia Criminal, á fin de que pudieran corregirse, habria sido mas importante y de mayor utilidad, que entrar á discutir sobre si en la manera en que procedió, existía ó no algun defecto de forma.

Mas en este punto olvida que él mismo, pretendiendo fuese castigado el Agente Fiscal, por desobediente, fué quien provocó espresamente aquella resolucion, que el Tribunal no podia esquivar, ni pronunciar tampoco, sin examinar antes si en el sentido legal y estricto, habia existido realmente, desobediencia de parte de aquel funcionario; discutiendo tambien si la órden que recibió era obligatoria ó nó, tanto por el origen cuanto por su forma.

No recuerda tampoco el Sr. Ministro que á pesar de haberla encontrado viciosa en este doble sentido, el Tribunal para no embargar la accion del Ejecutivo, en las reformas ó medidas que proyectase, quiso ser deferente; y á propuesta del Fiscal, en vez de limitarse á declarar : que la órden indicada no habia sido legal, ni obligatoria, mandó no obstante, se cumplimentase, remitiéndose el informe solicitado.

Agrega en su nota que tales denuncias presentaban á la Administracion de Justicia en lo Criminal, como un cáncer social, revelando crímenes impunes, demoras injustificables en la prosecucion de las causas, ataques á la libertad individual, á la seguridad, á la vida ».

Desde que el informe de que se trata, se solicitaba solo de uno de los Agentes Fiscales, y se referia únicamente á fines administrativos, se deja ver que el Tribunal ha creído que por





su propio decoro, puesto que prescindiendo de él parecia que el Sr. Ministro no deseaba oirlo, debia abstenerse de abrir juicio sobre aquellas denuncias y de clasificarlas.

Mas ahora que parece tambien que aquel constituyéndose en éco de esas denuncias, se las enrostra al Tribunal, podemos asegurar en lo que respecta á la Administracion de Justicia, que no solamente son falsas, sino que tales denuncias anónimas y completamente vagas, ni ante la ley, ni ante el sentido comun tienen ó pueden tener valor alguno.

Desde que funcionan los nuevos Tribunales de la Capital, podemos asegurar que ningun crimen de que hayan tenido conocimiento, y que se haya podido comprobar legalmente, ha quedado impune.

Existe efectivamente, retardo en muchas causas criminales, pero su demora debe atribuirse únicamente, á la deficiencia en el personal de la Administracion anterior, en proporcion al recargo de asuntos, á los trastornos políticos, cambio de organizacion y otras causas no menos graves y notorias, que no son imputables á los actuales funcionarios, los cuales sin escepcion alguna, trabajan todos asiduamente, cada uno en su línea, por remediar el mal.

El Sr. Ministro, como facultativo, debe saber sin embargo, mejor que nadie, que males complicados, arraigados y crónicos, no se curan ciertamente en cuatro dias.

No ha habido en el Tribunal Superior queja alguna contra los Jueces, por ataque á la seguridad personal, y mucho menos á la seguridad ó la vida; lo cual es solamente una grande impostura.

No se tiene noticia de otro abuso que pudiera comprometer la vida de los reos, que el denunciado últimamente, en la visita general de Cárcel, por los presos de la Penitenciaría, diciendo que *se les mataba de hambre*; y ese hecho el Tribunal lo ha mandado poner inmediatamente en conocimiento del Ejecutivo, á quien incumbe remediarlo, responsabilizando en su caso á los autores de tal abuso.



Desde que funcionan los nuevos Tribunales, es inexacto que el Ejecutivo les haya transmitido jamás ni una vez, las quejas á que el Sr. Ministro alude diciendo existir de parte de los Agentes Extranjeros por denegacion de justicia á sus nacionales ; y si tales quejas existen efectivamente, la Exma. Cámara jamás podria reconocerse responsable de que no hubieran sido atendidas y satisfechas, puesto que el Poder por cuyo conducto debieran serle transmitidas, no se las ha comunicado.

VII

El Tribunal no ha dicho, ni habria podido decir con verdad, que el Sr. Ministro haya solicitado clandestinamente el informe que pidió ; pues por el contrario, comprendió desde el principio, que lo que se procuraba por la nota en que fué solicitado, y en la cual se hablaba en globo de grandes abusos á remediar, y de grandes reformas á introducirse ; abusos que nunca se conseguiria corregir, mejoras que jamás se lograria realizar. desprestigiando á los Jueces, y hostilizando á los Tribunales, era precisamente la publicidad.

Manifiesta aquel que los abusos é irregularidades cometidas por los Tribunales inferiores y superiores, vendrán á quedar ocultos, desde que no se permita á los Agentes Fiscales, informar sobre ellos directamente al Ejecutivo, sin conocimiento del Fiscal Superior ni de la Exma. Cámara.

Tenemos pues, que independizando del Departamento Judicial aquellos funcionarios subalternos, trata segun parece, de constituirlos en Inspectores ó Celadores de sus propios superiores, trastornando así todo el sistema de la Ley Orgánica, que por el contrario, ha constituido al Fiscal en Inspector de sus Agentes, y conferido á la Exma. Cámara la Superintendencia sobre ellos, á fin de que vele por su buen desempeño.

Siempre encontramos irregular el procedimiento empleado por el Sr. Ministro en el caso que nos ocupa ; pero ahora que lo ha expuesto esplicitamente y que se esplica mejor, lo consideramos no solamente censurable, sino del todo subversivo,

con tendencia directa á introducir el desórden y la anarquía en la Administracion de Justicia.

Concluye el Sr. Ministro declarando que á pesar de la resolucion del Tribunal, continuará atribuyéndose la direccion y superioridad que cree corresponderle, sobre los Agentes Fiscales ; y que está dispuesto á destituir á todo el que se permita siquiera ponerla en duda.

Ningun Gobierno, culto y liberal, en el verdadero sentido de esta palabra, se distinguió jamas por su falta de respeto á los Tribunales, y de acatamiento á sus resoluciones; del cual, en el sentir de los mas grandes hombres de Estado, dependen principalmente, la realizacion y el mantenimiento de las instituciones libres; razon por la que estrañamos que haya empleado con la Exma. Cámara semejante lenguaje.

Si el Sr. Ministro procede efectivamente como lo indica, y destituye á los actuales Agentes Fiscales, que llenan cumplidamente sus deberes, solo porque rehusen someterse á una obediencia indebida, que ninguna ley les impone, produciria sin duda alguna, grave perturbacion en la marcha de los Tribunales ; pues por mas abogados que haya en el país, dificilmente se encontrarian en suficiente número, bastante-mente abyectos, para decidirse á aceptar esos puestos, bajo condiciones tan humillantes.

Pero el Tribunal procediendo con entera conviccion y dentro de su propia esfera, mantendrá su independencia ; ha de sostener sus resoluciones ; y no le faltará seguramente energía para hacerse respetar, como lo ha demostrado en sus actos anteriores.



VISTA XLVI

**Sobre el nombramiento de escribientes para los Juzgados Superiores:
conflicto de la Cámara con el Ejecutivo.**

SUMARIO:

El régimen constitucional está basado en la division de los Poderes—Cualesquiera que sean los principios que rijan esta division, deben corresponder á cada uno, las facultades indispensables á su objeto, manteniéndolo independiente—Toda cuestion de atribuciones es grave, y las autoridades deben reclamar las suyas, no pudiendo renunciarlas—Es inexacto que al Ejecutivo corresponda esclusivamente la interpretacion de las leyes; siendo el Poder Judicial su intérprete final—Aunque incumba al Ejecutivo el nombramiento de empleados que no esté reglado de otra manera, es facultad implícita de cada uno de los Poderes el arreglo de sus Secretarías y la designacion de los subalternos—Este es un acto económico de cada uno de dichos Poderes é indispensable á su mejor régimen—De otra suerte vendria á sufrir una responsabilidad indebida ante el público por el mal servicio—Aun respecto de las oficinas dependientes del Ejecutivo, el nombramiento de cuyos empleados le corresponde, convendria el que verificase el de los subalternos, á propuesta de los Jefes ó directores—Los antecedentes aducidos por el Ministro de Justicia son de ningun momento: en realidad los tribunales han estado en posesion del derecho de nombrar los escribientes—Al declararse en el inciso 1º, art. 86 de la Constitucion, que el Ejecutivo tiene á su cargo la Administracion General, por esta frase no se expresa que le correspondan todos los ramos de la Administracion, sino que está empleada en contraposicion á la palabra provincial ó municipal—La facultad de las Cámaras Legislativas para organizar sus Secretarías y nombrar los empleados subalternos, no se deriva solo de sus reglamentos, sino de la naturaleza de sus funciones, que las constituyen Poder independiente, como lo es tambien el Judicial.





Exma. Cámara:—El Fiscal se ha instruido con la mayor detencion y estudiado debidamente los antecedentes de que V. E. se ha servido comunicarle vista, relativos al conflicto que ha surgido, entre este Superior Tribunal y el Exmo. Sr. Ministro de J. C. é I. Pública, con motivo de que separándose de la práctica hasta aquí observada desde la instalacion de los Juzgados Nacionales de la Capital, se arroga la facultad de nombrar y efectivamente, ha nombrado, un escribiente para el Juzgado de Comercio.

Si se tiene presente que la forma de Gobierno establecida en la Constitucion; y en general todo régimen liberal, como lo ha observado V. E. con mucha exactitud, se basa en la division de los Poderes. (Montesquieu, *Espíritu de las leyes*, XI-6) si se consultan los principios con arreglo á los cuales debe realizarse en el hecho la separacion; y se examinan en fin las indicaciones que ofrece la analogía de las disposiciones existentes, respecto al caso á que se refiere la cuestion, no podrá menos de convenirse que la facultad disputada corresponde naturalmente al Poder Judicial, siendo completamente agena y extraña al Ejecutivo.

Por lo mismo V. E. ha obrado acertadamente, y en concepto del Fiscal ha llenado su deber al reclamarla, ya porque fuera de duda le correspondía por muchas y graves consideraciones, cuanto por la manera irregular en que se le ha privado su ejercicio, hallándose el Tribunal en posesion de ella, al quebrarse de un momento á otro la práctica establecida; y esto, sin que precediera la mas leve explicacion sobre el asunto.

Ninguna cuestion de atribuciones es insignificante, segun lo pretende el Sr. Ministro, respecto á la que versa sobre la facultad de que hoy se trata, ni les es lícito á las autoridades renunciar ó hacer abandono de las que les conciernen: pues que no habiéndoseles concedido en provecho de los funcionarios que las desempeñan, sino en garantía del orden público, de la libertad política, y de los derechos individuales, la negligencia en cualquiera de los Poderes, para reclamar sus atribuciones

tendería necesariamente á reconcentrarlas todas en uno; borrando ó por lo menos haciendo ineficaz en la práctica, la division sibiamente establecida, por base constitucional.

I

No necesita el Fiscal descender á las reglas que determinan en general la division de los Poderes, y marcan sus atribuciones; pero desde luego debe reconocerse que á cada uno de ellos corresponden, expresa ó implícitamente, todas aquellas facultades que sean indispensables para llenar los objetos con que han sido creados, manteniéndoles en la reciproca independencia, que es condicion esencial de su existencia.

Sin embargo le es indispensable rectificar el concepto de la nota del Sr. Ministro, fecha 17 del pasado, en que parece indicar que el Ejecutivo es el único Poder que debe interpretar las leyes, por ser tambien el encargado de hacerlas cumplir: no es exacta, ni puede admitirse semejante doctrina, mucho menos tratándose del deslinde de atribuciones con el Judicial, pues que si bien es uno solo el Poder que hace las leyes, son dos los encargados de su aplicacion.

Lo es el Ejecutivo ordinariamente y en la generalidad de los casos; lo es escepcionalmente solo en los contenciosos, pero de un modo esclusivo, el Poder Judicial quien resuelve por tanto definitivamente, sobre la verdadera inteligencia de la ley y su mas acertada aplicacion. (Kent, Del Gobierno y Jurisprudencia de E. U., Sec. 5ª, N. 2; Story, Comentarios, tomo 1º, pág. 263; El Federalista, núms. 33, 39 y 83).

En nuestro sistema de Gobierno no hay justicia administrativa, ni Tribunales contencioso-administrativos, pues las resoluciones del Gobierno, en cuanto separándose de las leyes, puedan agraviar derechos particulares, son recurribles ante los Tribunales á fin de que resuelvan el verdadero sentido de aquellas; así como lo son estas mismas, toda vez que resul-





ten en oposicion á la Constitucion, ley suprema del país, de la cual es guardian é intérprete final el Poder Judicial, (art. 2º, inc. 4º de la ley de 14 de Setiembre de 1863).

Consultándose los principios generales del Derecho constitucional y supuesta la independencia recíproca de los Poderes Públicos, debía corresponder ciertamente al Ejecutivo, no solo el arreglo interno de los Ministerios, Direcciones y Oficinas de su Departamento, sinó tambien todo nombramiento de la Administracion Ejecutiva, que no se hallase reglado de otro modo, exigiéndose por ejemplo, el beneplácito ó acuerdo del Senado.

Debia ser igualmente propio y exclusivo de las Cámaras Legislativas ó Judiciales el nombramiento de sus respectivos Presidentes, la sancion de sus reglamentos, el arreglo de sus Secretarías y la designacion de sus empleados subalternos: nada mas irregular y ageno á todo principio de organizacion que el que el Ejecutivo pretenda intervenir y empeece á meter mano en estas cosas.

Ahora, examinando las instituciones vigentes, hallaremos que así la Constitucion, como las leyes reglamentarias inspiradas en un espíritu de sabiduria digno de elogio, han consultado estrictamente los principios filosóficos, y se han ajustado á la doctrina recibida en la materia, que no es otra que la que se acaba de esponer.

Por el artículo 10 de la Constitucion, el Presidente, efectivamente, á mas de los empleados para cuya designacion se le faculta de un modo especial, nombra y remueve los Ministros del despacho, los oficiales de sus Secretarías, los Agentes Consulares y demás empleados de la Administracion cuyo nombramiento no está reglado de otra manera en aquella.

Solo por induccion aunque indudable é inconcusa, puede deducirse de nuestra Constitucion, la facultad que cada una de las Cámaras Legislativas ha consignado en sus reglamentos de elegir sus Presidentes, arreglar sus Secretarías y designar sus empleados; facultad que sin embargo, les corresponde, esclusivamente, y de que hace espresa mencion el art.



1º, Sec. 2º, N. 5 y Sec. 3º, N. 5 de la Constitución de los Estados-Unidos.

En cuanto al Poder Judicial, el artículo 99 de la Constitución faculta en términos expresos á la Suprema Corte para dictar el reglamento interior y económico como tambien para nombrar todos sus empleados subalternos. Nada dice, es verdad, de los que correspondian á los Tribunales inferiores; pero esto no consiste en que en ellos debiera suceder de otro modo, sinó en que no era la Constitución misma, la que los creaba, y únicamente autorizaba al Congreso Legislativo, para establecerlos y reglar su organizacion.

El Congreso, sin embargo, al crear los Juzgados Federales de 1ª Instancia, siguiendo el espíritu de la Constitución y desarrollando las bases orgánicas que en ella encontraba consignadas, estableció por el artículo 2º de la ley de 26 de Agosto de 1863, que el nombramiento de los empleados subalternos de dichos Juzgados, Escribano, Oficial de Justicia y Ordenanza se haria por los mismos Jueces Federales.

II

No importa el que la ley declarase que tal autorizacion era por una sola vez; pues, no queria decir esto que en lo sucesivo dicho nombramiento se verificaria por el Ejecutivo; sinó que se haria con el acuerdo y la aprobacion de la Corte Suprema, por la Superintendencia que le corresponde, segun ella lo ha entendido y se ha practicado por mucho tiempo.

No importa, tampoco, el que posteriormente esto se haya variado, respecto del Escribano por la ley del año pasado que confiere esa facultad al Ejecutivo; porque la razon de ello es haberse creído que el oficio del Escribano era ya de alguna consideracion: lo que nunca seria aplicable á los escribientes, que en realidad ni siquiera pueden ser reputados funcionarios públicos. (Blunstchli, Derecho Público Universal, Lib. 7º, Cap. 8º, Nº 3, pág. 432).



Por la misma causa indicada, la Constitución nada dice acerca del nombramiento de empleados subalternos en los Tribunales Nacionales de la Capital, pero siguiendo también su espíritu y las bases de organización en ella consignadas, respecto á la Suprema Corte, la ley de 15 de Diciembre de 1881 determinó en el artículo 141: «Que los Secretarios, Ugières y demás empleados serian nombrados por las respectivas Cámaras».

Respecto á los empleados inferiores de los Juzgados de 1ª Instancia, establecen igualmente, los artículos 68 y 93, que es también el Poder Judicial el que nombra los Secretarios, Ugières y Ordenanza. ¿Y los escribientes?

La ley no los menciona; pero ¿acaso puede dudarse razonablemente, de que siendo empleados tan subalternos como aquellos y mucho mas que los Secretarios, deban ser nombrados del mismo modo por el Poder Judicial á que pertenecen?

De ninguna suerte en verdad; especialmente si se tiene presente la discusión habida en las Cámaras al sancionarse la expresada ley; discusión en la cual quedó claramente establecido que el nombramiento de escribientes para los Tribunales, correspondia á ellos mismos; y si se reflexiona en la inconsecuencia y el absurdo que resultaria de negarse lo menos á quien se permite lo mas, como sucederia, si facultándose á aquellos á nombrar Secretarios, se les rehusase con todo el nombramiento de escribientes.

Si no puede ponerse en duda respecto á un Poder independiente, el derecho de nombrar los Secretarios, tampoco seria fundado cuestionarle la facultad de arreglar las respectivas Secretarías de que aquellos son los Jefes; y si fuera ciertamente duro y odioso designarle Secretarios, porque se trata de puestos de confianza, no lo seria menos designarle el personal de las Secretarías y los escribientes; pues que seria imponerle una responsabilidad injusta por personas que ni habria elegido, ni dependerian de él consiguientemente.



Es fuera de duda, cuanto puede contribuir á la regularidad del despacho y espedicion de los negocios, el arreglo de las Secretarías y la composicion del personal adecuado á los objetos que se tienen en vista al organizarla, cuyos miembros no solo en las promociones, sinó tambien en la conservacion misma de sus puestos, deben depender absolutamente de los que presiden el Departamento á que pertenecen.

La designacion inconveniente de escribientes, perjudicando gravemente un objeto tan importante, podria producir entorpecimientos, dificultades y demoras en el curso de los asuntos judiciales y en la administracion de Justicia; y la responsabilidad moral de tales defectos vendria entonces á pesar injustamente sobre los Jueces, ante el público, que las mas veces sin comprender la causa de las demoras é irregularidades que notára, culparia de ellas á los magistrados.

Atribúyase importancia en buena hora, á los empleos de Asesores, Agentes Fiscales, Jueces de Paz y Escribanos; considérense políticos, si se quiere, sus nombramientos, reservándose en consecuencia al Ejecutivo; pero la designacion de escribientes es un acto puramente económico y debe por tanto depender esclusivamente del Poder á quien sirven.

Por la naturaleza de las cosas, los abusos que cometen los primeros y que merezcan destitucion, son materia suficiente de un proceso; pero ni seria posible ni fuera razonable exigirlo, para la remocion de un escribiente negligente, perezoso ó inepto, siendo tambien humillante para cualquier Tribunal Superior, tener en su caso, que peticionar respecto á los suyos, solicitándola del Ejecutivo.

¿Y si este no se prestase á verificarla? ¿Habrian de continuar en daño de la Administracion de Justicia, entorpeciendo y paralizandó el curso de los asuntos?



Si se les multase y reiterase continuamente esta medida como seria indispensable, ¿no se atribuiria quizá á espíritu de hostilidad para con empleados, en cuyo nombramiento no hubiesen estado conformes los Jueces, ó á represalia cuando no hubiesen conseguido su destitucion?

!Hé aquí, Exmo. Señor, la estraña y embarazosa situacion en que la pretension del Sr. Ministro de Justicia, de ser él, quien nombre los escribientes de los Juzgados, vendria á colocar á los Jueces! Es en verdad raro que no se aperciba de las dificultades que ella entraña, ni advierta la diferencia bien manifiesta entre la designacion de escribientes y el nombramiento de otros funcionarios, con quienes parece confundirlos.

Como una muestra del mal resultado que el nuevo sistema adoptado para la eleccion de los escribientes de los Tribunales, ha de dar forzosamente en la práctica, conviene recordar las notas que con fecha 26 del corriente han dirigido los Jueces Dres. Basualdo y Molina Arrotea á la Exma. Cámara de lo Civil, haciéndole saber, que de los nombrados por el Ejecutivo para sus Tribunales, dos aun no habian concurrido á recibirse de sus puestos, y otros dos resultaban enteramente ineptos.

IV

Observa el Sr. Ministro que aceptada la teoría de que el Poder Judicial debiese nombrar todos los empleados subalternos de su Departamento, haciéndose aplicacion del mismo principio á las demas Reparticiones de la Administracion, Ejército, Hacienda, Institutos de enseñanza ó literarios, direcciones, oficinas y demás, fuera preciso reconocer en sus respectivos Gefes el mismo derecho de hacer iguales nombramientos; lo cual considera desde luego inaceptable.

Derecho, no ciertamente, desde que se trata de dependencias del Ejecutivo; pero conveniencia si, fuera de duda, en permitirles proponer ó acordar con dichos Gefes tales



nombramientos, como única manera de obtener un personal homogéneo, regular y adecuado al objeto á cuyo servicio se le destina; lo cual lejos de ser absurdo é inaceptable, cual parece considerarlo el Sr. Ministro, es muy fundado y razonable: pudiendo admitirse por principio de buena administración, según lo establece Colmeiro en su Derecho Administrativo, tom. 1, núm. 246.

No pueden, ni deben compararse, respecto á las facultades económicas que les conciernen, las diversas Reparticiones del Poder Ejecutivo, que por mas importancia que tengan, serán siempre dependientes y subordinadas, con el Poder Judicial; porque este, el Ejecutivo y el Legislativo, en nuestro sistema de Gobierno, son Poderes *iguales, independientes y coordinados*, (Chambrun «El Poder Ejecutivo en los E. U.» cap. 6°, pág. 148;) de suerte que si á los dos últimos en consecuencia de su Supremacia, no puede negárseles el arreglo de sus Secretarías y el nombramiento de sus empleados subalternos, tampoco, por igual razon, puede ponerse en duda, ese derecho en el primero.

V

El Sr. Ministro, tratando de explicar el cambio de conducta por parte del Ejecutivo en el asunto que nos ocupa, y de justificar su proceder en el nombramiento de escribientes para los Jueces de 1ª instancia, que hasta hora estos habian propuesto á la Exma. Cámara ó verificado ellos mismos, dice: que lo hicieron en uso de especial autorizacion, y que tanto ellos, como la Exma. Cámara en lo Civil han reconocido esa facultad y ese derecho en el Ejecutivo.

El Fiscal, Exmo. Señor, se encuentra completamente embrazado en una discusion tan seria, al estimar los antecedentes aducidos por el Sr. Ministro, pues aunque no deba poner en duda su palabra, ni por un momento, son tan informes é irregulares esos antecedentes, que no sabe á punto fijo qué valor haya de atribuirles.



Autorizacion *verbal* concedida á los Jueces por el Sr. Ministro Pizarro para nombrar sus propios escribientes ; reconocimiento *verbal* por parte de dichos Jueces de esta facultad en el Ejecutivo ; en fin, aquiescencia tambien *verbal* de la Exma. Cámara en lo Civil para que este verificase el nombramiento, en conferencia habida al respecto, entre algunos de sus vocales y uno de los empleados de Secretaria del Ministerio de Justicia : hé aquí los antecedentes invocados.

Los Jueces no precisaban tal autorizacion para proceder en virtud del derecho propio que les correspondia, y si la tuvieron para nombrar escribientes, por cierto que no usaban de ella al proponerlos á V. E. á fin de que los nombrase este Tribunal, que ninguna autorizacion habia recibido, y que creyó siempre proceder en ejercicio de sus atribuciones.

Los Jueces inferiores, sin desconocer la Superintendencia que la Ley Orgánica atribuye respectivamente á las Exmas. Cámaras, de ninguna suerte pudieron entenderse directamente con el Ejecutivo para el arreglo de este asunto ; y mucho menos reconocerle facultad alguna, que no le correspondiese en menoscabo del Poder Judicial que no representaban.

En fin, como lo sabe V. E. ante las Exmas. Cámaras, el procedimiento puramente verbal es del todo desconocido: no habiendo asunto alguno que no se tramite por escrito: y mucho menos de los de Superintendencia, que por su gravedad requieren siempre la intervencion del personal ingreso de que aquellas se componen y la prévia audiencia del Fiscal, que ningun conocimiento ha tenido de tal conferencia, ni de semejante resolucion, (art. 115, inc. 2º de la Ley Orgánica de 15 de Diciembre de 1881).

Por el contrario, le consta que en diversas ocasiones la Exma. Cámara en lo Civil, por repetidas resoluciones que existen en su Secretaria, ha aprobado los nombramientos de escribientes hechos por los Jueces inferiores para sus respectivos Tribunales. De suerte que, ni puede acordarse valor alguno á los antecedentes aducidos en contrario, por el Sr. Ministro, ni admitirse tampoco que en el asunto de

que se trata, se encuentren en oposicion las resoluciones de ambas Cámaras.



V.

El Sr. Ministro manifiesta su disconformidad á la inteligencia dada por V. E. al inc. 10, art. 86 de la Constitucion que atribuye al Presidente todo nombramiento para la Administracion, que nose encuentre en ella misma reglado de otra manera, esplicándolo con referencia á la Administracion Ejecutiva, pues que de otra suerte, le corresponderian tambien, los de Secretarios y demas empleados subalternos de las HH. Cámaras Legislativas.

La razon que asiste al Sr. Ministro para oponerse á la indicada inteligencia del inc. 10 citado, segun lo manifiesta en su precitada nota de 17 del pasado, es que en el inc. 1º del mismo art. 86 se declara «que el Presidente es el Gefe Supremo de la Nacion y tiene á su cargo la Administracion General del país.»

Evidentemente en este inciso la frase *Administracion General*, está tomada en contraposicion á la *Administracion local*, que la Constitucion reserva á las Provincias, declarando que estas se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas, eligiendo sus autoridades, sin intervencion alguna del Gobierno Federal, ó bien á las Municipalidades que les ordena establecer como condicion de la garantia que les ofrece de sus instituciones, (arts. 5 y 105).

Habria gravísimo error en tomar aquellas palabras en el sentido de que corriesen á cargo del Presidente todos los ramos de la Administracion, á saber: Legislativa, Ejecutiva y Judicial, pues esto vendría á subvertir de todo punto nuestro sistema de Gobierno, reuniendo en uno solo, los Poderes en que se divide, y borrando de consiguiente toda distincion.

Si, pues, la division de los Poderes subsiste, como base de la organizacion Nacional y Provincial, es claro que la espresada frase, no tiene el sentido que equivocadamente se le

atribuye, al objeto de hacer extensiva la facultad del Ejecutivo de verificar para la administracion, los nombramientos no reglados de otra manera, hasta los de empleados subalternos y escribientes, que para su despacho hacen económicamente los otros Poderes.



VI

Tampoco se satisface á la objecion opuesta á la doctrina del Sr. Ministro, á saber: que de otra suerte seria tambien el Presidente quien deberia nombrar Secretarios, taquígrafos escribientes, ordenanzas y en general todos los empleados inferiores de las Cámaras Legislativas, con decir, que estas lo verifican en conformidad á su reglamento, para cuya sancion se encontraban autorizadas.

Ni el reglamento habria podido atribuir á las Cámaras los nombramientos que la Constitucion confiriase al Presidente, ni al exceptuar esta los que se hallen reglados de otro modo, se refiere á las leyes que puedan dictarse, ó á los reglamentos que lleguen á sancionarse; sino á la Constitucion misma en la cual ciertamente los nombramientos espresados no se encuentran arreglados de otro modo.

Las Cámaras efectivamente, se hallaban autorizadas para dictar sus propios reglamentos; pero no siendo materia de estos el deslinde de atribuciones, ni pudiendo por medio de ellos ninguna autoridad, aumentar las suyas, es claro que á no haberles correspondido de antemano tales nombramientos las Cámaras Legislativas no hubieran podido atribuirse los en sus reglamentos.

Mucho menos pudieran hacerlo en perjuicio del P. E. y menguando sus atribuciones, cuando los reglamentos se sancionan esclusivamente por cada Cámara, sin intervencion alguna de aquel, quien ni los aprueba, ni siquiera es consultado ú oido á su respecto.

Si toda la dificultad en el caso presente, fuera cuestion de reglamento, deberia notarse que tambien V. E. por el art. 93



de la Ley Orgánica de 15 de Diciembre de 1881, se encuentra autorizada para dictar el suyo.

Habria podido, pues, en conformidad á las vistas y doctrinas del Sr. Ministro, consignar en él, que entre los empleados inferiores cuyo nombramiento le confiere el art. 86, deben comprenderse los escribientes de los Juzgados de 1ª Instancia, y no habiéndolo hecho en el que acordó, debería ahora mismo modificarlo, consignando en él aquella declaración.

No es esto así, Exmo. Señor: las Cámaras Legislativas por mas que se hallasen autorizadas para dictar sus reglamentos, no habrían podido por si solas reservarse nombramiento alguno que no les correspondiese, ó por disposicion expresa de la Constitucion ó al menos por induccion tácita derivada de la naturaleza de sus funciones.

Si á pesar de esto, pues, se atribuyeron el arreglo de sus respectivas Secretarias con el nombramiento de sus oficiales taquígrafos, escribientes y demas empleados subalternos, es que consideraron que esto entraba naturalmente en las atribuciones de todo Poder independiente, y la misma razon milita manifiestamente respecto de ella á favor del Judicial, que con el Ejecutivo, constituyen Poderes *iguales, independientes y coordinados*.

VII

Demostrado, Exmo. Señor, que pertenece á V. E. la facultad disputada, no obstante que contra los precedentes establecidos la desconozca y la niegue el Sr. Ministro de Justicia, declarando ademas incuestionable el punto, el Fiscal debe contraerse á examinar cual seria en el caso, el procedimiento que convendria seguir, y que el Tribunal debería adoptar como el mas adecuado y oportuno, para salvar sus atribuciones.

Nada encuentra en verdad de irregular, por mas que haya sido desechado por el Sr. Ministro, en el medio propuesto

por V. E. de referir al H. Congreso la resolución de la cuestión; no ciertamente en calidad de arbitramento, según aquello ha comprendido, sino en atención á que, estando para reunirse las Cámaras, y debiendo ocuparse del proyecto pendiente de reformas á la ley Orgánica, nada impediría en efecto, intercalar en esta, un artículo que resolviendo el punto para lo sucesivo en términos espresos, viniese así á zanjar la dificultad.

Cree por el contrario, que este temperamento es en realidad el mas prudente y razonable; y como para adoptarlo el Tribunal, no necesita el consentimiento de nadie, pudiendo muy bien proceder por si mismo, el Fiscal es de dictámen de que V. E. debe insistir en su primera resolución y declarar nuevamente, que le pertenece la atribucion de que se trata; comunicándolo al P. E. y dirigiéndose en oportunidad, al H. Congreso en solicitud de una resolución Legislativa en el sentido de la doctrina, que con tanto acierto, tanta ilustracion y tan aplausible celo, ha sostenido.

Buenos Aires, Marzo 27 de 1883.



FACULTAD DE INDULTO EN EL EJECUTIVO

SUMARIO:

Aunque en el régimen Provincial el derecho de gracia en el Ejecutivo se hallaba muy restringido, las limitaciones establecidas han caducado con las disposiciones en que se apoyaban—En el C. Penal vigente se encuentra también reglamentado el indulto por los delitos; pero las circunstancias que requiere deben entenderse solamente condiciones impuestas á los penados para solicitarlo, y nó como restricciones al Ejecutivo—La facultad del Presidente para conmutar las penas ó perdonar los delitos está regida exclusivamente por la Constitución Nacional—Dicha facultad es sumamente amplia, pues no reconoce sino una sola escepcion; y el Congreso no podría tampoco restringirla—La indienda escepcion se refiere únicamente á las penas impuestas en juicio político por las Cámaras Legislativas—La cláusula de nuestra Constitución concerniente á esta materia, es idéntica á la correlativa de la Constitución de Estados Unidos—Doctrina de varios federalistas que la esponen en el sentido expresado—En el caso presente, por sus circunstancias, la gracia solicitada resulta equitativa.

Exma. Cámara:—Aunque en el régimen anteriormente existente en esta Capital, mientras formaba parte de la Provincia de Buenos Aires, y se encontraba sujeta por tanto á su Constitución, la facultad del Ejecutivo para hacer gracia á los delinquentes por las penas que les hubieren sido impuestas, se hallaba sumamente restringida; hoy en el nuevo orden de cosas y por las consideraciones que espondrá, no pueden á juicio del Fiscal reputarse subsistentes tales restricciones y la indicada facultad existe en el Ejecutivo Nacional,





ámplia y sin limitacion alguna, que no se encuentre establecida en la Constitucion Federal.

Por el inciso 3º del art. 142, Cap. 3º, Secc. 4ª de la Constitucion Provincial, era atribucion del Ejecutivo conmutar las penas impuestas por los delitos sujetos á la jurisdiccion Provincial; prévio informe motivado del Tribunal Superior sobre la oportunidad y conveniencia de la conmutacion.

Esta facultad debia ser ejercida con arreglo á la ley reglamentaria, que determinaria los casos y la forma en que la conmutacion pudiera solicitarse, debiendo ponerse en conocimiento de la Asamblea Legislativa en cada caso, las razones que la hubiesen motivado.

La indicada facultad no podria ser aplicada á aquellos delitos en que el Senado debia conocer en calidad de Juez, ni á los cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones.

Como se vé, por esta disposicion, el derecho de gracia en el Ejecutivo, respecto á las penas de los delitos, no comprendia el de perdonarlos ó indultarlos, y se limitaba únicamente á la facultad de conmutar las penas.

Esta misma facultad debia ser ejercida en conformidad á la ley reglamentaria que determinaria los casos y la forma en que debia usarse, quedando desde luego la Legislatura autorizada para dictar la indicada ley, y reglar en ella la materia de la conmutacion.

En uso de esa autorizacion, la Legislatura sancionó efectivamente y con fecha 16 de Octubre de 1877, la espresada ley reglamentaria, en la cual se restringe mucho mas todavia el derecho de gracia, excluyéndose de la conmutacion la mayor parte de los delitos.

Por esa ley. en efecto, la conmutacion solo podia tener lugar en las penas establecidas por sentencia ejecutoriada que escedieran de diez años de presidio.

Fuera de los casos espresados en la Constitucion, se esceptuaban tambien los de reincidencia y el delito de parricidio.



En fin, la conmutacion de la pena impuesta, debia hacerse precisamente sustituyéndose con la inferior inmediata, segun la graduacion establecida en las leyes penales.

Es evidente, que federalizada esta Capital y cesando en ella la jurisdiccion de las autoridades provinciales, caducaban ciertamente todas las leyes é instituciones políticas emanadas de aquellas.

La Constitucion provincial dejaba pues de rejar, y consiguientemente perdia tambien todo vigor legal la mencionada ley de 17 de Octubre del 77, que no importaba otra cosa, que la reglamentacion de un artículo constitucional y de una de las facultades del Ejecutivo Provincial hecha por la Legislatura por especial autorizacion.

Con todo, en el Código Penal, que regia en la Provincia y que se conserva vigente por disposicion de la ley Nacional de 15 de Diciembre del año pasado, en el art. 313, se encuentra tambien una reglamentacion de la facultad de conmutar las penas, bastante restrictiva y que podria dar lugar á suponer que aquella no fuese aplicable á los delitos leves.

Los artículos 99, 100 y 105 del Código Penal, contraen únicamente la conmutacion de las penas á la de presidio ó penitenciaria por tiempo indeterminado ó determinado y exigen ademas, para que aquella tenga lugar, que el reo haya sufrido ya respectivamente quince años ó la mitad del término de reclusion que establezca la condena.

Aunque podría creerse que las restricciones contenidas en estas disposiciones, se refieren únicamente al derecho del reo, para solicitar la conmutacion, parece no ser este su sentido, por cuanto, indicando por una parte que aquella no debe considerarse en el reo como un derecho adquirido, se determina tambien que la gracia no podrá acordarse sino despues de llenadas las mencionadas condiciones.

Apesar de esto; siendo absoluto en el Ejecutivo por el inciso 6º, art. 86, Cap. 3º, Secc. 2ª de la Constitucion Nacional el derecho de gracia, sin otra limitacion que la que se deduce de los términos literales del indicado artículo; y no hallán-



dose el Congreso Nacional autorizado para restringirlo, el esponente es de opinion que las citadas disposiciones del Código Penal de ningun modo limitan la facultad del Ejecutivo en la materia, y que la ley Nacional que lo declara vigente, debe entenderse en cuanto no se oponga á la Constitucion general.

Que dicha facultad de gracia es casi de todo punto absoluta en el Ejecutivo con arreglo á la Constitucion Nacional, se deduce del precitado inciso 6º, concebido en estos términos: «puede indultar ó conmutar las penas por delitos sujetos á la jurisdiccion Federal, previo informe del Tribunal correspondiente, exceptó en los casos de acusacion por la Cámara de Diputados».

Es demás advertir que en la redaccion de este inciso, las palabras *jurisdiccion Federal*, están tomadas como sinónimas y equivalentes á las de jurisdiccion Nacional, en contraposicion á la jurisdiccion Provincial, y que de consiguiente, la enunciada facultad del Ejecutivo, es igualmente aplicable á los delitos de que deben conocer los Juzgados Federales, que á los que corresponden á los Tribunales Nacionales de la Capital ó de cualquier otro territorio perteneciente á la Nacion.

Esto se comprenderá con claridad, desde que se advierta que dicho inciso de nuestra Constitucion, corresponde exactamente á la última parte del num. 1º, Secc. 2ª, art. 2º de la Constitucion Norte Americana, de la cual aquel no es otra cosa que una traduccion exacta, y que se encuentra concebido así: «El Presidente tendrá poder para acordar la suspension del castigo y el perdon por ofensas contra los Estados Unidos, excepto en el caso de acusacion á funcionarios públicos.»

Tal circunstancia nos facilita tambien la inteligencia de la disposicion constitucional que examinamos, permitiéndonos aplicar con entera seguridad, las doctrinas sobre la materia de los mejores tratadistas americanos, la cual puede resumirse así.

La facultad de gracia en el Ejecutivo, comprende no sola-



mente el derecho de conmutar las penas, sino tambien la de perdonarlas del todo, indultando á los reos.

Se exceptúa únicamente la pena impuesta á un funcionario público por el Senado en el juicio político; y se admite por induccion que deba considerarse asi mismo exceptuada, la que imponga cualquiera de las Cámaras Legislativas por desacato á su autoridad.

El ejercicio de dicha facultad tiene por condicion espresa, oirse préviamente el dictámen ó informe del Tribunal que ha condenado al reo, sobre la oportunidad y conveniencia de acordarse la gracia que se solicita.

De esta condicion impuesta de un modo espreso en la Constitucion al ejercicio de las facultades de que se trata, parece deducirse tácitamente, que ellas solo tienen por objeto como lo resolvía la ley Provincial de 17 de Octubre de 1877, antes mencionada, los delitos juzgados ya, y sobre los cuales ha recaido sentencia ejecutoriada, pues son los únicos que pueden conocer los Jueces, y acerca de los cuales les sería dable informar.

Asi lo piensan efectivamente algunos autores, entre ellos Tiffany, el cual sostiene, que el poder del Presidente para conmutar ó indultar las penas, por ofensas contra los Estados Unidos, solo es aplicable á las personas ya convictas de aquellos delitos, pues, cuando no ha habido proceso ó conviccion no existe emergencia que demande premiosamente la conmutacion ó el indulto, y antes de esto, el Ejecutivo no tiene jurisdiccion sobre el criminal, no pudiendo tampoco formar exacto concepto del delito sino por la instruccion del proceso y la sentencia. (*Derecho Constitucional*, pág. 379. § 503.)

Esta opinion, sin embargo, de que parece ser apoyada por el tenor literal de la cláusula constitucional referente al caso en cuanto para el indulto, requiere espresamente el informe del Juez, que hubiese conocido en la causa, contraida á los delitos políticos, no carece por cierto de dificultad.

Segun refiere Hamilton en «*El Federalista*», núm. 74, pág.



603, habiéndose hecho objecion contra la facultad de indulto en el Ejecutivo por lo que concierne al delito de traicion, rebellion y demas, que afectando directamente al orden público, parecia mas propio que solo pudieran ser perdonados por el Congreso, la indicada objecion fué desestimada bajo la consideracion de que el mantenimiento de la paz, ó su restablecimiento, dependeria muchas veces de la oportunidad de un indulto, y de aprovecharse el momento preciso, mientras que la convocacion ó consulta á la Legislatura traeria forzosamente dilaciones y entorpecimientos.

Parece, pues, por esto, que en los delitos políticos, el indulto puede tener lugar aun antes de haber sido sometidos á juicio y sentenciados, cuando todavia sus autores se encuentran con las armas en la mano, aunque dispuestos quizas á deponerlas á condicion de ser indultados.

Por lo demas y respecto á la estension de la facultad, Story la considera altísima y casi absoluta.

« El Presidente, dice, puede disminuir las penas y aun acordar un perdon absoluto, aunque esta facultad no puede ser ejercida en materias que son el objeto de una acusacion política: partiendo tambien del principio de que cada rama de la Legislatura, tiene el derecho de castigar las injurias hechas á su dignidad, resulta, asi mismo, que tampoco el Ejecutivo puede en este caso ejercer el derecho de perdonar. »

« Fuera de estas escepciones, el poder de perdonar es completo y se aplica aun á los delitos mas graves. Comprende tambien el derecho de conmutar las multas y las confiscaciones: aun cuando estas materias entran en las atribuciones del tesoro, no obstante el Poder Ejecutivo ejerce en este caso su prerogativa *porque ninguna ley puede disminuir un derecho acordado de una manera general por la Constitucion á la autoridad ejecutiva* » (*Comentario abreviado*, L. 3ª, cap. 39, N. 775.)

En el mismo sentido que Story, en cuya opinion se apoya espresamente, se produce Kent, respecto á la estension y lími-



tes del derecho de gracia en el Ejecutivo, por delitos sometidos á la jurisdiccion federal.

« El Presidente, dice, tiene tambien la facultad de conceder conmutaciones ó indultos por delitos contra los Estados Unidos, y esta facultad es sin limite alguno, excepto en el caso de acusacion ante el Senado. » (*Del Gobierno y Jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos*, Lec. 4ª, § 7º, núm. 6.)

Curtis refiere tambien como fué desechada en la Convencion Constituyente la excepcion que se propuso á la facultad de indulto en el Ejecutivo, referente al delito de traicion, considerándose que aquella facultad no era menos necesaria respecto á este delito, *que de cualesquiera otras ofensas*: de manera que el poder del Presidente para perdonarlas, sin duda alguna las comprende todas; y solamente no alcanza á las penas impuestas por el Congreso, cuando haciendo de Juez castiga algun funcionario, constituyendo *ésta la única excepcion á esa facultad*. Historia de la Constitucion, cap. XIII, pág. 370.

El mismo Tiffany anteriormente citarlo aunque, segun lo hemos manifestado, requiere para el ejercicio de la facultad constitucional de indulto, que el delito haya sido ya juzgado por los Tribunales, al determinar la materia sobre que puede recaer, procede evidentemente bajo la base de que es muy general, pues solo se contrae á fijar las excepciones que segun él son dos únicamente; las cuales como se verá, pueden reducirse á una sola.

« El poder de acordar perdones, dice, no alcanza á las acusaciones (políticas ante las Cámaras Legislativas). Los juicios por acusacion solo se refieren al carácter público y al deber oficial. . . . Luego, habria sido muy impropio permitir que el Presidente pudiese estorbar ó impedir por actos de clemencia ejecutiva la acusacion ó la conviccion de un empleado público infiel ».

« Hay ademas otra ofensa, continúa mas adelante que por su naturaleza, no puede el Presidente perdonar. La Constitucion ha confiado á cada rama de la Legislatura Nacio-



nal la autoridad de castigar el desacato ó la conducta desordenada de sus miembros. Esta autoridad es esencial á la existencia é independencia de aquél cuerpo: luego, el Ejecutivo no puede mediar entre una de las Cámaras y la persona ofensora». Lugar citado § § 515 y 516.

Tales son, Exmo. Señor, las razones y las autoridades que inducen al Fiscal á opinar, con absoluta prescindencia de las disposiciones provinciales que antes han regido y de las contenidas en el Código Penal vigente, si fuesen limitativas de la facultad de indulto en el Ejecutivo, en favor de esta, en toda la amplitud que le concede la Constitución Nacional; y sin admitir otras restricciones, que las que en ella misma se determinan.

Aunque el caso ocurrente tenga sin duda alguna, muy escasa importancia, siendo el primero que se presenta en el órden actual; despues de sancionadas las leyes que lo rigen, y rozándose además con principios constitucionales de alta trascendencia, el Fiscal ha creído de su deber estudiarlos y deslindarlos con la posible claridad á fin de que sirvan de norma al Tribunal en lo sucesivo, en los demas casos semejantes que puedan ocurrir.

Por lo demas, la causa á que se refiere el informe solicitado por el P. E. con motivo de la gracia que se le pide, versa sobre desacato á la autoridad y resistencia que se opuso por los peticionantes á los vigilantes de Policía, que trataron de prenderlos con motivo de un desórden que produjeron, resultando herido uno de dichos vijilantes.

Como la herida no tuviese graves resultados, habiendo curado prontamente, antes de doce dias, V. E. por sentencia de 1º de Junio del corriente año, modificando la pronunciada en 1ª Instancia, se sirvió condenar á los procesados, segun aparece de la resolucion de f. 30 del expediente de la materia, á la pena de tres meses de arresto que se cumplirán el 1º de Setiembre y de los cuales de consiguiente, vá á transcurrir cerca de un mes.

Es cierto que á los procesados no se les contó como pena



el tiempo de prision preventiva que sufrieron durante la prosecucion de la causa, en conformidad á las prescripciones del Código Penal vigente, segun las cuales solo debe computarse en parte de pena, la prision preventiva en lo que exceda de seis meses, cuando el proceso sea sentenciado.

No deja, pues, de ser equitativa la gracia que hoy se solicita, reducida á que se tenga en consideracion la prision preventiva sufrida por los peticionantes, y tanto es así, que aun por principios estrictos de la justicia, no falta entre los miembros del Tribunal, quien piense que en todo caso debería considerarse pena la prision preventiva, cualquiera que fuese su duracion, habiendo aludido varias veces graves consideraciones en apoyo de esta opinion.

En conclusion, y contrayéndose al caso presente, el Fiscal opina que V. E. reconociendo en el Ejecutivo el derecho de gracia en los términos del inciso 6°, art. 86 de la Constitucion Nacional, debe manifestarle: que la causa á que se refiere la peticion, sobre que desea ser informado, fué leve; que dicha solicitud es equitativa, y que de su concesion no resultaría daño alguno á la causa pública; pudiendo en consecuencia proceder como lo estime conveniente.

Buenos Aires. Junio 19 de 1882.

VISTA XLVIII

FACULTAD DE INDULTO EN EL EJECUTIVO

SUMARIO:

Aunque la Constitución acuerda al Ejecutivo la facultad de indultar ó conmutar las penas, en términos generales, ciertas disposiciones del Código Penal sobre la materia, referentes á algunas clases de penas y en condiciones determinadas, han venido á suscitar dificultades—La Cámara de lo Criminal ateniéndose estrictamente á las indicadas disposiciones, sostiene que el Ejecutivo no goza en la Capital, de la expresada facultad, respecto á los delitos comunes; sino en los casos en que el Código autoriza su ejercicio—En estos términos, el Presidente solo podría conmutar la pena de prision, ó indultar las de presidio ó penitenciaria; mas no la de muerte, ni las de prision, arresto, confinamiento ó destierro, á menos que hubiesen sido impuestas por los Jueces Federales—Tal distincion no es aceptable, pues no responde á principio alguno, ni descansa en fundamentos sólidos; repugnando además, el que nadie pudiese indultar la pena capital impuesta por delitos comunes, siendo como es irreparable—Puesto que la Constitución solo exceptúa de las facultades generales que confiere al Presidente para indultar ó conmutar las penas, las que se impongan en juicio político, debe inferirse que todas las otras quedan comprendidas en aquella—Al referirse la Constitución á los delitos del Fuero Federal, alude á todos los que están sujetos á la jurisdiccion nacional, exceptuando solamente aquellos, cuyo juzgamiento corresponde á los Tribunales Provinciales—En Estados Unidos es desconocida la distincion entre Jueces Federales y Nacionales; y entre nosotros tambien todos los Jueces de la Capital en realidad son Federales; habiéndose reservado sin embargo esta denominacion, en especial á ciertos Tribunales, para indicar el ramo de la jurisdiccion que invisten—Se ha pretendido fundar la restriccion que se impone al Ejecutivo Nacional, respecto á la facultad de indultar, en la observacion de que, habiendo sucedido en la Capital al Gobierno Provincial, este se hallaba sujeto á las indicadas limitaciones—No es exacto que el Presidente mande en la Capital como Gobernador, pues mientras esto derivaba sus facultades de la Constitución





Provincial, las de aquel son regladas esclusivamente por la Nacion—Tambien se pretende explicar la distincion que se introduce en los delitos respecto á la facultad del Ejecutivo para indultarlos, por la naturaleza diferente de los políticos y los comunes—No es exacto que todos los delitos definidos en las leyes de Justicia Federal ó que juzgan los llamados Jueces Federales; sean políticos ni que deje de haberlos de esta clase, entre los que comprende el C. Penal—Si la facultad de indultar que ejerce el Presidente, fuese relativa solamente, á los delitos de que conocen los Jueces Federales, no podria perdonar, ni conmutar los delitos militares—Tampoco habria habido necesidad de exceptuar de su facultad de indulto, los que son materia de juicio político; pues que nunca se habria podido en el supuesto indicado, considerarse incluidos en ella—Siendo latísima por la Constitucion la expresada facultad, las leyes reglamentarias no habrian podido restringirla—El C. Penal habla del indulto como premio á la buena conducta de los reos, ó estímulo á su reforma moral; y en esta virtud ha debido exigir ciertas condiciones—No se ha propuesto en manera alguna, reglamentar, ni restringir las atribuciones del Ejecutivo en esa materia.

Erma. Cámara:—El Fiscal se ha instruido por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, de la solicitud sobre la cual desea ser informado el P. E., á quien la han elevado los penados Barceló y Otamendi, pidiendo gracia de la condena de dos años de prision que les ha sido impuesta por los Tribunales de la Capital, por delito de calumnia, de que les acusó D. Nicasio B. Carbonell.

Aunque la Constitucion Nacional; á ejemplo de la de los Estados Unidos, que le sirvió de modelo, acuerda al Presidente, en términos generales la facultad de indultar ó conmutar las penas, por delitos contra la Nacion, ciertas disposiciones relativas á esta materia que se encuentran en el Cap. III, Tít. 2º, Sec. 2ª, Lib. 1º del Código Penal vigente, las cuales parecen reglamentar, al menos con respecto á los delitos comunes, la indicada facultad, restringiéndola á las clases de penas y á los casos que en ellas se determinan, han venido á suscitar dudas y dificultades en el asunto.

V. E., ateniéndose estrictamente al tenor literal de las mencionadas prescripciones, ha sentado la doctrina de que el derecho de indulto no puede ser ejercido en la Capital por el



Ejecutivo, sino con sujecion á las reglas establecidas en aquellas; doctrina que ciertamente entraña gravísimas consecuencias; y que á su vez no es aceptada por dicho Poder: haciéndose mas complicado el punto. Su importancia, pues, y los respetos que merecen al Fiscal las opiniones autorizadas del Tribunal, lo obligan á volver sobre la cuestion, y ocuparse de la materia con alguna detencion, en el deseo de que llegue á dilucidarse completamente.

Segun la doctrina expuesta, y tratándose de delitos comunes, el Presidente en la Capital, solo podria conmutar la pena de prision; porque solamente respecto de ella la conmutacion se halla autorizada en el Código Penal; y solo indultaria las de presidio y penitenciaria, cuando los reos hubieren llenado las condiciones que se determinan.

No podria, pues, indultar en la Capital, aunque si en los demás territorios federales, las penas de muerte, prision, destierro, confinamiento y arresto; porque en el Código no se menciona ni se autoriza tal indulto; aunque tendria, sin embargo, el derecho de concederlo, si el delito al cual se aplicasen penas semejantes, hubiese sido juzgado, no por los Tribunales ordinarios de la Nacion, sino por los Jueces Federales.

¿Es aceptable esta consecuencia? La naturaleza de la pena de muerte, que siendo irreparable, ha de ser aplicada, no obstante, por Jueces que al fin no son infalibles, impone la necesidad de que exista siempre alguna autoridad facultada, para conmutarla al menos, cuando motivos especiales así lo requieran.

Sin embargo, aceptada la expresada doctrina, el Ejecutivo no podria indultar ni conmutar en la Capital, la pena de muerte impuesta por un asesinato, aunque tendria facultad para hacerlo, si hubiese sido impuesta por un delito del fuero federal, v. g., el de traicion: como si este crimen fuese menor ó menos horrible que aquel.

No le seria permitido remitir parte alguna de la condena á prision ó arresto, aunque el reo la hubiese sufrido ya en mas



de la mitad y casi en su totalidad; pero le seria lícito hacerlo en las de presidio ó penitenciaria: como si esta concesion fuese menos grave y menos capaz de producir resultados dañosos, que si versase sobre delitos leves, cuales son los que se hallan sujetos solamente á una pena de prision ó de arresto.

¿Y cuál seria la razon de esta diferencia tan extraña y tan anómala? ¿Cuál el antecedente que se hubiese consultado para introducirla? Se dirá que en ciertos casos la ley permite el indulto ó la conmutacion: mientras que en otros lo prohíbe; pero esta explicacion no satisface; porque esquivando en realidad la dificultad, no hace mas que retardar su resolusion; é induce á preguntar en seguida, nuevamente, la razon de la prohibicion del indulto en ciertos casos, y de la autorizacion en otros análogos, no menos graves á veces, ni de menor trascendencia.

Se ha pretendido encontrar algun antecedente para la distincion que se intenta hacer de los delitos, con relacion á la facultad de conmutar las penas ó de indultarlas, en el texto mismo de la cláusula constitucional referente á la materia; pero á la verdad, sin fundamento sólido, porque en realidad no existe en aquella tal antecedente; mientras que se encuentran claras indicaciones de lo contrario.

Especificando las facultadas del Presidente «puede, dice el inciso 6º, artículo 86 de la Constitucion, indultar ó conmutar las penas por delitos sujetos á la jurisdiccion federal, previo informe del Tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusacion por la Cámara de Diputados». Y bien, ¿de cuál de las cláusulas contenidas en el texto que se acaba de transcribir, y que con tanta latitud acuerda al Presidente el derecho de gracia, podria pretender deslucirse las restricciones que se trata de justificar? De ninguna ciertamente.

Tenemos en la Jurisprudencia una regla bien conocida y de frecuente aplicacion en el Foro, la cual enseña: que toda excepcion supone serle contrario el principio general ó sea la regla: *exceptio firmat regulam in contrarium*; y otra no menos vulgar y usada, que con esta se relaciona íntimamen-



te, en la cual se afirma que la exclusion de una cosa, importa la inclusion de las demás: *exclutio unius, est inclusio alterius*.

En conformidad, pues, á las expresadas reglas, cuando á propósito del indulto y de los casos en que puede ó nó concederlo el Presidente, por delitos contra la Nacion, encontramos en la Constitucion, que acordándole en general aquella facultad, exceptúa únicamente los delitos sujetos á juicio político, debemos concluir, que todos los demás de cualquier clase que sean se hallan comprendidos en esta facultad: y pueden, por tanto, ser materia del indulto.

¿Cuáles son los delitos sujetos á la jurisdiccion federal de que se habla en el citado inciso 6°, artículo 86? Sin duda alguna, porque la Constitucion no distingue, todos los que ofenden directamente á la Nacion; y se encuentran por lo mismo sujetos á sus Tribunales: así los previstos en leyes especiales, pero de aplicacion general en la República, como los que solo se hallan clasificados en el Código comun, cuando ocurren en territorio sometido exclusivamente á las autoridades nacionales.

En otros términos: los delitos sujetos á la jurisdiccion federal, de que habla la Constitucion, como materia del indulto que puede conceder el Presidente, son todos aquellos cuyo juzgamiento y castigo no corresponde á los Tribunales Provinciales, acerca de los cuales, ni la Nacion ejerce jurisdiccion, ni de consiguiente podria indultarlos el Ejecutivo Nacional; siendo entonces privativa esta atribucion á los Gobiernos de las Provincias.

Esta disposicion se explica bien, y tiene un fundamento racional deducido de los principios que sirven de base á nuestro sistema constitucional; porque debiendo coexistir en el régimen federal los Gobiernos particulares de las Provincias junto con el General; y habiendo la Constitucion garantido á aquellas el gobierno propio, el cual implica necesariamente la potestad de castigar los delitos que ofendan el régimen interno, no podria haber facultado al Presidente para perdo-



nar tales delitos, pues esta facultad sería incompatible con la autonomía, y podría llegar á ser también subversiva del orden público en las Provincias.

En lo que concierne al indulto, carecería enteramente de base y de razón, la distincion que se cree debe hacerse, entre delitos sujetos á la jurisdiccion de los Jueces Federales y los comunes sometidos á los Jueces de la Capital: estos no son diversos de aquellos sinó por la parte de jurisdiccion que les ha sido atribuida, cual sucede también, por ejemplo, al Juez de Comercio ó al del Crimen respecto á los Jueces Civiles, pues por lo demás, tan Federales son unos Tribunales como los otros: y tan sujetos están á la jurisdiccion nacional unos delitos como los otros.

En Estados-Unidos, cuyas instituciones son por lo comun idénticas á las nuestras; en razón de que las hemos aceptado por modelo; adoptando también por consiguiente su Jurisprudencia, es totalmente desconocida entre los Jueces de la Nación la distincion de Federales y no Federales, distincion que por otra parte sería manifestamente contradictoria é implícante: desde que allí la palabra *federal* significa lo mismo que nacional, y se emplea en contraposicion á lo que concierne especialmente á cada Estado particular.

Entre nosotros, se aplicó exclusivamente la denominacion de Jueces Federales á los que ejercian jurisdiccion á nombre de la Nación, cuando careciendo de Capital propia y de territorios que gobernar, no tenía tampoco otros Jueces que los que hoy conservan dicho nombre, para indicar la clase de Jurisdiccion de que se hallan investidos, la cual es la misma que han desempeñado en las Provincias los Jueces nacionales, y distinguirla así en la Capital, de la que corresponde á los demás Jueces y tribunales nacionales también, como aquellos.

¿Y qué razón pudiera señalarse para restringir la facultad de indulto en el Presidente, con relacion á los delitos comunes contra la Nación y sometidos á la misma, por haber ocurrido en territorio exclusivamente sujeto á su jurisdiccion,



dejando la enunciada facultad, ilimitada en los demás delitos de que conocen y que castigan los Jueces Federales? Ninguna ciertamente.

Alguien ha indicado que la razon de esto consistía en que estando ya en vigencia en Buenos Aires, desde antes de federalizarse la Capital, el Código Penal que ahora rige, su Gobierno no ejercía la facultad de indulto, sino con las limitaciones establecidas en aquel; y que de consiguiente, después de federalizarse esta ciudad, y habiéndose conservado en vigencia provisoriamente el expresado Código, el Gobierno que sucedió al provincial, tampoco posee la indicada facultad de indulto, por lo que respecta á los delitos clasificados en dicho Código, sino con las mismas restricciones á que se hallaba sujeto el Gobernador de la Provincia,

Esta observacion es inadmisibile; porque si bien tales limitaciones al derecho de gracia contenidas en el Código é impuestas al Ejecutivo, eran acordes y armónicas en principios con lo establecido en la Constitucion provincial, que tampoco admitía en absoluto la facultad de que se trata (inc. 3º, art. 142) federalizada esta Ciudad, caducando la Constitucion local, y entrando á regir la Nacional, dejaban de serlo y de consiguiente no subsistian mas, desde que en la Constitucion Federal, la facultad de indulto se encuentra reglada de muy diverso modo.

Es inexacto que el Ejecutivo Nacional deba considerarse sucesor del Gobernador de Buenos Aires, en el sentido de que sus facultades sean las que en el régimen anterior correspondian á este Magistrado; porque estando prevenido en la Constitucion Nacional, que el territorio en que se estableciese la Capital, debía quedar sujeto exclusivamente á las autoridades federales, declarada Capital la ciudad de Buenos Aires, el Presidente entró á regirla en su calidad de tal, y no como Gobernador de la localidad; derivando sus facultades en toda materia, de la Constitucion Nacional exclusivamente, cualesquiera que hubieran sido las disposiciones de la provincial, que debió caducar y caducó de todo punto.



También se ha querido explicar las limitaciones y restricciones á la facultad de indulto en el Ejecutivo Nacional que infundadamente se establecen; así como la diferencia que á este respecto se introduce, en lo que concierne á los delitos ocurridos en la Capital, de que conocen los Tribunales Ordinarios con arreglo al Código Penal; y los que corresponden á la Justicia Federal, por la diversa naturaleza de unos y otros.

Se pretende que estos últimos, los cuales se encuentran clasificados en la ley de 14 de Setiembre de 1863 son delitos políticos, que mereciendo siempre mayor indulgencia, según lo reconoce la Constitución misma, al abolir en ellos la pena capital, no fuera extraño el que pudiesen ser indultados con mas facilidad; siendo innegable el que á veces se incurre en falta puramente por obsecación ó por error; sin que supongan por necesidad una conciencia manchada.

Se observa que sucede lo contrario con los otros delitos previstos y castigados en el Código Común: pues atacando los principios fundamentales de la moral, escritos en el corazón del hombre por el Autor mismo de la Naturaleza, proceden siempre de malicia, y denotan la perversión de sus autores; siendo indispensable para explicarlos, suponer á aquellos dominados de sentimientos malignos.

No negaremos seguramente la diversa índole de los expresados delitos, ni la diferencia bien marcada que existe entre los políticos y los comunes: pero sostendremos, sin embargo, que esta distinción no es oportuna, ni aplicable en la materia de que se trata, para fundar la mencionada doctrina sobre la extensión de la facultad constitucional de indulto en los casos propuestos.

Debemos observar desde luego, para demostrarlo, que es completamente inexacta y falsa la base misma en que descansa la enunciada teoría, cual es la suposición de que la ley de Justicia Federal solo haya provisto á la represión y castigo de los delitos políticos, sin ocuparse de los comunes; pues por poco que se examine, se encontrará á primera vista, que no sucede así.



Ciertamente que son delitos políticos la rebelion, la sedicion y cualquier atentado á las autoridades nacionales, comprendidos y penados en la citada ley de Justicia Federal; pero no sin dificultad, puede incluirse en esta clasificacion la piratería, á menos que consista solamente, en el uso indebido de la bandera.

De ninguna suerte pueden admitirse en la misma clasificacion el peculado, el cohecho, la falsificacion, robo en el Correo y otros delitos semejantes definidos tambien é igualmente penados en la citada ley: los cuales es imposible considerar de otro modo, que como delitos comunes, tan degradantes é infames, que dificilmente los hay en mayor grado.

Por el contrario, el C. Penal califica asi mismo, define y castiga los delitos de rebelion, asonada ó tumulto, desacato ó resistencia á la autoridad con armas ó sin ellas, el cual tiene lugar con frecuencia en la Capital, al tratar los agentes de Policia de aprehender á los criminales: conociendo de estas causas los Tribunales ordinarios.

Ahora bien, por lo que respecta á esos delitos, sin embargo de ser de carácter político, el indulto quedaria excluido por no hallarse autorizado, ni reglamentado en dicho Código; lo cual demuestra á las claras, la inexactitud de la expresada doctrina, en cuanto para conceder ó negar la facultad de indulto, toma por base la distincion entre delitos políticos previstos y definidos en la ley de 14 de Setiembre de 1853, y los comunes clasificados en el C. Penal.

Si en la citada cláusula constitucional del inciso 6º, art. 86, se hubiese de entender por *jurisdiccion federal*, á la cual deben hallarse sujetos los delitos que puede indultar el Presidente, exclusivamente la que desempeñan los Jueces llamados Federales, resultaria que no podría indultar los delitos militares, porque aunque la jurisdiccion de estos sea eminentemente nacional, no corresponde sin embargo, de modo alguno á dichos Jueces Federales.

Resultaria tambien, contradictoria ó por lo menos redun-



dante, la escepcion á la facultad de indulto, contenida en el mismo artículo constitucional y referente á los delitos sujetos al juicio político; desde que los delitos que servirían de materia á estos procesos, por razon de las personas judiciales, no quedaban sometidos á la jurisdiccion de los expresados Jueces Federales, sino únicamente á la de las Cámaras.

Por otra parte, para admitir que las disposiciones que nos ocupan del Código Penal, hubiesen limitado las facultades del Presidente, en materia de indulto y conmutacion de penas, seria necesario indagar antes si las leyes reglamentarias podrian producir ese resultado; sobre lo cual opinan unánimamente los federalistas, que siendo amplísima por la Constitucion la expresada facultad conferida al Ejecutivo, el Congreso no podria tampoco limitarla ni restringirla.

Indudablemente; el punto es materia constitucional y no de leyes reglamentarias: porque ha de ser naturalmente la misma ley fundamental, á la cual deben su existencia los Poderes del Estado, la que les marque sus atribuciones, y determine tambien los límites, dentro de los que hayan de ejercerlas; lo cual no obstante, sería completamente inútil, si las Cámaras Legislativas Ordinarias pudieran cualquier dia cambiar aquellos límites ó modificarlos.

Hay mas: nada demuestra, ni indica siquiera, que el Código Criminal en las disposiciones que examinamos, se haya propuesto definir las facultades del Ejecutivo en materia de indulto y conmutacion de penas; y mucho menos que tratase de restringir aquellas reglamentándolas: semejante interpretacion careceria en verdad de suficiente fundamento.

Lo que el C. Criminal ha querido, al establecer que los reos condenados á presidio ó penitenciaria, despues de haber sufrido una gran parte de la condena, si durante este tiempo hubiesen observado una conducta irrepreensible, dando positivas muestras de arrepentimiento, pudiesen abreviar la terminacion de sus sufrimientos, y solicitar gracia del tiempo que faltara, ha sido evidentemente propender de un modo eficaz, con infundirles esa esperanza, á la reforma moral de



los delinquentes, que interesa sobremanera al individuo, á la familia y á la sociedad, siendo únicamente con el objeto de asegurar ese resultado que ha determinado las condiciones del indulto.

Pero se trata entonces solo del derecho del reo, ó si esta palabra fuese impropia, de la opcion al indulto: no del derecho y de las atribuciones del Presidente. Al acordarse aquel á los reos, bien han podido pues establecerse condiciones razonables: las atribuciones conferidas al Ejecutivo, le han sido concedidas incondicionalmente, ó por lo menos, sin otra condicion, que la de ejercerlas para bien de la sociedad y en vista de los intereses comunes, que á veces aconsejarían el perdón, como sería fácil demostrarlo con ejemplos, aun sin méritos suficientes del agraciado.

Si pues en algunos de los artículos del Código de que nos venimos ocupando, se dice que sin las condiciones que determina, no se hará, ó no se podrá acordar el indulto, se habla de lo que sucedería ordinariamente, porque al fin, aquellas condiciones son tambien reglas comunes de prudencia: mas no para cercenar, ni con el propósito de coartar las atribuciones constitucionales del Presidente.

Demostrada la existencia en el Ejecutivo Nacional de facultad para indultar los delitos comunes ocurridos en la Capital y juzgados por los Tribunales ordinarios, sin exclusion de los que por considerarse leves solo merecen pena de prision: contrayéndose al Fiscal al que tiene por objeto la presente solicitud, solo debe manifestar que si bien el uso demasiado frecuente de aquella atribucion importaria la impunidad y llegaria á ser perjudicial, no cree que lo seria precisamente en el caso actual.

Se trata de un delito de calumnia: y por una parte los recurrentes han sufrido en la condenacion misma el castigo moral de su falta: mientras que por la otra, el agraviado ha conseguido tambien su principal objeto al querellarse, vindicando cumplidamente su honor temerariamente comprometido.

Buenos Aires, Marzo 3 de 1885.

VISTA XLIX

Sobre una peticion de indulto: motivos que la justifican

SUMARIO:

El reo ha sido juzgado con excesivo rigor; y la pena de dos años y medio de prision resulta en el caso sobradamente dura—Se trata en realidad de un hurto insignificante de varias fruslerias, cometido por un muchacho de diez y siete años—Sin embargo, se le ha clasificado de robo; y ha sido castigado con la pena ordinaria de este delito—Es un error jurídico el clasificar un hurto como robo por solo la circunstancia de haberse verificado de noche—En el hurto, como en el robo, al estimarse la gravedad del delito, entre otras circunstancias, debe tenerse en cuenta el valor de lo sustraído: opinion de Hrus á este respecto—Al determinar el C. Penal dos años de prision para el robo, cuyo valor no exceda de quinientos fuertes, suponía sin duda que no se harían procesos escritos por pequeñeces—Su inteligencia en sentido contrario, ha dado lugar á condenas excesivas y desproporcionadas, y en virtud del principio de que proceden, aun puede producir otras peores—La edad del reo, menor de diez y ocho años, es y debe considerarse circunstancia atenuante en general, pues así lo reconoce el Código—Sin embargo, habiendo éste omitido determinar la proporcion en que se haya de disminuir la pena, respecto á los delitos sujetos á prision, se ha entendido que en ellos no debe haber rebaja—Siendo éstos leves deberia hacerse con mayor motivo que en los graves; pues la indicada causa de atenuacion es general—Ha sido tomada del Código Español; y en éste comprende todos los delitos, segun lo explican Pacheco, Caravantes y Goyena—Uno de los objetos principales de la facultad constitucional de indulto en el Ejecutivo, es el de corregir la irregularidad de las penas que en casos particulares resulten inequitativas, por la aplicacion estricta de disposiciones generales—Por las razones indicadas, en concepto del Fiscal, es razonable y procedente el indulto en el caso propuesto.





Enma. Cámara:—El Código Penal vigente no solo incide en el error manifiesto de considerar robo cualquier hurto verificado de noche, aunque no vaya acompañado de algún hecho de violencia ú otra circunstancia capaz de producir alarma, sino que en el artículo 320, al determinar según la importancia de los objetos sustraídos la pena de dos años de prision, sin computar los seis primeros meses de la preventiva, para el robo, cuyo valor *no exceda de quinientos pesos fuertes*, se expresa con tal vaguedad, que ha dado lugar frecuentemente á una cuestion gravísima y á resoluciones, que si bien pueden considerarse y resultar ajustadas á la letra, son tambien, por otra parte, sobradamente duras.

Siendo un principio inconcuso de la Jurisprudencia criminal, en materia de hurtos y robos, que la gravedad del delito es, y de consiguiente la pena debe ser proporcionada al valor del robo: el cual si no determina por sí solo, contribuye al ménos á determinar la importancia moral del hecho, se deduce de ésto que una pena tan sería como la de dos años y medio de prision, no puede, ni debe aplicarse á hurtos de un valor insignificante.

«El daño, dice Haus, hablando de la influencia de las circunstancias atenuantes, que la infraccion ha causado, ó el peligro que ha producido, puede ser de poca importancia. El robo cometido aun con ayuda de escala y de muchas personas, de algunos objetos de mínimo valor, dentro de un patio ó un jardín, no merece ciertamente la pena de reclusion. La pequenez del crimen ó del delito, bajo el punto de vista de su materialidad, es, pues, una circunstancia atenuante, que se refiere al hecho mismo.» Derecho Penal Belga, t. I, núm. 577.

Así, pues, aunque el enunciado artículo 320 del Código Penal declare en general, que el robo, comprendiendo cualquier sustraccion verificada de noche, deba castigarse con dos años de prision, cuando el valor de los objetos no excede de quinientos pesos fuertes, el Fiscal entiende que esta disposicion solo es aplicable á los casos en que dichos obje-



tos tengan cierta importancia, que merezca la formacion de un proceso escriturado.

En todas las Provincias argentinas, con excepcion, tal vez, de la de Buenos Aires, cuando el delito contra la propiedad, versando sobre un valor insignificante, no reviste alguna circunstancia que lo agrave, sin formalizarse proceso por cosas que en realidad no lo merecen, es castigado solamente por la Policia ó por los Jueces de Paz con algunos dias de arresto, sin que el exponente pueda darse cuenta de la razon de la indicada excepcion que, en su concepto, viene á ser una verdadera anomalia.

El Código Penal á su juicio no ha supuesto, ni podia presumir razonablemente, el que por objetos insignificantes y de mínimo valor, contra todo lo que dicta la equidad, se formasen procesos en los Juzgados del Crimen, y se diese en ellos una aplicacion inadecuada á la referida disposicion del artículo 320.

El Fiscal lo ha representado en infinitas ocasiones, y si alguna vez no ha insistido, ha sido convencido de la inutilidad de sus esfuerzos para hacer prevalecer la doctrina que considera más fundada; pues, que V. E., creyendo que debia ajustarse con estrictez á la letra de la citada disposicion, redactada por cierto en términos demasiado absolutos, ha resuelto constantemente en sentido contrario.

Sin embargo, esta interpretacion de la disposicion penal que nos ocupa, no carece seguramente de dificultades, produciendo con frecuencia condenas estremadamente duras y llevándonos á consecuencias inaceptables.

Así, una pobre mujer que, al hacer sus compras en una tienda, llegase á sustraer de noche un pañuelo de algodón, seria condenada por robo á dos años de prision, sin computársele el tiempo que durase el proceso, mientras no excediera de seis meses.

Así hemos tenido procesos y se ha impuesto la indicada pena, con la agravacion expresada, por sustraccion de varias gallinas que el ladron no aprovechó, por el valor de un car-



nero comun, por una lata de aceite, por un tarro de aceitunas, por un sombrero ordinario, por una docena de alpargatas; en fin, el que ahora nos ocupa, por un pañuelo de manos, una tijera y una boquilla.

Estos procesos por tales fruslerías, que vienen todos en apelacion ó en consulta, no solamente producen penas desproporcionadas, sino que distraen tambien la atencion del Tribunal Superior, que conveniria se contrajese exclusivamente á causas de mayor importancia.

El Fiscal impugnando, en cumplimiento de su deber y segun lo ha entendido, el sentido atribuido al precitado art. 320 del Código Penal, ha observado tambien que en este camino, extraviado en su concepto, muy bien podrían venir luego procesos por sustraccion de una caja de fósforos, un paquete de agujas ó de cigarrillos, y que, en el rigor lógico de los principios sentados, habria que aplicar á tales delitos la misma pena mencionada de dos años de prision.

Resulta de lo espuesto, que el penado Gabriel Rodriguez, autor del hurto mencionado, por quien hoy solicita gracia la madre, ha sido juzgado, sin duda alguna de un modo riguroso, si se tiene en cuenta el escasísimo valor de los objetos sustraídos.

Lo mismo resulta si se toma en consideracion su poca edad, que á la época en que delinquiró, no alcanzaba á diez y ocho años, edad en que mientras las pasiones son en extremo violentas, falta por otra parte el contrapeso de la esperiencia y la reflexion.

La responsabilidad moral no puede pues ser la misma en la primera edad que aun no llega á los diez y ocho años, que en un hombre ya formado, cualquiera que sea el delito de que se trate: y si la pena ha de ser proporcionada á la gravedad de la falta, es indudable tambien que debe atenuarse.

Tanto mas debe ser esto así, cuanto que siendo uno de los objetos de la pena la reforma del culpable, ésta es mucho mas fácil, respecto á las faltas que se cometen en una edad tierna, que si se tratase de corregir á un hombre ya maduro.



El artículo 166 del C. Penal reconoce en efecto, y consagra espresamente este principio, que con mayor razon deberia tener aplicacion en los delitos leves, nacidos las mas veces de ligereza y no de perversidad, que tratándose de crímenes ó delitos atroces, que suponen siempre gran malicia.

Con todo, entrando dicho artículo á determinar la proporcion en que las penas se han de rebajar, en atencion á la menor edad inferior á diez y ocho años, solo la establece respecto á las penas de muerte, presidio ó penitenciaria, olvidando establecerla con relacion á las otras.

No debe, con todo, deducirse de aquí, que en los otros delitos mas leves, á los cuales no sean aplicables las indicadas penas, no haya de hacerse atenuacion en las que les corresponden; lo cual sería una inconsecuencia, habiendo mayor motivo para admitirse; sino que en esto se ha dejado mayor latitud de facultades á los Tribunales.

Segun puede verse, la indicada disposicion de nuestro C. Penal, al determinar la edad de diez y ocho años, como la de completo discernimiento, atenuando la pena en los delinquentes que no la hayan cumplido, concuerda con lo dispuesto en el inciso 2º, art. 9 del C. Penal Español.

Ahora bien, todos sus comentadores consideran general y aplicable á cualquier especie de delitos la indicada causa de atenuacion; debiendo por tanto estimarse de la misma manera en nuestro Derecho Penal.—Pacheco, C. Penal, t. I, pág. 144, núm. 19.—Caravantes, pág. 50, núms. 3 y 4.—Goyena, t. V, Derecho Penal, pág. 65, núm. 170.

Esto no obstante, la indicada disposicion de nuestro Código se ha entendido de diverso modo; y en la práctica actual, mientras se atenúa la pena á favor de los menores que no han cumplido diez y ocho años, tratándose de crímenes ó delitos graves; en los leves se les impone la pena comun sin moderacion alguna.

Así se ha hecho con el reo Rodriguez, que tambien bajo este respecto ha sido juzgado por principios en extremo rigurosos y muy controvertibles; resultando de lo espuesto que



bajo cualquier aspecto que se considere la pena de que se pide gracia, ha sido sumamente dura, y por lo mismo el indulto sería fundado y equitativo.

Uno de los objetos principales de la facultad constitucional de indulto, concedida al Ejecutivo, en la opinion unánime de los publicistas, es ciertamente el de corregir el rigor que en casos dados pueda resultar en las penas, de la aplicacion de las disposiciones generales del Código ó de su inteligencia é interpretacion por los Tribunales, que al fin no son infalibles.

El Fiscal no trepida en afirmar y cree haberlo demostrado claramente con lo que deja espuesto, que el presente es uno de esos casos; considerando que una falta tan leve como la de Rodriguez, se encuentra ya sobradamente compurgada con la prision de cerca de dos años que lleva sufrida.

Por lo demás, al Presidente le asiste incontestablemente el derecho de indulto derivado de una cláusula constitucional tan lata, que comprende toda especie de delitos contra la Nacion, es decir, que se hallen sometidos al fuero federal, ó cuyo juzgamiento no corresponda á los Tribunales Provinciales.

La reglamentacion del derecho de gracia contenida en el C. Penal vigente, siendo relativa quizi al Ejecutivo Provincial, no es aplicable á las atribuciones del Presidente de la República.

Estas nacen únicamente de la Constitucion Nacional, y no admiten otras restricciones que las establecidas en ella; no debiendo por tanto, considerarse las disposiciones del C. Penal, en la materia de indulto, de otra manera que como reglas ordinarias de prudencia, que conviene sin duda consultar.

Buenos Aires, Agosto 14 de 1884.



Solicitud de los Defensores de Pobres al Ejecutivo, para que se les señale sueldo

SUMARIO :

Desde luego parece una anomalía el que siendo retribuidos los servicios de todos los funcionarios de la Administración Superior de Justicia, solamente los Defensores cuyos deberes son delicados y muy gravosos sean gratuitos—El origen de esto se encuentra en las instituciones coloniales; pues en los antiguos Cabildos, que por lo regular se componían de hombres pudientes que servían gratis, cada año se designaba uno de sus miembros para que ejerciese las funciones del indicado cargo, con el título de Regidor Defensor de Pobres—Suprimidos los Cabildos después de la revolución, las funciones del Defensor se encomendaron á algun sujeto respectable, dándosele Asesor; y mas tarde á uno ó mas abogados; pero desde entonces, en casi todas las Provincias fueron retribuidos—En la de Buenos Aires se han conservado sin embargo gratuitas, quizá en consideración á la obligación que tenían los abogados de defender gratuitamente á los pobres—Tal obligación en realidad no puede considerarse subsistente en el régimen actual; desde que siendo compensación á las exenciones y privilegios que disfrutaban, estos no se conservan—La Constitución en efecto, suprimiendo las distinciones nobiliarias, establece además la igualdad de las cargas, con lo que destruye los privilegios de los abogados; pero tambien deben cesar sus gravámenes especiales—Los empleos puramente honoríficos y sin sueldo, no son conformes á la índole de los gobiernos democráticos; pues así como en ellos á nadie debe eximirse del impuesto, todos los servicios deben ser retribuidos; y á nadie se han de exigir gratuitos—Esta es la doctrina que ha prevalecido en Estados Unidos; habiéndose discutido el punto, con motivo de la dieta, que se trataba de acordar, y en efecto fué acordada á los Diputados—Opiniones al respecto, de Labulaye, Tocqueville y Story, que sostienen y justifican la enunciada doctrina—Además, siendo esencial en el gobierno libre el principio de la responsabilidad de los Funcionarios, esta no

podría hacerse efectiva, mientras aquellos sirvan sus empleos por obligación y gratuitamente.—La falta de sueldo impone también la necesidad de cambiar con mucha frecuencia á los Defensores, lo cual produce resultados perjudiciales.—Acordándose á estos funcionarios una remuneración equitativa, la Defensoría podría organizarse y reglamentarse mejor, con lo que éste ramo del servicio público ganaría mucho.



Excmo. Cámara : — El Fiscal ha tomado en consideración la solicitud elevada al P. E. por los Defensores de Pobres, para que se señale un sueldo en retribución de sus servicios; sobre la cual petición aquel pide ser informado, y V. E. ha querido también oír el dictamen del esponente, quien deseándolo ilustrar el asunto, pasa á manifestar su opinión, y fundarla en las reflexiones que el estudio de este le ha sugerido.

Desde luego, tratando de averiguar el origen é indagar la causa, de que un empleo tan pesado y de tanta responsabilidad, cual es la Defensoría de Pobres, á cuyo cargo se encomiendan intereses tan caros y preciosos, como la vida, la libertad y el honor de los que, siendo procesados, no pueden costear un abogado particular, sea gratuito, y carezca de toda compensación, lo que en verdad parece una anomalía, desde que todos los puestos de la Administración de Justicia en el grado á que aquel corresponde, son retribuidos, se hace necesario remontar á tiempos muy distantes ya de los nuestros.

El origen de esta extraña institución viene manifestamente de los antecedentes coloniales: pues por mas que hayan cambiado las ideas, el sistema de gobierno y las costumbres de la época colonial, se notan todavía de vez en cuando, aquí ó allá restos y vestigios de aquella época en las instituciones vigentes.

Bajo el antiguo régimen, los empleos consejos, que por lo regular recaían en personas pudientes de las familias mas notables, eran obligatorios, y sin embargo gratuitos y puramente honorarios; comprendiéndose en ellos la Defensoría de Pobres; pues entre los miembros del Cabildo debía elegirse y se elegía uno anualmente, que con el título de Regidor Defensor de pobres, desempeñaba aquel destino.



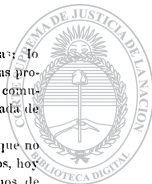
Después de la revolución que tantas innovaciones ha ido introduciendo sucesivamente, y sobre todo después que por un error que nunca será bastante lamentado, se suprimieron los Cabildos, considerándoseles contrarios al nuevo sistema y las libertades públicas; cuando el régimen municipal es precisamente su mejor apoyo, y la base del gobierno constitucional, como lo establece y declara con razón nuestra Constitución, las funciones que antes desempeñaba uno de los Regidores, se encomendaron á un vecino de los mas distinguidos con el mismo título de Defensor de Pobres, dándosele Asesor; y mas tarde á un abogado.

En las otras Provincias este empleo como los demás de la Administración Superior de Justicia, fué desde entonces retribuido; y así permanece en todas ellas; pero en la de Buenos Aires respetándose la antigua tradicion, ó bien por consideracion al deber que las leyes generales imponian á los abogados, de defender gratis á los pobres, se conservó todavia gratuito y obligatorio.

Mas ¿hasta qué punto puede admitirse que subsista en los abogados aquella obligacion? ella fué sin duda una carga de la profesion compensada con los privilegios que ésta disfrutaba en el órden social, entre ellos los de la nobleza adquirida, que comprendia ciertamente, la exencion de impuestos personales; siendo por tanto la espresada obligacion la manera en que los abogados participaban como ciudadanos, de las cargas públicas.

Se comprende desde luego, que hoy no se conservan ni podrian subsistir tales exenciones y privilegios opuestos al sistema democrático, que no admitiendo distincion de clases establece la igualdad ante la ley, la que debe además ser una misma para todos los que se encuentran en idénticas condiciones; principio que sobre todo debe hacerse efectivo en materia de impuestos, y en lo que concierne á las cargas públicas.

Así lo establece nuestra Constitución desechando por una parte toda distincion nobiliaria, y al declarar por otra, que



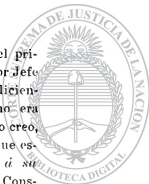
las contribuciones serán equitativas y proporcionadas; lo cual explica el Dr. Alberdi, que consiste en que todas las profesiones concurren sin escepción, á costear las cargas comunes; y en que lo verifiquen con una porcion proporcionada de sus provechos y emolumentos.

Así se practica tambien salvo odiosas escepciones, que no deben mantenerse; y por lo que respecta á los abogados, hoy se encuentran patentados, lo mismo que los individuos de cualquier otra profesion; lo cual es ciertamente muy justo en virtud del principio de igualdad que como se ha espuesto, es fundamental, en el sistema de gobierno que hemos adoptado.

Mas, segun se deja ver, por virtud del mismo principio, deben cesar tambien las cargas especiales que por vía de compensacion á las exenciones que disfrutaban, pesaban sobre ciertas clases; á cuyo número pertenecia sin duda alguna, la obligacion en los abogados de defender gratis á los pobres; pues á su vez esta carga hoy sería injusta y no tendría razon de ser.

Surge lógicamente de los principios que dejamos espuestos, ser poco compatible con la índole de las instituciones democráticas, la existencia de empleos gratuitos y obligatorios, aunque honrosos, que se explican mejor y se armonizan mas, con los fundamentos de las monarquías, que descansan sobre el honor; pues en aquellas, así como á nadie debe eximirse de concurrir proporcionalmente á las cargas del Estado, á nadie debe exigirse tampoco, servicios gratuitos, que importan un gravámen especial y casi siempre desproporcionado.

Tal es tambien la doctrina que ha prevalecido entre los Norte-Americanos, cuyas prácticas debemos imitar, ya que hemos adoptado sus instituciones: pues allí el punto de los servicios gratuitos fué discutido principalmente con motivo de la dieta que se trataba de acordar á los Diputados y Senadores; siendo resuelto en el sentido que hemos indicado, de la injusticia é inconveniencia de los espresados servicios. Oigamos sobre esto á Laboulaye, Tocqueville y Story.



«¿Deben ser pagados los Representantes? pregunta el primero: la Escnela Constitucional, responde, que tiene por Jefe á Benjamin Constant y sus amigos, se oponían á ello diciendo que esto empequeñecía á los Diputados, y que no era conveniente el que se pudiese dudar de su desinterés. No creo, agrega, bastante convincente este argumento. La idea que es-timo mas ajustada á la razon, es *que nadie debe servir á su País*, por favor y casi displicente». Estudios sobre la Constitución de los E. U., t. 2º, Conf. XIV, pág. 84.

El segundo se expresa así: «Establecer funciones gratuitas, es crear una clase de funcionarios ricos é independientes; es formar el núcleo de una aristocracia. Cuando una República democrática hace gratuitas las funciones retribuidas, creo que camina hácia la monarquía. Y cuando una monarquía empieza á retribuir las funciones gratuitas, es señal segura de que avanza hácia el despotismo ó hácia el republi-canismo. La sustitucion de funciones retribuidas á las funciones gratuitas me parece pues, constituir por sí sola, una verdadera revolucion. *Yo considero como uno de los signos mas visibles del imperio absoluto que ejerce la Democracia en América, la falta completa de funciones gratuitas*». De la Democracia en América.—Libro 2º, Cap. V, Par. 5º, pág. 167.

Story exponiendo lo dispuesto en la Seccion VI del artículo 1º de la C. de los Estados-Unidos, recuerda la discusion habida sobre la retribucion de los servicios; y menciona entre los argumentos de los partidarios de este sistema, el de que no habia razon para alejar de los negocios públicos, á hombres de talento y de probidad reconocidos, á causa solamente de su pobreza, afirmando además ser aquella la opinion mas popular, y la que aun antes de sancionarse la Constitución habia ya prevalecido en la práctica. Comentario.—Lib. III, Cap. XII, Nº 440.

Hay en fin, otra razon, no menos poderosa, que las indicadas por estos autores, que aboga enérgicamente en favor del sistema de retribuir competentemente todo servicio pú-



blico; que consiste en que siendo respecto al buen desempeño de los Funcionarios Públicos, una de las principales garantías, la de su responsabilidad; la cual debe ser eficaz y poder hacerse fácilmente efectiva, desde luego se armoniza mal con la exigencia de servicios gratuitos y obligatorios.

En efecto, dicta el buen sentido que tratándose de rescindir á los Funcionarios Públicos, por descuidos ó faltas cometidas en el desempeño de sus cargos, habria necesidad de emplear demasiada indulgencia, pues la equidad se opondría manifestamente, y reclamaria con energía de que se procediese de un modo severo, respecto de personas que sirven obligadas, gratuitamente y por puro patriotismo.

Ahora contrayendo estos principios, con motivo de la solitud de que se trata, á los servicios que prestan los Defensores de Pobres, hay que reconocer en justicia que no solamente son bastante pesados, sino tambien de mucha responsabilidad, por cuanto su falta de competencia ó de estudio y dedicacion en las causas que patrocinan, y aun el mas leve descuido de su parte, pueden acarrear gravísimos perjuicios á los interesados.

Es constante por la experiencia que en todas las artes y en cualquier profesion, el ejercicio y la práctica de los que á ella se dedican producen la destreza, impulsando el adelanto y la perfeccion: eso mismo sucede sin duda alguna, en la profesion del abogado y en el desempeño de las funciones pertenecientes á la Administracion de Justicia, que conviene por tanto sean estables y permanentes.

Esto sería imposible sin embargo en la Defensoria de Pobres, mientras sea servida gratuitamente, pues la necesidad de alijerar la carga, ó siquiera hacer menos oneroso el gravámen, obliga á aumentar el número de los Defensores y á nombrarlos con frecuencia, turnando anualmente entre los abogados mas jóvenes: lo que fuera de duda, es perjudicial: porque no bien éstos han adquirido cierto grado de conocimientos, son reemplazados por otros mas bisoños todavía.

La designacion de un sueldo proporcionado, traería la permanencia, ó siquiera menor movilidad en el personal de la Defensoría, que podría disminuirse entonces; y también reglamentarse mejor este servicio, exigiéndose á los Defensores la visita mas frecuente en las Cárceles, que sería de desearse, como el exponente lo ha representado varias veces á V. E.

No se divisa, ni podría asignarse razon alguna para que tales servicios fuesen gratuitos; por el contrario, al estudiarse semejante institucion, que solo se explica por un resto de las tradiciones coloniales, se presenta como un anacronismo y una anomalía en la época presente, en los principios que han prevalecido y en el sistema democrático que hemos adoptado, basado principalmente en la igualdad.

Si esta se opone realmente á los privilegios y exenciones, exigiendo que todos los ciudadanos participen de las cargas públicas y contribuyan á los gastos comunes, en sentido contrario, no se opone menos á que algunos sean excesivamente gravados, imponiéndoseles sin proporcion, además de los deberes comunes que pesan sobre todos, ciertos servicios forzados y gratuitos.

Tales instituciones enteramente desconocidas en los Estados-Unidos, cuyas prácticas nos sirven de modelo, son tambien viciosísimas: porque pudiendo excluir por una parte á causa de su pobreza hombres de talento y de probidad reconocidos con daño de los intereses públicos, desvirtuan por otra necesariamente en la práctica, el principio de la efectiva responsabilidad de todo Funcionario, que debe considerarse tutelar y salvador para el Pueblo.

En mérito de estas consideraciones, que el Fiscal somete gustoso á la ilustrada apreciacion del Tribunal, no trepida en manifestar: que encuentra bien fundada y justa la solicitud de los Defensores de Pobres, que se le ha comunicado en vista, en cuanto se contrae, á que se les señale para lo sucesivo un sueldo proporcionado y equitativo en compensacion



de sus servicios opinando que en este sentido debe V. E. informar al Ejecutivo.

No piensa lo mismo sin embargo, respecto á que la indicada compensacion deba comprender tambien, los servicios prestados el año pasado, pues en realidad el Estado no los debe en justicia; tratándose solo de modificar una institucion poco razonable, pero que hasta ahora ha regido con todo, sin reclamacion alguna; fuera de que el accederse en esto á dicha solicitud, estableceria un precedente, no solo irregular, sino en extremo propenso al abuso.

Buenos Aires, Enero 21 de 1884.



VISTA LI

SOBRE PUBLICIDAD DE LOS ACTOS JUDICIALES

SUMARIO:

Peticion de uno de los Escribanos de Registro solicitando un acuerdo en que se prohiba á los diarios la publicacion de cosas que puedan perjudicar—Establecido el sistema de publicidad en todos los ramos de la Administracion, se aplica tambien á los tribunales, secretarias y registros—Casos de escepcion, como sería el contenido del sumario en causas criminales, ó aquello que se prohiba especialmente, en obsequio de la moral para evitar escándalo—Al establecer la ley el registro especial de varias clases de contratos y documentos, lo que procura es precisamente la publicidad—En las demás ningun Escribano es obligado á dejar inspeccionar sus registros sino por orden de juez competente; y debe guardar la reserva conveniente, sin que para esto sea necesario acuerdo—Resoluciou del Tribunal Superior en este sentido.

Exma. Cámara:—El Fiscal se ha instruido por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, de la solicitud del Escribano con Registro de Comercio, D. Porfirio Lopez en la cual refiriendo la costumbre que se ha introducido de que los periódicos publiquen, sin permiso especial, noticias referentes, no solamente á los procedimientos judiciales, sino tambien á los contratos y escrituras que se otorgan ó se registran ante los Escribanos; lo cual suponiendo que muchas veces es perjudicial á los interesados, por enanto puede afectar su crédito mercantil, ó por otras causas, considera abusivo; pide que V. E. lo remedie por medio de un acuerdo; en que se prohiban tales publicaciones.





En lo que respecta á las providencias y resoluciones judiciales, probanzas y escritos presentados en los juicios, desde que existe libertad de la prensa, y se ha introducido el principio de publicidad en la Administracion Pública, aunque antes sucediera de otro modo, han de considerarse en concepto del Fiscal, lícitas y permitidas tales publicaciones, salvo casos de excepcion, como sucede en las causas criminales, mientras se encuentran en sumario, el cual por su naturaleza debe ser secreto, pues la publicidad inoportuna impediria la indagacion de los delitos y ejecucion de las medidas preventivas, prision, embargo y demás.

Otro tanto sucede cuando pudiendo la publicacion producir escándalo y afectar la moral pública, el Juez la prohíba, como debe hacerlo; pero fuera de estos casos la publicidad es útil y provechosa á la generalidad, aunque á la vez tenga algun inconveniente para determinadas personas.

Al establecer la ley la formalidad del Registro, en ciertas y señaladas especies de escrituras, como poderes mercantiles, sociedades, dotes, hipotecas y demás gravámenes sobre las fincas, lo ha hecho precisamente procurando la publicidad, á fin de que estos actos, con las condiciones que los constituyen, lleguen á noticia de todos y les sirva de resguardo, evitándose el perjuicio de tercero.

Así, por ejemplo, en una sociedad conviene á todos conocer quiénes son los verdaderos socios, el capital que cuenta, los negocios á que debe aplicarse, el tiempo que ha de durar, y quiénes son los administradores autorizados para llevar la firma social.

Lo mismo debe decirse del registro de dotes, propiedades raíces, hipotecas y gravámenes; pues al contratar con una persona, conviene que nadie se engañe respecto á la responsabilidad con que cuenta para satisfacer sus compromisos. fincas que pretenda poseer y gravámenes á que puedan encontrarse sujetas.

Es posible, sin duda, que el registro y la publicidad de los



actos indicados, llegue á retraer á algunas personas de celebrarlos y que afecten tambien desfavorablemente el crédito de otras; pero esto ni debe deplorarse ni sería razon para prohibir aquello; pues de otro modo vendrian mayores daños, resultando con frecuencia perjudicadas muchas personas que, por falta de conocimiento de la verdad, tratasen con quien no debieran, ó que no tuviese responsabilidad efectiva.

En fin, en lo que concierne á los demás contratos y escrituras, nadie puede inspeccionar el registro de un escribano, sino por orden de la autoridad competente, en los casos previstos por las leyes; y dichos escribanos están en su perfecto derecho para prohibir á sus dependientes, el que dejen tomar copias ó extractos de los registros, como tambien el que suministren datos acerca de lo que contienen; sin que para esto sea necesario un acuerdo especial de V. E.

Resulta, pues, de lo expuesto que no debe dictarse en manera alguna, el que se solicita por el escribano Lopez; porque, ó bien sería innecesario, desde que los escribanos son obligados á guardar la reserva que se les encarga de los actos que la requieren; ó bien vendria á aplicarse á aquellos que, segun las prescripciones de la ley, en vista del interés general, deben ser, y conviene que sean públicos.

Por estas razones, el Fiscal opina: que no debe hacerse lugar á la referida solicitud.

Buenos Aires, Mayo 8 de 1883.

Gerónimo Cortés.

Hé aquí la resolucion de la Cámara:

Buenos Aires, Mayo 12 de 1883.

Por las razones expuestas por el Sr. Fiscal en su vista precedente:—No ha lugar á la solicitado en el escrito de f. primera y archívese.

BUNGE

PARDO
PERALTA

BENITES
BARRA

Ante mí—

C. Miguel Perez,
Secretario.

VISTA LII

Ejecucion de las condenaciones civiles en causas criminales

Exma. Cámara:—Instruido el Fiscal, por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, de la apelacion interpuesta por D. Francisco Baldizoni, del auto en que el Juez del Crimen se declara incompetente para hacer efectiva la obligacion de dotar á la menor robada, impuesta al procesado Constantino Poggi, por via de indemnizacion dice: que en su concepto es legalmente fundado y procedente el indicado recurso, al cual debe hacerse lugar.

Se trata, Exmo. Señor, únicamente de la ejecucion de lo resuelto y sentenciado; y es indudable que emanando la sentencia de la jurisdiccion criminal, es á ella misma á quien corresponde hacerla efectiva llevándola á ejecucion, aun cuando comprenda indemnizaciones civiles.

Si bien el Código Civil establecía una completa separacion entre la accion penal y la civil, prohibiendo expresamente el acumularlas, esto ha sido variado y corregido por el Código Penal, que por el contrario establece que toda vez que se declare al procesado autor de un delito, se le deba condenar al mismo tiempo á la indemnizacion de los perjuicios.

Es regla general de procedimientos, que es Juez competente en todos los incidentes y emergencias de una causa, el que lo es para conocer y resolver en el asunto principal; como tambien la de que, la ejecucion de la sentencia corresponde al mismo Juez que la pronunció.





Esta regla, Exmo. Señor, es por otra parte, muy fundada y razonable; porque evita dilaciones y gastos que vendrian necesariamente de la multiplicidad de los juicios.

La ejecucion está además intimamente conexas con la sentencia misma, acerca de cuya inteligencia, sobrevienen frecuentemente dificultades que es indispensable resolver en el espíritu de aquella, que nadie podria interpretar mejor que los mismos Tribunales, que la hubieren pronunciado.

Solamente los Jueces árbitros ó los comisionados para entender y resolver, deben limitarse á pronunciar el fallo, pues carecen de jurisdiccion para ejecutarlo; lo cual no es aplicable de modo alguno, á los Tribunales ordinarios del crimen que poseen el nro y mixto imperio; es decir sentencian y hacen ejecutar sus resoluciones.

Así se encuentra establecido, Exmo. Señor; y así ha debido ser tambien; pues de otra suerte las resoluciones pasadas en cosa juzgada podrian ser desvirtuadas, tergiversadas ó eludidas en la ejecucion; quedando tambien burlada la autoridad de los Jueces que las pronunciaron, sin medio alguno para hacerse respetar é imponer la obediencia á sus resoluciones.

El Código Penal, no solo establece la indemnizacion de los daños causados por delito, sino que determina tambien la manera de regularla y de hacerla efectiva; lo cual denota claramente la competencia del Juez del Crimen, á quien corresponde siempre la aplicacion del Código Penal.

No existe la práctica contraria que se alega, antes bien, el exponente recuerda, que habiendo resuelto el Juez Correccional en un asunto, que la parte interesada debia ocurrir al Juez Civil, para la ejecucion de las costas, apelada esta resolucion, V. E. tuvo á bien revocarla, declarando que era el mismo Juez Correccional, quien debia practicar la referida ejecucion.

Otro tanto debe decirse por identidad de razon, sobre la ejecucion de las multas; y en fin, de las reparaciones ó in-

demnizaciones prescriptas por la sentencia recaída en el juicio criminal.

Por estas consideraciones se persuade el Fiscal que debe oponerse á lo resuelto en este caso sobre el particular por el Juez del Crímen; y solicitar como lo hace la revocacion del auto apelado.

Buenos Aires, Julio 25 de 1883.



VISTA LIII

Nullidad reclamada en el Juzgado del Crimen, de un proceso iniciado por la autoridad militar.

SUMARIO:

Aunque la autoridad militar no ha resultado competente para juzgar el delito, lo era sin duda para levantar un sumario en esclarecimiento de los hechos—Por consiguiente éste no debe anularse, como no se anularía tampoco, cuando levantado por el Juez Correccional, resultase después que la causa correspondía al del Crimen ó vice-versa—Segun la Jurisprudencia establecida, la ratificación de los testigos en el término probatorio no es un trámite esencial—El Defensor la renunció tácitamente dejando de solicitarla, y tampoco ha tachado á los testigos por defecto de forma en el exámen—En los juicios no pueden renunciarse los trámites esenciales al descubrimiento de la verdad; pero sí, los que no lo sean—Una vez descubierta aquella conforme á la ley Recopilada, debe juzgarse por ella, no obstante cualquier defecto de forma en el proceso, no reclamado por la parte—El hecho materia de la causa, resulta completamente esclarecido y la resolución apelada es justa.

Exma. Cámara:—Por mas que la autoridad militar fuese efectivamente incompetente para juzgar el hecho de que se trata, un homicidio, porque aunque cometido por un soldado de línea contra otro, no constituye sino un delito común, no lo era sin embargo para instruir una información indagatoria de lo ocurrido, sin la cual aquel no podía ser clasificado legalmente, ni conocerse el Tribunal que debía juzgarlo.

Tratándose de un desórden y pelea entre cabos y soldados





de línea que produjo la muerte de uno de ellos, es indudable que podía resultar muy bien, comprometida la disciplina, interesada la autoridad militar, y competente el Consejo de Guerra para conocer en el asunto, y juzgar el homicidio mismo, si hubiese sido ejecutado por ejemplo, para reprimir el desorden, imponiéndose la obediencia por la fuerza, cuando este medio llegara á ser necesario ó no pudiera excusarse.

Así pues, en el presente caso, la autoridad militar obraba sin duda dentro de sus atribuciones, y sin excederlas en manera alguna, al proceder á levantar un sumario informativo sobre un desorden, pelea y homicidio, ocurridos entre personas pertenecientes á su fuero.

Es cierto, sin embargo, que apareciendo despues por el mismo sumario, que tales hechos habían tenido lugar fuera de las horas y lugares del servicio; mientras aquellos se hallaban en franquía, y bailaban en una casa particular, lo cual demostraba que solo debían ser considerados como delito comun, la autoridad militar venia á resultar incompetente para castigarlo, y debía remitir la causa á los Tribunales ordinarios.

Así lo hizo en efecto, y no habria habido razon alguna para anular el sumario levantado por ella: como no se anula el procedimiento seguido por el Juez Correccional, cuando apareciendo despues ser el delito á que se refería, de la competencia del Juzgado del Crimen, aquel le remite lo obrado para la prosecucion de la causa ó viceversa.

Así entendió el Juez del Crimen, que correspondía hacerse tambien en este caso; y considerando válido el indicado sumario, procedió á completarlo con la confesion del procesado; sin que entonces ni mas tarde en la defensa, aquel objecionase la legalidad de dicho sumario.

Hay mas aun: recibida la causa á prueba, por auto de fojas 42, el Juez *á quo* ordenó en él, que si las partes lo pedían. fuesen ratificadas las declaraciones de los testigos; y



esta providencia, habiéndoseles notificado, fué consentida, y quedó desde luego ejecutoriada.

El Defensor, lejos de reclamar en oportunidad la indicada formalidad, considerando sin duda, la de la ratificación de los testigos del todo vana é inútil, se abstuvo de exigirla, y prescindió completamente de ella.

No se le oculta al Fiscal, que tratándose de trámites importantes del juicio criminal que pueden estimarse como disposiciones de orden público, el Defensor no podría renunciarlos, pero cuando no exista la mas leve sospecha de falsedad é inexactitud en las declaraciones del sumario, la ratificación de los testigos, no ofrece en realidad ninguna nueva garantía, viene á ser una ceremonia inútil, y ocasiona además dificultades y demoras.

En tal caso, aquel principio legal no puede tener aplicación alguna, prevaleciendo la doctrina de que en los juicios, el consentimiento tácito ó expreso de la parte, subsana cualquier defecto de forma, cuya observancia no se haya reclamado en tiempo oportuno; por lo menos mientras su omisión no perjudique al esclarecimiento de la verdad de los hechos, la cual resulte suficientemente constatada, en términos que pueda pronunciarse sentencia sin el mas ligero temor de error, cual sucede en el proceso que nos ocupa.

Así lo dispone terminantemente la Ley 10, tít 17, Lib 4º, R. C. al determinar, que tanto en los pleitos civiles, como en los criminales, aun cuando falten algunas solemnidades de las que pudieran considerarse sustanciales al orden de dichos juicios, con tal que sea hallada y probada la verdad del hecho por el proceso, los Jueces que conociesen en los pleitos, los resuelvan y juzguen segun ella, sin que tales sentencias dejen de ser válidas por razon de las indicadas deficiencias del procedimiento, á menos que la parte interesada hubiera reclamado en tiempo oportuno la observancia de las formalidades omitidas.

En mérito, pues de estas consideraciones, y de acuerdo



con la disposicion legal que acaba de mencionarse, no puede hacerse lugar á la reposicion de la causa al estado de prueba solicitada por el Defensor, y corresponde la confirmacion de la resolucion pronunciada en primera Instancia, la cual se ajusta en todo al mérito del proceso y á las prescripciones legales que rigen el caso.

El Fiscal debe hacer notar que el Defensor nada ha tenido que observar respecto á la justicia de esta resolucion en el fondo, ni desconoce la estricta aplicacion de las disposiciones legales que en ella se citan, al hecho de que se trata: contrayéndose únicamente á impugnar la validez del proceso.

Declara el Defensor que en esta parte tampoco desconoce la validez del sumario mandado levantar por la autoridad militar y completado despues por el Juez del Crimen, y que antes bien, al solicitar la reposicion de la causa, al estado de prueba, por este mismo hecho reconocía y aceptaba la validez de dicho sumario.

Sin embargo, ese era el punto mas grave en realidad, que puede debatirse en este proceso, y que podría ciertamente suscitar serias dudas, á saber, si formada la sumaria por una autoridad, que mas tarde se reconoce incompetente, con todo, aquella deba ser considerada válida y subsistente; acerca de lo cual el Fiscal se remite á lo que tiene expuesto anteriormente.

El Defensor arguye solamente la falta de ratificacion en el término probatorio, de los testigos examinados en el sumario sin citacion del procesado; trámite que sostiene ser esencial á la validez de la prueba, y considera como una disposicion de orden público.

No faltan en verdad graves autores que sostienen esta doctrina; y el Fiscal mismo ha solicitado alguna vez la ratificacion de los testigos.

No puede desconocerse con todo, que la ley Recopilada que prescribia la ratificacion de los testigos, se refería única-



camente, á declaraciones tomadas por Receptores, y no por el mismo Juez de la causa.

Siendo esto así, no podría tener ya aquella disposicion aplicacion alguna. puesto que mas tarde se prohibió el que en causas criminales, los Jueces pudieran cometer el exámen de los testigos.

Sobre todo, no la tendría ciertamente en el caso presente: desde que se suponga, como lo reconoce el Defensor, que los testigos del sumario fueron examinados por autoridad competente para mandarlo formar.

V. E. ha declarado además en otras causas, que la ratificacion de los testigos del sumario durante el término probatorio, por las razones indicadas, no puede considerarse hoy dia, una solemnidad sustancial ó un trámite esencial, cuya omision de consiguiente podría producir nulidad.

Menos puede alegarla seguramente el Defensor en esta causa, conviniendo, cual sucede, en que el consentimiento de la parte subsana cualquier defecto en los procedimientos judiciales; porque mal puede negar haber consentido en que se omitiese la ratificacion, desde que, habiéndosela dejado el Juez á su discrecion él no se cuidó de solicitarla.

El auto en que se recibió la causa á prueba, contenía la cláusula de que en el mismo término que designaba, se ratificasen los testigos del sumario, *si las partes lo solicitaban*; ó lo que tanto vale, *á contrario sensu*, que los testigos no se ratificasen, si las partes no lo solicitaban.

Esta providencia á la cual no se hizo observacion alguna; antes bien fué tácitamente consentida, quedó desde luego ejecutoriada *ipso jure*; y mal podría ser reclamada ahora.

El Defensor no solicitó oportunamente la ratificacion á pesar de habérsele dejado á su discrecion: renunció, pues, ese trámite; consintió en su omision, y es tarde para que viniendo contra sus propios actos, arguya ahora de nulidad.

Tampoco puede decir, segun expone equivocadamente, que si no tachó por su forma las declaraciones del sumario, con-



sistió en que la causa fué recibida á prueba con todos cargos; porque precisamente esa calidad incluye tambien la de la tacha de los testigos por cualquier causa, que debe hacerse en tales casos, dentro del mismo término probatorio.

El Defensor, pues, dejando de oponer por la razon que indica la expresada tacha, procedió por cierto equivocadamente.

La falta de citacion de la parte á quien puede perjudicar, al recibirse la declaracion de un testigo, es sin duda alguna un defecto de forma.

Esta forma sin embargo puede renunciarse, pues que ninguna ley obliga á los interesados á asistir al exámen de los testigos.

Ahora bien, como uno de los objetos de la ratificacion en el término probatorio de los testigos examinados en el sumario, es el que subsane la falta de citacion del reo en sus declaraciones, y el que sean preguntados por las generales de la ley; la renuncia, de ese trámite, que segun hemos visto, hizo voluntariamente el Defensor, comprendía, es claro, el derecho de observar contra la validez de las declaraciones, dicha falta de citacion: no menos que si habiendo sido citado para presenciar el exámen de testigos, hubiese dejado de concurrir.

Hablando con la sinceridad que debe caracterizar la conducta del Fiscal, éste no puede desconocer que el caso *sub-judice* presenta serias dificultades y puntos difíciles á resolverse: pero es cierto, sin embargo, que son de poco momento las objeciones opuestas por el Defensor.

El Fiscal confia en la ilustracion del Tribunal; y concluye reproduciendo lo que deja expuesto en el exordio de esta vista.

Buenos Aires, Mayo 31 de 1882.

VISTA LIV

DELITO DE RAPIÑA

SUMARIO:

En los ataques contra la propiedad para graduar la pena, hay que tomar en cuenta su importancia, no menos que la reincidencia del delincuente, como sucede tambien respecto de ésta en todos los demás delitos.—Inteligencia del artículo 325 del Código Penal.

Excmo. Cámara:—El Fiscal en la causa seguida contra Bartolo Balza y Ramon Imbert por rapiña, expidiéndose en la vista comunicada, dice: que por los fundamentos de la sentencia apelada y lo que expondrá en contestacion á la expresion de agravios hecha por el Defensor, V. E. se ha de servir confirmar aquella resolucíon, devolviéndose el proceso á los efectos consiguientes.

El Defensor de Balza, Excmo. Señor, encuentra excesiva la pena establecida contra su patrocinado, en razon de que considera relativamente insignificante el valor del objeto arrebataado, y tambien por cuanto procede en la inteligencia de que al graduarse la pena no debe tenerse consideracion alguna á las condiciones personales del reo.

El admite como regla general en el Derecho Penal que nos rije, que el Juez al castigar á un reincidente, en atencion á la perversidad que esta circunstancia revela, pueda adoptar en justicia el máximo de la pena correspondiente al delito que trata de castigar, y aumentarla todavia con otra





igual á la que el procesado hubiese sufrido anteriormente.

Cree, sin embargo, que esta regla carece de aplicacion en el robo y demás delitos contra la propiedad, especialmente en el que constituye la materia de este juicio, ya por oponerse al tenor literal de la ley, como por resistirlo tambien la teoria en que se basa el Código en lo concerniente á la materia.

Al declarar el artículo 325 que el que arrebate una cosa de valor sufrirá de uno á dos años de prision *segun la gravedad del caso*; pretende el Defensor que lo que quiere decir es simplemente, segun la importancia del robo, porque en su concepto es de esta circunstancia tan solo, que debe deducirse la gravedad del delito.

Un caso, segun él, significa el hecho criminal que se persigue con absoluta prescindencia de las circunstancias que lo caracterizan, y de las condiciones personales del agente; mas este aserto se presenta desnudo de toda demostracion, es arbitrario é inadmisibile.

En el lenguaje jurídico se dice muy bien y sin impropiedad alguna, *un caso de alevosía ó un caso de reincidencia*, lo primero con relacion á las circunstancias con que se cometió el delito, lo segundo á las condiciones personales del procesado.

Apoyando el Defensor el sentido literal que atribuye al enunciado artículo del Código Penal, observa que si se le hubiese de dar diversa inteligencia la cláusula, *segun la gravedad del caso*, resultaria redundante, innecesaria é inútil; desde que ya en otra parte el Código, dejaba establecido lo mismo, como principio general respecto á la manera de graduarse la pena.

Puede ser exacta esta observacion; pero el argumento seria siempre demasiado flojo. Una misma cosa puede expresarse de mil maneras mas ó menos perfectas, y mientras no exista evidente impropiedad ó infraccion á las reglas gramaticales, no es suficiente para demostrar que una frase no



tenga el sentido que presenta á primera vista, el que éste hubiera podido expresarse mejor ó con mas perfeccion, de otra manera.

En materia de interpretacion, es conocido el argumento *ad-absurdum*, cuando de admitirse la inteligencia que se dá á la ley, resultaria la infraccion de un principio evidente é incontrovertible, ó bien se la pondria en contradiccion consigo misma, pero no es admisible el que para rechazar esa inteligencia se observe que el pensamiento se habria podido expresar de un modo mas correcto ó por una diccion mas esmerada.

En el mismo Código, el Fiscal podria fácilmente hacer notar varios sinónimos y palabras redundantes: aducirá un ejemplo solamente: en el artículo 266, se declara que no se procederá á formar causa por los delitos de adulterio, violacion, estupro ó rapto, sino por *acusacion* ó *instancia* de la parte interesada.

Entre tanto, el mismo autor del Código, explicando este artículo en la nota correspondiente de su proyecto, manifiesta en términos esplicitos, que la palabra *instancia* significa aquí exactamente lo mismo que *acusacion*, resultando, de consiguiente, redundante como innecesaria é inútil.

Pero el Defensor elevándose á la region de los principios, trata de establecer sobre la penalidad de los delitos contra la propiedad, una teoria filosófica que vendria á introducir extrañas novedades en la materia; pretendiendo haber sido adoptada y encontrarse consagrada en el Código Penal vigente.

Observa que entre los indicados delitos y los demás clasificados en el Derecho Penal existe la diferencia característica de que, mientras en estos el hecho principal es siempre el mismo, variando su gravedad solamente por las circunstancias que lo rodean ó por la condiciones del autor, en aquellos sucede al contrario; el hecho con referencia al valor defraudado ó hurtado puede variar, al infinito, siendo, sin embargo, la misma su moralidad, que ni guarda propor-



cion con el valor de que se trate ni con las condiciones del agente.

La sociedad, dice el Defensor, no castiga en guarda ó en reparacion de la moral, sino solamente en consideracion al daño que se le causa, el cual depende mas de las circunstancias del hecho, que del valor del robo ó las condiciones del autor, suponiendo además, ser una misma la gravedad moral de la accion, cualquiera que sea la importancia ó el valor del robo.

En todo esto, Exmo. Señor. hay una serie de proposiciones y de doctrinas tan extrañas, como infundadas é inadmisibles.

No es verdad que el daño causado no sea mayor, á medida que aumente el valor de lo robado, ó que tal circunstancia deje de influir en la moralidad de la accion; y consiguientemente en la gravedad del delito; sosteniendo el mismo Defensor que esta en la rapiña depende absoluta y exclusivamente, de la importancia del objeto arrebatado.

No es cierto, tampoco, que el Código deje de tomar en cuenta la importancia del ataque á la propiedad, aun cuando no haya creido necesario formar una escala detallada en las penas, y perfectamente proporcionada á los valores defraudados.

Entre los moralistas no hay uno solo que para determinar la gravedad moral del hecho, no distinga lo mas de lo menos, no admita parvedad de materia ó no atribuya, en fin, en igualdad de circunstancias, mayor gravedad al robo ó al hurto de una cantidad mayor.

Ni es exacto que á los ojos de la moral no exista diferencia de casos, con relacion á las condiciones del autor del delito, y á las de la víctima del mismo, pues aun cuando sea verdad que el objeto de todo robo es siempre, el apropiarse de lo ajeno, pueden ser muy diversas, sin embargo, las causas que hubieren obrado en el ánimo del criminal.

¿Quién no se sentiria dispuesto á la indulgencia respecto



de un pobre cargado de familia é imposibilitado de trabajar para proporcionarse la subsistencia, que oprimido por la miseria, llegase á cometer un hurto, con el objeto de remediar sus necesidades?

¿Quién, por el contrario, no se sentiría indignado contra el que sin carecer de nada é impulsado solamente por la avaricia llegase á defraudar á un pobre?

Sabemos que el Rey mas justiciero, al oir referir que un rico propietario y poseedor de muchas haciendas, teniendo que obsequiar á un huésped, reservó las suyas y hurtó la única oveja de un pobre vecino, interrumpió la relacion exclamando: «es reo de muerte y por lo menos ha de pagar el cuádruplo de su valor».

El Fiscal no admite tampoco la teoría de la penalidad establecida por el Defensor, profesando diversos principios respecto al origen del poder en la sociedad para castigar los delitos; y cree con Rossi, que aquella es intérprete de la justicia absoluta; que castiga en expiacion ó sea en reparacion del órden moral, sin el cual ella misma no podria conservarse ni subsistir; pues que le sirve de fundamento y sin la moral serian inútiles las mismas leyes *¿quid leges sine moribus?*

El Defensor olvida que uno de los caracteres principales de las penas, con excepcion de la de muerte, es el de reformadoras y correccionales; pues, que no solo se proponen la reparacion del mal causado á la sociedad, sino la mejora y enmienda del criminal; de lo cual se deduce que la pena debe ser proporcionada á este objeto.

Ahora bien, tratándose de la reincidencia, lo mismo en el robo que en cualquier otra clase de delito, no solamente hay mas responsabilidad por la mayor perversidad de una voluntad avezada al mal, sino que además es mucho mas difícil la enmienda del culpable, en quien el hábito llega á tener tal fuerza, que viene á formar una segunda naturaleza; y por consiguiente, la ley que se proponga corregirlo, necesita emplear medios mas eficaces y penas mucho mas graves.

En realidad, descendiendo á nuestro caso, nada tiene de ex-

cesiva ni exorbitante la de dos años de prision por la rapiña de un objeto del valor de doscientos pesos.

Si el artículo 321 castiga el hurto de cien pesos con un año de prision, tratándose de doscientos y de un ladrón reincidente para penarlo; dos años de prision, no tienen nada de exagerado, ni la sentencia apelada merece por tanto reforma en esta parte.

En cuanto al procesado Imbert, fuera de que el delito se hallaba prescripto al iniciarse su causa, tampoco está demostrada por pruebas suficientes la complicidad que se le suponía.

Puede presumirse ciertamente que procedió de mala fe en la adquisicion del reloj arrebatado á la señora de Anchorena, por la persona de quien lo compró, el ínfimo precio que dió por él, y, en fin, por haber tratado de evitar á toda costa el registro de su casa.

El Código Penal con todo, solo castiga esta especie de complicidad, cuando resulta ser costumbre en el procesado hacer esa especie de tráfico; mientras que, respecto de Imbert, no se justifica debidamente que ejerza aquella profesion.

Buenos Aires, Marzo 4 de 1882.



VISTA LV

DELITOS CONTRA LAS COSTUMBRES

SUMARIO:

Inteligencia del artículo 266 del Código Penal, que prohíbe el procedimiento de oficio, en los delitos contra la honestidad.

El Fiscal se ha instruido de la causa criminal seguida de oficio contra el vigilante que custodiando á varios menores en uno de los calabozos de Policía, y estando de centinela el día 13 de Abril del año pasado, como á las dos y media de la mañana, intentó forzar á otro niño y forzó efectivamente al menor N. N., cometiendo el delito nefando.

I

Hecho tan escandaloso é immoral resulta completamente comprobado en el proceso, así por los reconocimientos médicos que se han practicado del menor que fué víctima del delito, como por el mérito de las declaraciones que componen el sumario, las cuales no dejan lugar á duda de ningún género sobre la criminalidad del procesado; según lo establece también la sentencia apelada.

El vicio de que se trata, Exmo. Señor, cuando por desgracia llega á generalizarse en un pueblo, lo cual de consiguiente es necesario precaver é impedir á toda costa, denota





en este, el mayor grado de corrupcion: y no tarda seguramente en conducirlo, por la molicie de las costumbres á la decadencia de la raza, al envilecimiento y la abyeccion mas despreciable.

El crédito del país, la santidad de sus leyes y la vindicacion de la moral, exigen pues el castigo severo del hecho que sirve de materia á esta causa; porque su impunidad seria capaz de desvirtuarlas enteramente, haciendo perder á los malvados el freno del temor saludable á la autoridad de los Tribunales é inflexibilidad de las penas.

¿Qué delito mas repugnante y abominable! ¿Qué mayor malidad que escandalizar y pervertir infelices criaturas! ¿Y si esto se hace empleando la violencia? ¿Si sucede en la Policía, encargada de velar por las costumbres? ¿Si lo ejecutan, en fin, los mismos guardianes del orden público y salvaguardas de los derechos individuales?

¿Qué falta entónces á constatar en esta Capital el estado social mas deplorable, sino el que como en Sodoma, los transeuntes sean injuriados por las calles? ¿Qué faltaría para patentizar la mas completa relajacion de las costumbres, y hasta la ausencia de los sentimientos de indignacion general que un hecho tal debiera despertar?

Una cosa falta, Exmo. Señor, pero que no es de recelarse felizmente el que llegue á realizarse mediante la reconocida integridad de V. E., y que en todo caso no sucederá sin la mas enérgica oposicion por parte del Fiscal en nombre de la conciencia pública, la impunidad en los Tribunales de un tan grave atentado contra el pudor, completamente exclarecido y comprobado.

Sin embargo, esto es lo que importa ó poco menos, la resolucion pronunciada en primera Instancia, en que, á pesar de declararse comprobado legalmente el enunciado delito, invocándose sin oportunidad, la disposicion del artículo 266 del Código Penal, al que se dá una inteligencia extensiva y equivocada, se decide que no ha podido procederse contra él de



oficio en el caso *sub judice*, y se le pena solamente con multa, considerado como abuso de autoridad.

Aunque es verdad que la Jurisprudencia moderna, distinguiendo la moral del derecho, ha introducido muchas modificaciones en lo concerniente á los delitos contra la honestidad, declarando tambien en el mismo sentido nuestra constitucion en el artículo 19, que las acciones de los hombres que de ningun modo ofendan la moral pública, deben quedar reservadas á Dios y que se hallan exentas de la autoridad de los Magistrados, no se encuentran en este caso, ni deben quedar impunes, las que de cualquier modo ataquen el pudor y las costumbres, por hechos de grave escándalo y trascendencia como el que sirve de materia á la presente causa.

II

Mientras este repugnante y vergonzoso delito se cometa á ocultas y sin mediar violencia ú otra circunstancia especial que lo caracterice, no habria ciertamente conveniencia en producir el escándalo tratándose de indagarlo; pero si por el contrario trasciende al público y ha producido ya aquel resultado, tampoco debe quedar sin castigo y tan severo que baste á reprimirlo.

Este delito, dice Pacheco, «está penado por nuestro Código en algunos casos, aunque no encontramos expreso su nombre».

«Cuando haya fuerza ó intimidacion, cae bajo el art. 265, cuando haya seducccion ó engaño, bajo el último párrafo del 366. En cualquier otro caso corresponde al confesionario y de ninguna suerte al Foro.» Código Penal, t. 3º, pág. 165, núm. 7.

«Mas si ese crimen, dice La Croix, citado por Goyena, es en verdad de aquellos que la prudencia nunca debe publicar mientras estén sepultados en su retiro vergonzoso, no se le debe dejar impune siempre que ose salir á la luz del mundo

ó insultar á la sociedad con escandalosa impudencia». Tom. 5º, pág. 317, núm. 438.

Tambien por el Código Penal vigente entre nosotros es considerado como un grave atentado contra la honestidad que en cuanto á la pena, el artículo 236 equipára á la violacion, de la cual lo distingue, sin embargo, la definicion de ésta, contenida en el artículo 252, sin que de consiguiente, le sean aplicables en todo las disposiciones concernientes á la última.

¿Lo será en particular la del artículo 266 que prohibe el procedimiento de oficio en los delitos á que se refiere? Como el Juez *á quo* decide por la afirmativa, adoptando en seguida esa resolucion por base de su sentencia, en que declara que no puede penarse en el caso presente el delito de que se trata, aquella viene á ser la cuestion capital, y para tratarla con acierto conviene tener presente los términos del citado artículo, que por lo mismo vamos á transcribir.

Dice asi: «No se procederá á formar causa *por los delitos expresados*, sino por acusacion ó instancia de la *interesada* ó de la persona bajo cuyo poder se hubiere hallado cuando se cometió el delito.»

«Si el delito se cometiera contra *una imputber* que no tenga padres, ni guardador, puede acusar cualquiera del pueblo y procederse de oficio.»

¿A qué delitos se refiere este artículo por las palabras *en los expresados*? ¿Comprenden ellas ó no el delito que nos ocupa?

El Juez del Crimen entiende que el citado artículo alude á todos los delitos contra la honestidad, de que el Código se habia ocupado en los cuatro primeros capítulos del título III, sec. 1ª, lib. 2º, comprendiendo de consiguiente el que motiva el proceso.

No es esta, sin embargo, la interpretacion gramatical: pues la frase *los expresados delitos* del artículo 266, tiene por antecedentes á que se refiere, los delitos de *violacion*,





estupro ó rapto que acababan de mencionarse en el artículo anterior 265; siendo por tanto á estos, y no á otros, á los que alude la disposicion de que se trata.

Al interpretarla y fijar su verdadera inteligencia, no debe perderse de vista que en el Derecho Criminal y en materia de Procedimientos, la regla es que todos los delitos pueden ser perseguidos de oficio, siendo meramente una escepcion el que no puedan serlo algunos, lo cual solo sucede cuando así se encuentra dispuesto en particular.»

«La regla general, dice Pacheco, en la persecucion de los delitos, consiste en que esa persecucion corresponde al representante de la sociedad.»

«Aun en los que llamamos privados, porque el mal ó el perjuicio caen primaria y principalmente sobre una persona: aun en esos, como en los públicos, toca la acusacion á aquel funcionario, al que solo pueden coadyuvar las partes damnificadas.»

«Esta es la regla de nuestro derecho, esta es la regla que han hecho nacer en todos los países, y no en el nuestro solamente los progresos de la civilizacion y la idea de los intereses sociales.»

Debe tambien tenerse en cuenta que en materia de correccion á las leyes existentes, la interpretacion ha de ser retrictiva y no extensiva; lo cual no permite aceptar el argumento de analogía, que jamás es completa, de lo dispuesto en otros delitos contra la honestidad, para demostrar lo que debe suceder en el que nos ocupa, respecto del derecho de acusar.

Ahora bien, aunque ya por la Legislacion española que nos ha regido, se hallaba prohibido proceder de oficio en la indagacion y castigo de los delitos de adulterio, violacion, estupro y rapto, esta disposicion no era aplicable al delito que examinamos, el cual se consideraba mucho mas grave, y debia ser perseguido sin esperarse acusacion de parte agraviada.

De aquí se deduce claramente, que de ningun modo procede el expresado argumento de analogía, mediante el cual

el Juez *á quo* aplica á este delito, lo dispuesto sobre otros semejantes, porque aunque todos ellos ataquen la honestidad no la ofenden, sin embargo, de la misma manera ni en el mismo grado; ni la persecucion, en fin, ofrece siempre los mismos inconvenientes.

III

Observa el Juez del Crimen que la disposicion del Código Penal que nos ocupa, prohibiendo el procedimiento de oficio, se encuentra colocada entre las comunes á todos los delitos contra la honestidad, y de consiguiente se refiere y alude tambien al de que se trata.

No es exacto, empero, que las disposiciones de este capítulo del Código, sean igualmente aplicables á todos los delitos contra la honestidad, entre ellos el que sirve de materia á la causa, lo cual se comprenderá mejor si se observa, que siendo tomada la disposicion prohibitiva que nos ocupa, del Código Español, en este ella no se refiere á otros delitos que los de *estupro, violacion y rapto*.

Comentando Pacheco el artículo 271 del Código Español, concordante del 266 en el nuestro, en que se halla consignada la prohibicion de procederse de oficio, y despues de recordar que quedaba ya establecida, por disposicion especial en el adulterio, agrega:

«Pues bien, este artículo dispone algo semejante para los delitos de *estupro, de violacion y rapto*».

Hay mas, el autor recuerda que dicho artículo 371 habia sido reformado, variándosele la redaccion, que en el antiguo decia:

«Los reos de *violacion, estupro ó rapto*, ejecutado con miras deshonestas, no podrán ser penados sino á instancia de la parte agraviada.»

Explicando tambien el objeto y motivo de la reforma, hace ver que la variacion introducida en el nuevo artículo, consiste, segun él, en distinguir entre estos delitos el primero, en el cual se exige indispensablemente acusacion de





parte, de los dos últimos, en los que para poder procederse á su indagacion debe bastar la denuncia; pero sin aumentar de modo alguno el número ni el catálogo de aquellos en que no puede procederse de oficio, ni incluir en este los de incesto, lenocinio calificado, ni el de que nos ocupamos, respecto de los que el nuevo artículo no decide tampoco, como debiera haberlo hecho en la suposicion contraria, si se exigiria precisamente acusacion ó si bastaria la denuncia.

Hablando Goyena de las disposiciones contenidas en el capítulo 5º de que se trata, dice «la primera (que exige la acusacion ó denuncia) versa sobre el modo de procederse por causa de *estupro, violacion y rapto*. Derecho Penal, tit. 5º, pág. 328, núm. 467.

Exponiendo Caravantes la disposicion del artículo 371, la contrae tambien esclusivamente á los indicados delitos. Código Penal, pág. 406, núm. 1, y lo mismo hace el Dr. Tejedor en su proyecto de Código Penal á la pág. 333, al comparar la disposicion que propone, con la correlativa del Código Español.

Por poco que se reflexione, se comprenderá: que las disposiciones comunes contenidas en el cap. 5º, tit. 3º, sec. 1ª, lib. 2º, de nuestro Código, no son aplicables al delito *sub-judice*. En el artículo 264 se prescribe que el reo sea condenado al mantenimiento de la prole; lo que ciertamente carece de aplicacion al indicado delito; sucediendo lo mismo con la declaracion del artículo 265, de que el reo debe quedar exento de pena, casándose con la ofendida.

Demostrado, pues, ser evidentemente inexacto que las disposiciones comunes del capítulo 5º se refieran á todos los delitos contra la honestidad; demostrado tambien que las de los artículos 264 y 265 no son aplicables al delito del caso actual, no hay razon para admitir que lo comprenda la del artículo siguiente 266, que no solo no menciona, tal delito, sino que manifestamente alude á los mismos á que se refieren los anteriores.



Supongamos, no obstante, Exmo. Señor, que en cuanto á la disposicion del artículo 266, pudiera considerarse comprendido ese delito en el de violacion, ó en el de estupro, que en dicho artículo se mencionan, á pesar de que los artículos 252 y 227, en la clasificacion de estos, suponen que se ejecuten contra una mujer.

¿Vendria á tener por eso ajustada aplicacion al caso *solo jure*, la prescripcion que nos ocupa, para que no se proceda en ellos de oficio?

De ninguna suerte: porque ya se establezca que los delitos á que se refiere el precitado artículo 266, sean solo los de violacion, estupro ó rapto, ó tambien el que motiva el proceso, no admite duda alguna de que la disposicion de que en ellos no se proceda de oficio, se contrae únicamente al caso en que la víctima del delito sea mujer.

«No se procederá, dice, á formar causa sino por acusacion ó instancia de *la interesada*»; supone, pues, que la agraviada es una mujer; y tan es así que en casos tales, el curso de la causa debe cesar en conformidad al 265 anterior, si el delincuente se casase con *la ofendida*, y tambien que la prohibicion de procederse de oficio desaparece segun el mismo artículo 266, si fuese cometido el delito contra una *impuber* que no tenga padres ni guardador.

Todavía en la esplicacion de esta cláusula que hace el autor del Código, Dr. Tejedor, en la nota que se registra á la pág. 333 de su Proyecto, repite lo mismo espresándose así: «Mas en el caso supuesto ó casos semejantes, cuando la agraviada no puede ó dificilmente puede acusar por sí....»

Se vé por esto claramente que la prohibicion de procederse de oficio por estupro, violacion ó rapto, que en el hombre tiene el nombre especial de plagio, ha sido establecida esclusivamente respecto á las mujeres, y que no seria aplicable por tanto, cuando la víctima ó el agraviado fuese un hombre, en quien se cometiese el delito.

IV

Pero no es esto todo cuanto hay que observar contra la resolucion de 1ª Instancia, que aplica la disposicion del articulo 266 relativa á las mujeres, al caso *sub-judice* en que la víctima del delito ha sido un hombre, sino que esa aplicacion resultaría tambien improcedente mediante la mencionada escepcion que se ajusta exactamente al caso.

En efecto, y segun el mismo articulo 266, puede procederse de oficio en los casos que prevé y en los que por regla general lo prohíbe, si el delito se cometiese contra *una impuber*, que no tenga padres ni guardador: bien, pues, admitiendo que la disposicion de dicho articulo, como la referida escepcion, establecidas para las mujeres, sean igualmente aplicables á los hombres, nos encontraríamos precisamente en el caso de esta última.

La violacion ó el estupro se habrian cometido efectivamente en un menor; y ese menor es impuber, porque siendo varon aun no ha llegado á los catorce años: y además carece de representante legal, puesto que habiendo perdido los padres, no tiene tampoco familia ni tutor.

Ni se diga que cuando el delito se cometió el menor tenia madre; porque además de que es constante que se hallaba enferma en el Hospital ó imposibilitada, llevando por objeto la indicada escepcion, precaver la impunidad de los delitos á causa de la imposibilidad de acusar, en los menores que carecen de representante legítimo, para que no se verifique el caso de escepcion, deben tenerlo, no solo al tiempo en que se comete el delito, sino tambien en el que se les concede para acusar, hasta que la prescripcion se haya consumado.

Por lo demás, si no debiendo haberse procedido de oficio en el caso presente, el proceso hubiese sido formado ilegalmente, es claro que sería de todo punto nulo, y que de consiguiente no podría imponerse sobre él, ni la pena del delito principal, ni la de abuso de autoridad, ni otra al-





guna; pues que no podrian atribuirsele efectos jurídicos, segun la regla de Derecho: «quod de jure nullum est, nullum sortitur effectum».

Seria, pues, inadmisibile en dicha suposicion la pena que a mérito de ese proceso, impone la sentencia de primera Instancia sobre el abuso de autoridad, que declara haber cometido el procesado en la persona del menor, y en este proceder hay tambien ciertamente contradiccion.

Si el abuso de autoridad ha consistido en haber cometido el procesado con dicho menor, estando preso, el delito que se le imputaba; y si éste no pudo indagarse, ni castigarse de oficio; es evidente que tampoco puede penarse el expresado abuso, que seria imposible distinguir y separar de aquel porque se confunde absolutamente con él.

¿Cómo podria, en efecto, penarse el expresado abuso, sin declararse probada su existencia? ¿Y cómo podria hacerse semejante declaracion, sin que precediese indagacion sobre el delito que motivó el proceso, y sin constatare al mismo tiempo su realidad?

A la verdad esto no puede ser, y pretender lo contrario es incurrir en una mistificacion incomprensible.

En fin, Exmo. Señor, cuando fuesen exactas las vistas del Juez del Crimen, en esta causa y acertada la apreciacion de los hechos constatados en ella, todavia seria a no dudarse, equivocada la resolucio: porque declarando que aun que no se pueda proceder por el delito imputado, debe castigar el abuso de haberse cometido este mismo delito, con el *máximum* de la pena determinada en el artículo 384: inciso final; no solo resulta contradictoria sino que en realidad, la sentencia no emplea el *máximum*.

Segun puede observarlo V. E., este consistiria en seis meses de arresto y quinientos pesos fuertes de multa conjuntamente; mientras que la pena que establece la sentencia apelada, es solo la expresada multa, en disconformidad tambien a lo dispuesto en el artículo 131, en el cual se

declara: que *la multa nunca podrá imponerse como pena principal en materia criminal.*

En resumen, Exmo. Señor, el Fiscal opina por las consideraciones espuestas, que el delito de que se trata en el caso *sub-judice*, no se halla comprendido en la prohibición de perseguir de oficio los que determina el artículo 266 del Código Penal, y que: resultando por otra parte legalmente probado en el proceso, en conformidad al artículo 254, debe ser penado con tres años de prisión, revocándose por tanto la sentencia de primera Instancia.

Buenos Aires, Marzo de 1884.



Procedimiento en los delitos contra la honestidad

SUMARIO:

En el delito de violacion, como en el de estupro, solo puede procederse segun el Código Penal vigente, por acusacion de la parte agraviada ó sus legítimos representantes, no bastando la simple denuncia: inteligencia del artículo 266.

Exma: Cámara: — El Fiscal dice: que en esta causa se trata de un delito de estupro en una niña menor de siete años, constituida bajo la patria potestad, el cual habiendo sido denunciado por el padre de la indicada menor ante la autoridad, se ha constatado legalmente, averiguándose tambien la persona del delincuente.

En este estado de la causa, el Juez del Crimen se niega á continuarla, dando por razon que el agraviado no ha deducido acusacion, y que al Tribunal no le es permitido proceder de oficio en este género de causas, no bastando en ellas la mera denuncia.

El Agente Fiscal considerando sin duda esclarecido y comprobado el delito; creyendo con razon que un hecho de la clase del que se persigue afecta gravemente á la moral y al órden público, y persuadido en fin de que la denuncia por parte del agraviado, basta á salvar la prohibicion legal del procedimiento de oficio en este género de causas, apeló de la referida resolucion.



Efectivamente, Exmo. Señor, la filosofía de la ley en la referida prohibición, al declarar privados los delitos de rapto, violación y estupro, y reservar exclusivamente á las personas ofendidas, el ejercicio de las acciones que de ellos nacen, no es otra que la que ha expuesto y explicado el Fiscal.

No es en manera alguna la razón de dicha prohibición el considerarse que los referidos delitos, especialmente los de rapto y violación, á cuya especie se refiere el estupro en una menor de siete años, que por carecer ésta de voluntad, se supone siempre violenta, dejen de afectar gravemente el orden público y la moral social.

No es esto, decía, sino que al mismo tiempo debía tenerse presente el interés de la familia y tratar de conciliarse con las exigencias de aquel; lo cual se ha procurado, haciendo al padre, tutor ó representante de la agraviada, Juez único acerca de la conveniencia ó inoportunidad de procederse judicialmente al esclarecimiento y castigo de tales delitos.

De otra suerte, la desgracia de una familia víctima de aquellos y deshonrada por los hechos infamantes que los constituyen, podría reagravarse todavía por la publicidad y el escándalo.

Parece, pues, que cuando el interesado después de reflexionar en las circunstancias del caso y en lo que aconsejan sus propios intereses, encontrando que es conveniente el procedimiento judicial para la averiguación y castigo del delito, lo solicita él mismo, denunciando el hecho ocurrido, desaparece enteramente el motivo de la prohibición legal para el procedimiento de oficio, y que cesando la razón de la ley, debiera cesar también su disposición.

Desgraciadamente, Exmo. Señor, el texto del Código que nos rige no presta apoyo á esta doctrina, por mas fundada y racional que se presente, hasta el grado de inducir al Agente Fiscal á apelar de la resolución que la contraria; aunque por otra parte no es posible desconocer que esa resolución se ajusta perfectamente á la disposición que invoca como fundamento.





Por una de tantas aberraciones que contiene el Código Penal vigente, confundiendo en lo que respecta á la manera de iniciarse el procedimiento, los delitos de raptó y violacion, en los cuales debería bastar la denuncia, pues afectan mas directamente el órden social, con el de estupro, entre las disposiciones comunes á todos aquellos establece el art. 266 «que no se procederá á formar causa por los delitos espresados, sino por acusacion ó instancia de la interesada, ó de la persona bajo cuyo poder se hubiere hallado cuando se cometió el delito».

La palabra instancia no está tomada aquí en un sentido mas genérico que la de acusacion, de suerte que pudiera referirse á cualquiera peticion ó indicacion del interesado, y comprendiese tambien de consiguiente la denuncia; sino que segun lo establece acertadamente la sentencia apelada, dicha palabra instancia se emplea como sinónima de acusacion, lo cual es fácil demostrar en términos que excluyan toda duda.

Escriche en su Diccionario de Legislacion define la palabra instancia, diciendo ser el ejercicio de la accion en juicio desde la contestacion hasta la sentencia definitiva: definicion que solo es aplicable á la querella en forma, pues el acusador interviene efectivamente en todo el juicio, mas no á la denuncia, que lo inicia solamente, sin que el denunciante vuelva á aparecer en él.

Manifiestamente, la frase acusacion ó instancia de que se sirve el Código vigente en el artículo que examinamos, ha sido tomada del 371 del Código Español, en cuya redaccion segun puede notarse fácilmente, se contrapone la instancia á la denuncia, entendiéndose por aquella solamente la acusacion.

El citado artículo dice así: «no puede procederse por causa de estupro sino á *instancia* de la agraviada ó de su tutor, padres ó abuelos.»

«Para proceder en las causas de violacion y en las de raptó ejecutado por miras deshonestas, *bastará la denuncia* de



la persona interesada, de sus padres, abuelos ó tutores, *aunque no formalicen instancia* ».

De aquí es que los comentadores de este Código establecen que en el delito de estupro, para iniciar el procedimiento judicial no basta la simple denuncia, sino que se requiere precisamente la acusacion, tomando la palabra *instancia* en el sentido de acusacion.

Explicando el citado artículo 371, Pacheco en el tomo tercero, pág. 154, N° 4, dice: « en el delito de estupro es menester se proceda por querella, *ó instancia* de la agraviada, ó de su tutor, padres ó abuelos. Ninguna otra persona es admisible. Esas que lo son, es menester que insten, que acusen, que se querellen. La ley exige mas, usando de una palabra mas enérgica ».

Tambien Caravantes en su comentario al Código Penal, pág. 406, explicando la diferencia que existe en cuanto á la manera de iniciarse el procedimiento, entre los delitos de rapto y violacion, en los cuales es suficiente la denuncia, y el estupro en que se requiere precisamente la acusacion, toma esta palabra como sinónima de instancia.

Dice así: « siendo mas grave y alarmante á la causa pública la violacion y el rapto con miras deshonestas, no se exige la instancia, esto es, la acusacion formal ante los Tribunales; basta la sola denuncia, esto es, el aviso á la autoridad, de la perpetracion del delito, para que ésta proceda al castigo del culpable ».

En fin, Exmo. Señor, para quitar toda duda al respecto, el autor mismo del Código en la segunda parte de su Proyecto, pág. 333, explicando el art. 3º, § 5º, Lib. 1º, « con referencia á la cláusula de dicho artículo «sino por acusacion ó instancia de la interesada» se expresa en estos términos que excluyen toda duda: «No basta, pues, que denuncien, que den noticia».

No siendo dudoso por lo expuesto, Exmo. Señor, que el Código vigente, con razon ó sin ella, confundiendo los delitos de rapto, violacion y estupro en cuanto al procedimien-

to, requiere indispensablemente en todos ellos la acusación de la parte agraviada ó de quien la represente, sin considerar suficiente la mera denuncia, tenemos que es arreglada y justa la resolución que en esta causa lo ha declarado así.

Resulta también que no es bastante fundado el recurso de apelación, que el Agente Fiscal inducido por el celo en el castigo de un delito abominable ha entablado contra dicha resolución, y que de consiguiente, es deber penoso, pero ineludible del Fiscal, desistir, como lo hace, del indicado recurso.



JURISDICCION EXTRATERRITORIAL EN LOS DELITOS

SUMARIO:

Exposicion del caso: la querella versa entre dos extranjeros domiciliados aqui, por una publicacion calumniosa, mandada hacer fuera del país, por uno de ellos contra el otro—Demandado aquel ante el Juez del Crimen le opone incompetencia, sosteniendo que el conocimiento de un delito corresponde al del lugar en que se cometió—Esta circunstancia no es la única que surte fuero porque tambien lo es el domicilio del delincuente—Si ambos lugares perteneciesen á la Nacion, el punto seria sencillo; pero respecto á los delitos cometidos en el extranjero, no carece de dificultad—Diversas opiniones de los autores sobre si la jurisdiccion criminal es puramente territorial—El Derecho Francés atribuye competencia á los Tribunales de la Nacion, para castigar los delitos cometidos en el extranjero contra el Estado ó contra alguno de sus súbditos—Reconoce pues el principio de la jurisdiccion extraterritorial, el cual admitido, cada Nacion la ejercerá en la manera que determine—Si la Legislacion Francesa y los Códigos de las naciones que han adoptado en este punto su doctrina, no castigan los delitos cometidos fuera de su territorio, cuando ofenden á un extranjero, consiste en que no consideran deberle la misma proteccion que al nacional—Nuestra Constitucion, siguiendo principios mas liberales, acuerda al extranjero igualdad de derechos civiles con los hijos del País; y de consiguiente les debe en ellos la misma proteccion—Así, toda vez que un argentino pueda ocurrir á los Tribunales del país en demanda de justicia por delitos cometidos contra él, igual accion debe corresponder al extranjero—Demostrado pues que en el caso de que se trata, el primero habria podido quejarse aqui contra el autor de la indicada publicacion, la demanda debe considerarse bien interpuesta, aunque el querellante sea extranjero, y el delito se haya cometido fuera del territorio argentino.





Excmo. Cámara: — En la causa que se ha pasado en vista al Fiscal, la cual versa entre dos extranjeros domiciliados en el país, se trata del delito de difamacion cometido por medio de una publicacion hecha en la ciudad de Hamburgo, de un aviso escrito y fechado en ésta de Buenos Aires; dudándose de la competencia de los Tribunales para conocer en el asunto.

El demandado declina de jurisdiccion, y trata de demostrar la incompetencia del juzgado ordinario del crimen, al cual se ha llevado la acusacion, observando que el delito que se persigue, se supone cometido fuera del territorio de la República, en país extranjero, el Imperio Aleman, á cuyas autoridades en todo caso, correspondería juzgar y penar ese delito.

Para fundar esta doctrina alega la ley 32, tit. 2º, Part. 3ª, que mencionando las causas que determinan el fuero, comprende espresamente la del lugar en que se cometió el delito. «La decena es, dice la ley, por razon del yerro ó malfetría que oviese fecho en la tierra. Cá si le moviesen demanda sobre ella, tenuto es de responder allí dó la fizo, magüier sea natural y morador de otra parte.»

El demandante respondiendo á estas observaciones, nota á su vez que, á mas de que el delito fué concebido y preparado aqui, aunque cometido en el extranjero, ha producido efectos dañosos tambien en el país; y ambos litigantes, si bien extranjeros, son residentes y avecindados en esta Capital.

En la hipótesis de las condiciones espresadas, ha sostenido la competencia de las autoridades argentinas para conocer en el indicado delito; y habiéndose pronunciado en favor de ella el Juez del Crimen, á quien se habia llevado la querella, estableciendo su jurisdiccion en el caso, el acusado interpuso recurso de apelacion de esta resolucion.

No es, Excmo. Señor, el lugar del delito la única circunstancia que surtiendo fuero, puede hacer competente á un Juez para perseguirlo y castigarlo; porque hay otras varias que lo producen igualmente, como el lugar del domicilio; y



cuando el reo no lo tiene ó anda huyendo, el lugar en que es aprehendido.

Si bien se observa, la misma ley 32 de Partida que se invoca por el acusado, al declarar que es competente para castigar cualquier delito, el Juez del lugar en que se comete, y que el reo no puede escusarse de contestar ante él la acusacion, con alegar que es vecino de otra parte, indica á las claras, que ordinariamente el Juez competente, así en lo civil como en lo criminal, es el del lugar del domicilio de una persona.

No por eso, segun la misma ley, en el caso que supone, sería admisible la declinatoria opuesta por el reo al Juez del lugar en que hubiese cometido el delito, ya porque éste habría prevenido, cuanto porque, sin dejar tambien de ser competente, el juicio sería mas fácil en su Tribunal que en otro lugar por existir mas inmediatos y á la mano todos los elementos de indagacion.

Que el lugar en que se comete el delito, no es la única circunstancia que determina el fuero, y que tambien es Juez competente para castigarlo el del domicilio, lo resuelve terminantemente la ley 15, tit. 1º, Part. 7ª; porque despues de decir: que «por todo yerro ó mal fecho que algun home faga, debe ser apremiado por el judgador del lugar dó lo fizo, que cumpla de derecho á los que lo acusan de ello, magüer sea el malfechor de otra tierra,» agrega mas adelante: «Otro sí, decimos, que puede ser acusado el malfechor delante del judgador del lugar dó ficiese él su morada.»

Si pues el lugar en que se ha cometido el delito de que se trata en esta causa, y el del domicilio del acusado perteneciesen ambos á un mismo Estado ó la misma Nacion, el punto en cuestion, Exmo. Señor, carecería enteramente de dificultad: y sería indudable la competencia del Juez del domicilio del demandado, ante quien la acusacion se ha producido.

No puede decirse lo mismo cuando, como sucede en el caso *sub judice*, el lugar en que se ha cometido el delito, se encuentra fuera del territorio de la Nacion en que el reo tiene su domicilio; porque esta circunstancia complica sobremanera



el punto, y hace cuestionable si el Estado puede perseguir y castigar los delitos cometidos en el territorio de otro.

Sobre este punto se encuentran divididas las opiniones de los autores. Voet, Bachmer, Pinheiro Ferreira, Schmalz, opinan por la afirmativa, en ciertos casos y en determinadas condiciones: Abegg, Klüter, Wens, Casman, y otros están por la negativa.

Ortolán en su Derecho Penal, tom. I, pág. 371 espone las diversas teorías que existen al respecto y las razones en que se fundan.

Segun unos, la accion criminal merece por sí misma el castigo y nada importa el lugar en que el reo se refugie: cualquier Estado en que se encuentre tiene el poder de infligirselo, pues estos autores fundan el derecho de castigar en la idea de la justicia absoluta, con prescindencia de la utilidad ó necesidad.

Segun los otros, el derecho de castigar debe retringirse exclusivamente para el Estado, á los hechos cometidos en su territorio: desde que se trate de actos que hayan sucedido fuera, cualesquiera que fuesen esos actos y las víctimas del delito, nacionales ó extranjeros. el Estado carecería del derecho de penar, pues es meramente territorial.

Ortolán opina que para resolver con acierto la cuestion propuesta, á la idea de la justicia absoluta, hay que agregar las de necesidad y utilidad; de cuyo conjunto surge para el Estado el derecho de penar.

Así, pues, este derecho existe cuando el crimen, aunque cometido en país extranjero, se dirige contra el Estado; y cuando es ejecutado por uno de sus nacionales contra otro, ó bien, por un extranjero contra un nacional.

Debe prevenirse, no obstante, que esta doctrina solo tiene aplicacion, tratándose de acciones opuestas á los principios morales universalmente reconocidos, y que, de consiguiente, en todas partes son reputadas verdaderos delitos; mas, no á las faltas policiales, infracciones de estatutos locales, delitos puramente políticos y cosas semejantes.



Debe restringirse tambien entre los de la primera clase, á los crímenes ó delitos de cierta gravedad, y no á los que se consideran muy leves, como injurias verbales, heridas involuntarias, riñas sin consecuencia y otros semejantes.

Esta doctrina, Exma. Cámara, derivada del Derecho Francés, ha sido adoptada ya por muchas Naciones, prevalece y se extiende de dia en dia, como lo ha observado la Comision Revisora del proyecto del Código Penal redactado por el Dr. Tejedor, en su informe al Poder Ejecutivo, de 3 de Enero de 1881, aunque es cierto que las Legislaciones positivas varian mucho en la reglamentacion de la materia.

En Francia, segun la ley sancionada en 4 de Julio 1852, todo francés que, fuera del territorio de la Nacion, se hace culpable de un delito castigado por la ley francesa, puede ser perseguido y juzgado en él; y todo extranjero que, fuera del territorio se hace culpable de un crimen, sea contra el Estado, sea contra un francés, si fuese aprehendido al regresar á su patria ó de otro modo, puede ser detenido y juzgado conforme á las leyes de la misma.

Segun diversos fallos del Tribunal de Casacion, fecha 18 de Abril y 21 de Noviembre de 1806, 21 de Enero de 1822 y 1º de Setiembre de 1827, los crímenes cometidos por franceses y extranjeros en un territorio extranjero, pueden ser tambien perseguidos en Francia, cuando se han preparado en ella, on el caso de que los hechos sean punibles por la ley francesa.

Nuestro Código. Exmo. Señor, no se pronuncia de un modo claro sobre el punto en cuestion; pero haciéndose aplicacion al caso *sub judice* de los principios expuestos de la Jurisprudencia moderna, sacaríamos en consecuencia, que los Tribunales de esta Capital tienen jurisdiccion para castigar el delito de que se trata.

Este delito, en efecto, ha sido preparado aquí, donde, además, debía producir resultados perjudiciales; la difamacion es un delito ofensivo de la moral universalmente reconocida, y tiene, en fin, mucha mayor gravedad, que las injurias verbales y demás ofensas leves que exceptua Ortolán.



Aquí tienen su domicilio el demandado y el demandante, el cual se hallaba en su derecho para elegir este fuero; y aunque por el delito no haya sido ofendido un argentino, lo ha sido, sin embargo, un miembro de la Nación pues, tal debe considerarse un extranjero domiciliado; y han sido damnificados, también, los intereses industriales del país.

Es cierto, Exmo. Señor, que la Legislación francesa y demás Legislaciones positivas de Europa no castigan el delito cometido por un extranjero fuera de su territorio, sino cuando ofende á un nacional; pero una vez reconocido en principio el derecho de castigar tales delitos, la manera en que cada Estado debe ejercerlo, viene á ser cuestión de mera aplicación.

Si las Legislaciones Europeas no castigan, como se ha expuesto, el delito cometido fuera de su territorio contra un extranjero, aunque sea residente, esto consiste, según lo explica muy bien Foelix, Derecho Internacional Privado, tom. II, pág. 222, en que no consideran deberle la misma protección que á los nacionales.

«Como no existe, dice el citado autor, obligación de parte de una Nación de proteger á los extranjeros, algunas veces no se hace uso del poder criminal, cuando la parte agraviada y el autor son ambos extranjeros, y el orden público de la Nación donde tuvo lugar no ha sufrido alteración.»

De la misma manera Haus, impugnando el sistema penal que considera la jurisdicción meramente territorial, reconoce en el Estado el derecho de castigar los delitos cometidos por sus súbditos en el extranjero, siempre que así lo reclame la justicia absoluta, y lo aconseje también el interés público; y explica el que en Bélgica no se castiguen los delitos cometidos en el extranjero, á ménos que el ofendido sea nacional, por el deber particular que tiene de proteger á sus miembros donde quiera que se encuentren; no existiendo la misma obligación respecto de los extranjeros, aunque se hallen domiciliados en ella.



«Cuando un belga, dice, ha cometido en país extranjero un crimen ó delito contra otro belga, nuestros Tribunales están autorizados á castigar al culpable, cualquiera que sea la gravedad del hecho; porque el Estado tiene el deber de proteger á sus nacionales, donde quiera que se encuentren, mas esta obligacion no le incumbe respecto de los extranjeros que se hallan fuera de su territorio.»

«Sí, pues, un belga se ha hecho culpable en el exterior de un infraccion contra un extranjero, la Bélgica no tiene derecho de castigar este delito, sino cuando el hecho fuese bastante grave, para que la presencia del delincuente disfrutando la impunidad en el seno de la patria, llegue á ser un escándalo y un verdadero peligro para la sociedad.» Derecho Penal tomo I, página 167, número 234.

La consideracion, Exmo. Señor, por la cual en el caso *sub judice*, como en otros muchos resultaria inferior la condicion del extranjero domiciliado á la del nacional, hizo decir á Freitas y al doctor Velez Sarsfield que el Código Francés se halla impregnado del Derecho Quiritarario.

No seria, ciertamente, admisible entre nosotros, que obedecemos á una Constitucion calcada sobre principios tan liberales y progresistas, que concede al extranjero los derechos civiles, igualándolo absolutamente á los argentinos.

Ahora bien, si en nuestra República existe igualdad de derechos civiles en el extranjero y el nacional, la ley les debe tambien, á uno y otro, por consecuencia, igual proteccion: y en todos los casos en que un argentino pudiera invocar en su favor la accion de los Tribunales, ese mismo derecho debe corresponder correlativamente al extranjero.

Fundado en los principios expuestos y por las razones aducidas, el Fiscal concluye solicitando en esta causa la confirmacion del auto apelado, fecha 9 de Noviembre del año pasado por el cual se establece la competencia de los Tribunales del país para perseguir y castigar el delito de que se trata; y que se devuelva el expediente para que continúe su curso ordinario, prévia reposicion del papel comun, con el sellado correspondiente.

VISTA LIX

JUICIOS DE IMPRENTA

SUMARIO :

¿Si existen leyes vigentes en la Capital que rijan sobre los abusos de la prensa?—El C. Penal no comprende estos delitos; y por que no los comprende—Apreciaciones equivocadas al respecto—La verdadera causa del error está en que se ha entendido que el Congreso no podia legislar sobre imprenta—La prohibicion en todo caso no seria estensiva á la Capital y territorios federalizados—La falta de leyes que castiguen un hecho acusado como delito, no constituye excepcion dilatoria, sino perentoria—En el caso presente ha sido mal aducida esta consideracion, para fundar la incompetencia del Juez—Leyes de imprenta que reñan en la Provincia y reglamentaban el juicio—Dejaban á eleccion del acusador, ocurrir al Jurado ó á los Jueces ordinarios—La subsistencia de aquel no excluiria la jurisdiccion de estos—Los Tribunales ordinarios debian aplicar las penas de los códigos españoles con algunas modificaciones—El C. Penal no derogó las leyes de imprenta provinciales; antes bien supone su vigencia—La Ley Orgánica mantuvo en vigor los procedimientos criminales—Las disposiciones penales á que se referian dichas leyes de imprenta, no podian caducar por el hecho solo de la federalizacion.

Exma. Cámara:—Citado á juicio por el Juez correccional el editor de «El Nacional» y requerido para que manifieste el autor de un artículo publicado en este diario, ha rehusado hacerlo, desconociendo la competencia de ese Tribunal y declinando su jurisdiccion, por cuanto no existen leyes que rijan en la Capital los delitos de imprenta; pues ni los comprende el Código Penal, ni podrian juzgarse tampoco como delitos comunes, sin falsearse la libertad de la prensa acordada en la





Constitucion y garantida en ella misma contra las restricciones con que se la pretendiese desnaturalizar.

El Agente Fiscal conviniendo en que el Código Penal no comprende los delitos de imprenta, lo cual se explica por cuanto quedaban reservados al juicio por Jurados; pero teniendo en consideracion que este aun no se ha establecido, segun se ha decidido por repetidas resoluciones de V. E. y que la Ley Orgánica de los Tribunales declara, que entre tanto se establece el Jurado, las Justicias ordinarias conocerán en la represion y castigo de los delitos, deduce de aquí que en la actualidad y por lo que respecta al caso presente, el Juzgado Correccional es el Tribunal competente.

Este, por los motivos que espresa el auto de f. 9 á 12 ha resuelto en ese sentido y desechado en consecuencia la excepcion de incompetencia que se le opuso por el demandado, el cual á su vez interpuso para ante V. E. el recurso de apelacion, que le fué concedido en relacion.

En concepto del exponente, aunque el art. 52 de la Ley Orgánica en su parte dispositiva, en que determina de un modo provisorio la jurisdiccion de los Jueces ordinarios, comprende en efecto, como sostiene el Agente Fiscal, todos los delitos sujetos á la jurisdiccion de la Capital, en cuanto indica no haberse establecido respecto de ella, todavia el Jurado, alude solo á los comunes, en que asi sucedia realmente.

No se refiere á los de imprenta, respecto de los cuales el art. 53 de la mencionada ley, suponiendo ya creado y existente el Jurado, hace atribucion del Juez del Crimen el presidirlo, aunque con ciertas modificaciones, en lo que antes se hallaba establecido respecto al modo de proceder; pues limitando la mision de aquel, á la declaracion del hecho, reserva al Juez la determinacion de la pena, prohibiéndole por lo mismo manifestar anticipadamente su opinion.

Solo en este sentido pueden conciliarse los enunciados artículos de la Ley Orgánica, que de otra suerte, á pesar de estar tan próximos que el uno signe de inmediato al



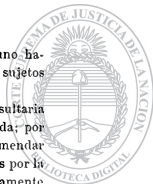
otro, resultarían contradictorios; lo que no puede admitirse, siendo igualmente inaceptable el que dicha ley se propusiera desde luego, dar las bases de la que habría de dictarse mas tarde, estableciendo el juicio por Jurados para la generalidad de los delitos de la clase espresada.

Mal se esplica tambien que el Código Penal dejase de comprender los delitos de imprenta, reservándolos al Jurado cuando la intervencion de este no excluye en manera alguna la necesidad de que se determinen, definan y clasifiquen los delitos en que deba conocer, sin obstar por lo mismo á que en el Código se tratase de los abusos de la prensa.

La verdadera razon de aquella omision es muy diversa y consiste en que proyectado dicho Código para regir en toda la Nación despues que el Congreso lo hubiese sancionado; y siéndole á este prohibido legislar sobre imprenta, restringiéndola en cualquier sentido, ó someter los delitos de ese género á la Justicia Federal, el autor del Código general creyó con razon ó sin ella que no debia reglamentar esa materia; y asi lo manifestó en la nota al art. 4º de su proyecto.

Esta disposicion que entendida en tal sentido es una verdadera originalidad y una anomalia en nuestra Constitucion, contra la que se ha querido reaccionar mas tarde, pues compromete seriamente los verdaderos principios y la mejor doctrina, segun la cual todo Gobierno perfecto debe poseer en si los medios de represion contra las ofensas que se le infieran, mientras que aquella disposicion, por el contrario, deja inerte al Gobierno Nacional en los ataques que le dirijan por los diarios, librando su castigo cuando importen delitos, á la buena voluntad de las autoridades provinciales, si quisiesen definirlos y castigarlos; tal disposicion, decimos, no es absoluta ni debe exagerarse.

Ella importaba solamente en la mente de sus autores una garantia concedida á las Provincias, de que el Congreso Federal no suprimiria ni restringiria inconvenientemente la libertad de imprenta acordada en la Constitucion; sin que de consiguiente la prohibicion en ella contenida, si se le ha de



dar la amplitud que se pretende, pueda de modo alguno hacerse extensiva á la Capital y territorios federalizados, sujetos exclusivamente á las autoridades nacionales.

En estos términos, la disposicion de que se trata resultaria no solo inconveniente y anómala sino tambien absurda; por que si es inconveniente, segun se ha observado, encomendar á las autoridades provinciales el castigo de los delitos por la prensa contra el Gobierno Nacional, seria verdaderamente absurdo suprimirlo de todo punto en la indicada suposicion.

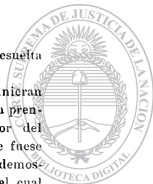
En las Provincias sus autoridades podrán suplir la deficiencia de la legislacion nacional en materia de imprenta; pero en la capital y en los territorios federalizados, no existiendo aquellas autoridades, si tampoco al Congreso le fuese permitido legislar al respecto, nadie podria hacerlo.

La libertad de la prensa seria absoluta; y los delitos cometidos por su medio, ya contra el gobierno y las autoridades, ya contra los particulares, quedarian enteramente impunes. sistema que nadie podria tolerar, y que ningun estado civilizado admite ciertamente.

II

Nos hemos visto forzados á rectificar este error; que no falta quien sostenga y acredite, porque desde luego, él nos conduciria lógicamente á admitir que, en efecto, en la capital no hay, como se pretende, Tribunales que juzguen ni leyes que rijan los delitos de imprenta, porque ni el Congreso las haya dado despues de la Federalizacion, ni hubiese tampoco podido aceptar las que antes existian: conclusion inadmisibie para nosotros.

Veamos ahora los fundamentos con que el demandado sostiene que efectivamente no existen en la capital leyes en vigencia, aplicables á los delitos de imprenta: pero antes debemos observar y hacer notar el error de trámite y la irregularidad en que se incurre en el procedimiento, deduciéndose como excepcion dilatoria para declinar la jurisdiccion del Tribunal, una circunstancia que en realidad afecta al



fondo del asunto y una cuestion que solo puede ser resuelta legalmente en definitiva.

Si realmente en la Capital no hubiese leyes que definieran y castigasen los delitos de imprenta ó los abusos de la prensa, esto constituiría una defensa perentoria en favor del acusado, en mérito de la cual correspondería el que fuese absuelto por la sentencia; pero tal circunstancia no demostraría de por sí, la incompetencia del Tribunal ante el cual se ha deducido la querella.

Aquella razon sería de todo punto genérica é igualmente aplicable á cualquier Juez y á cualquier Tribunal, lo mismo al Juzgado Correccional que al del Crimen, lo mismo al Jurado que á la Exma. Cámara; porque no menos el Jurado que los Tribunales Ordinarios, tienen necesidad de leyes por que regirse, y no pueden castigar accion alguna ó hecho que la ley no clasifique como delito (Art. 18 de la C. N.)

Sobreveniendo, pues, la indicada cuestion, sobre si un acto importa ó no un delito segun las leyes, ¿quien la resolveria cuando todos los Tribunales resultarian igualmente incompetentes, desde que á todos ellos podria oponerse la misma objecion contra el ejercicio de su autoridad? ¿Le bastaria, al acusado para inhibir á todos los Jueces y obtener de esa suerte la impunidad, el negar que haya leyes que lo castiguen?

No, ciertamente; ni esta cuestion afecta en realidad la competencia del Juez, que, aun á ser cierta, debería no obstante proceder en el juicio, y en definitiva absolver al acusado, declarando: que el hecho de que se le acusa, no constituye delito, por no existir leyes que lo castiguen.

Así se ha procedido siendo acusados varios individuos de haber falsificado cuatro bolivianos; hecho no previsto ni castigado por ninguna ley, por no estar aquellos reconocidos como moneda nacional: no por eso se ha considerado incompetente al Tribunal, ni declinándose su jurisdiccion; pero los reos fueron absueltos en definitiva por la indicada causa.

Tampoco en la de los *caballeros de la noche* se opuso



por el Defensor la incompetencia del Juez; por no haber leyes que castiguen la profanacion ó violacion de los sepulcros; pero los reos fueron absueltos en la sentencia por este motivo; lo que no pudiera hacer el Tribunal á ser incompetente, ó si debiese considerarse tal por la circunstancia, de que en realidad no existan leyes que castiguen el hecho acusado, cuando ese es precisamente el punto que debe resolverse.

III

Despues de esta observacion sobre lo defectuoso de la forma en que se ha deducido la excepcion de incompetencia fundada únicamente en la suposicion de que nuestras leyes no definen ni castigan los delitos de imprenta, examinemos la manera en que esto se ha intentado demostrar.

El acusado se explica al respecto con tal laconismo, que sus conceptos quedan envueltos en la oscuridad; y solo se deduce de ellos el que no estando comprendidos en el C. Penal los abusos de la prensa, estos tampoco podrian ser castigados como delitos comunes, sin comprometerse una de las garantías constitucionales, que establece la libertad de imprenta.

Desde que la distincion entre los delitos comunes y los de imprenta arranca de la misma Constitucion que la consigna expresamente, para ciertos efectos, no pudiendo darse tampoco otra definicion de los delitos de imprenta, sino diciéndose ser aquellos que se cometen por medio de la prensa, hay que convenir en que tienen que ser definidos y clasificados por leyes especiales, no siéndoles aplicables en absoluto ni los principios, ni la penalidad de los delitos comunes.

Esto no basta, sinembargo, á demostrar que hoy no existen en la Capital leyes que definan, castiguen y establezcan el juzgamiento de los delitos de imprenta, como no se demostraría la incompetencia del Juez del Crimen ó de lo Correccional en sus respectivos casos, si contra lo que se ha resuelto repetidas veces, se probase de un modo satisfactorio, que en



la actualidad subsiste legalmente el Jurado, desde que estas cosas no son incompatibles, sino que, segun luego veremos, han coexistido durante el régimen provincial.

Nadie niega que en la Provincia de Buenos Aires ha habido leyes, que ahora mismo se mantienen en vigor, relativas á los abusos de la prensa, á su penalidad y á la forma del enjuiciamiento, pero, puesto que se desconoce el que existan en la capital, es claro que se pretende haber sido derogadas de un modo expreso ó tácito, ó bien el que de suyo han caducado aunque no se manifiesta como ha sucedido esto ó se ha verificado, al menos con la claridad que, sería de desearse por la importancia de la materia y lo trascendental de sus consecuencias.

Las leyes provinciales de 10 de Octubre de 1822 y 8 de Mayo de 1828 clasificaban por delitos los abusos de la libertad de imprenta, castigándolos con multa, ó prision, confinamiento ó destierro, etc; defiriendo su juzgamiento al Jurado que en cada caso ocurrente debia formarse en la manera que se determinaba.

Sin derogar estas disposiciones, antes bien dejándolas subsistentes, la Ley de 28 de Setiembre de 1857 dispuso, que tanto los particulares cuando se considerasen agraviados con publicaciones hechas por la prensa, cuanto los Fiscales en lo concerniente al ejercicio de las acciones públicas, pudiesen ocurrir á los Jueces ordinarios, los cuales se rejirian por las leyes civiles ó criminales.

Como se vé, y se habia observado tambien antes, el ocurso á la Justicia ordinaria no era incompatible con la existencia del Jurado para los delitos de imprenta, sino que segun las disposiciones provinciales que se acaban de mencionar, los interesados podian dirigirse indistintamente á su eleccion, al Jurado de imprenta ó á los Tribunales comunes.

Es por esto que notábamos hace poco, el que en conformidad á las citadas disposiciones, nada se avanzaría con demostrar la subsistencia legal del Jurado en la Capital hasta el presente, en el sentido de probar la incompetencia de los

Jueces ordinarios en los juicios de imprenta; desde que aquellos gozaban una jurisdiccion concurrente y preventiva en tales causas.

IV

Conviene observar aquí que las leyes penales á que se refería la citada ley de 23 de Setiembre de 1857, declarando que los Jueces ordinarios juzgarian por ellas, en los delitos de imprenta, por calumnia, injuria ó abusos contra la moral y el órden público, no eran otras segun el Dr. Tejedor que las contenidas en los Códigos generales vigentes en esa época. (Curso de Derecho Criminal, Part. 1ª, Lib. IV, tit. 6º, núm. 527.)

Supone por esto que con tal medida la Jurisprudencia en lo concerniente á los delitos que se cometen por la prensa, venia á sufrir una alteracion de trascendencia, aunque al mismo tiempo manifesta, que dichas disposiciones no eran aplicadas en la práctica, sino con las modificaciones indispensables, segun la naturaleza de los espresados delitos, respecto á la prueba, complicidad y sin duda la penalidad misma, que considera desproporcionada.

Tal era la Jurisprudencia establecida en la Provincia de Buenos Aires, sobre la materia que nos ocupa, la cual siguió rigiendo aun despues de la sancion del C. Penal; y segun creemos continúa todavía en vigencia, pues nadie antes de ahora, que sepamos, ha entendido, ni supuesto que aquel hubiese derogado ó modificado siquiera, las disposiciones á que se ha hecho referencia.

Sin embargo, habiendo sido adoptado tambien dicho Código provisoriamente por el Congreso para la Capital; y observándose que en el art. 4º se declara: no ser aplicable á los delitos de imprenta, por no comprenderlos, se pretende que con esto solo han quedado derogadas las mencionadas disposiciones vigentes en la Capital, como parte de la Provincia, antes de la publicacion de aquel.





A juicio del Fiscal esta opinion es equivocada, é implica una contradiccion; porque si el C. Penal cual sucede en efecto, no legisla sobre delitos de imprenta declarándolo así el art. 4º en términos expresos, no puede por lo mismo en manera alguna haber derogado la legislacion existente en la materia á la época de su publicacion; antes bien esta debe conservarse y subsistir sin alteracion tal como se encontraba.

Ya hemos explicado á que antecedentes y principios responde, que el Código Penal no estatuya ni legisle sobre los delitos de imprenta. No ha sido su mente de modo alguno suprimir del catálogo de los delitos los abusos que se cometen por la prensa, sino solo reservar la reglamentacion de ésta á las Provincias á las cuales correspondía; y que por esto se ha considerado impropia en un Código que habia de ser sancionado por el Congreso Federal, que se encuentra inhibido por la Constitucion de legislar para aquellos en tal materia, al menos en el sentido que generalmente se ha dado al artículo 32.

Si del hecho de no ocuparse el Código Penal de los delitos de imprenta, se pudiese inferir que han sido suprimidos, y que hoy no existen tales delitos, ni son punibles los abusos de la prensa, otro tanto debería decirse de las contravenciones policiales, de los delitos militares y en fin, de los del fuero Federal; porque el Código prescindiendo de ellos igualmente que de los delitos de imprenta, tampoco los define ni castiga, pues, que no los comprende.

El Código Penal es una ley de fondo, que poca relacion tiene con las de forma, que determinan el enjuiciamiento, estableciendo la organizacion y competencia de los Tribunales; y por la misma causa por la cual no legislaba sobre los abusos de la prensa, la de ser materia reservada á las Provincias, tampoco debía alterar la organizacion de la magistratura y la jurisdiccion atribuida á los diversos Juzgados, porque todo esto como la sancion del Código de Procedimientos, pertenece exclusivamente á aquellas y no corresponde al Congreso.

Aunque el Código Penal no clasifica los delitos de imprenta



ta ni establece su penalidad, hablando de injurias y calumnias, contiene una disposicion en la cual se advierte que léjos de derogar en los delitos cometidos por la prensa, la ley que permitia ocurrir á la Jueces, supone por el contrario, en conformidad á esa disposicion, que estos á veces conocerán en tales causas.

El artículo 313, en efecto, ordena: que cuando la calumnia ó injuria «se hubiese propagado por medio de la prensa», el Juez ó Tribunal ordenará, si lo pidiese el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos ó periódicos y á costa del culpable la sentencia ó satisfaccion.

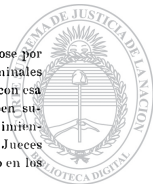
V

Tambien se hace argumento para demostrar la insubsistencia en la actualidad de las disposiciones provinciales que quedan mencionadas, y que regían antes sobre delitos de imprenta, del hecho de la federalizacion de esta Capital y de la ley que en consecuencia se dictó, organizándose de nuevo la magistratura, y determinándose las atribuciones de los Tribunales.

Se observa, pues, que ni entre las atribuciones de los Juzgados del Crimen y Correccional, de que se ocupan los artículos 52 á 55, se menciona la de conocer en los juicios de imprenta, ni en las disposiciones complementarias contenidas en el título final, se encuentra alguna que conserve en vigencia las que antes habian regido sobre imprenta en la Provincia, como se hace respecto del Código Penal.

Lo primero no tiene importancia, desde que en los citados artículos se adjudica á dichos Tribunales, segun la gravedad de éstas, la generalidad de las causas, que con arreglo á las leyes de procedimientos pertenezcan á la Jurisdiccion de la Capital, entre las cuales, por lo expuesto, deben considerarse comprendidas las que versen sobre delitos de imprenta.

Además, en el artículo 312 de la Ley Orgánica, se declara:



que los Tribunales de la Capital, continuarán rigiéndose por las leyes de procedimientos civiles, comerciales y criminales que regían en la Provincia en cuanto sean compatibles con esa ley, hasta tanto se dicten por el Congreso las que deben subrogarlas, siendo, fuera de toda duda, leyes de procedimientos criminales, las que declaraban competentes á los Jueces ordinarios para conocer indistintamente con el Jurado en los delitos de imprenta.

Hay equivocacion en suponer que deben considerarse caducas por virtud del hecho de la federalizacion, todas las leyes que habían regido en la Provincia de cualquier clase que sean, á las cuales no se haya conservado expresamente en vigencia por disposiciones especiales del Congreso.

Es cierto que cesando en la Capital la Jurisdiccion antes ejercida por la Provincia, debían caducar *ipso jure*, las disposiciones de carácter político, porque ésta se gobernaba, basadas exclusivamente en su autoridad, como, por ejemplo, su Constitución.

No debía suceder lo mismo, sin embargo, con todas las demás, entre las cuales las habia de muy diversa naturaleza: y mucho menos podían, ni debían considerarse caducas, aquellas que en épocas anteriores y en un orden de cosas distinto, habían tenido origen en la autoridad de la Nación: que era restablecida por virtud del nuevo arreglo.

Tal sucedía con la que, despues de la revolucion, conservó fuerza legal á los Códigos Españoles, en que se contenían las penas que los Jueces ordinarios segun la ley del 57, debían aplicar en los delitos de imprenta, con las modificaciones introducidas por la práctica ó requeridas por la naturaleza especial de los mismos: que era disposicion emanada del Congreso de 1817, y se hallaba consignada en el Reglamento que éste sancionó aquel año, para la Administracion de Justicia.

Resumiendo, Exma. Cámara, para concluir: el Fiscal cree haber demostrado, que habiendo existido en la Provincia de Buenos Aires, disposiciones que definían, clasificaban y penaban los delitos de imprenta; atribuyendo su juzgamiento



to indistintamente, al Jurado ó á los Jueces ordinarios, los cuales debían castigarlos con las penas comunes de los Códigos Españoles modificadas de la manera que se ha explicado, nada innovó ni pudo innovar al respecto el Código Penal, por lo mismo que se abstuvo de legislar en esta materia.

Que tampoco introdujo alteracion en ella la Ley Orgánica de los Tribunales, la cual, segun se ha observado, se refiere á los procedimientos criminales, que antes habian en la Provincia declarándolos vigentes: en fin, que no pudo enervar las disposiciones de que se trata, la caducidad de la autoridad provincial, por las razones indicadas.

Es, pues, inexacto que hoy no existan en la Capital, como sostiene el apelante, leyes que rijan los abusos de la prensa, y que en tal virtud haya dejado de ser competente, segun lo pretende, para conocer en ellos el Juez Correccional, que lo era anteriormente.

Resulta, por tanto, fundada, y debe confirmarse, la resolucion de que se ha apelado, en que se desecha la excepcion de incompetencia opnesta al Inferior; mucho mas cuando se considera que, aun á ser cierto el fundamento en que la apoya el demandado, no constituiria una excepcion dilatoria que impidiese el ingreso del juicio; sino que importaria solo una razon de fondo que debería alegarse en la defensa, y ser resuelta en definitiva.

Accion del marido para acusar las injurias hechas á su mujer

SUMARIO

Exposicion del caso, y origen de la dificultad.—La redaccion oscura del artículo 314 del C. Penal ha inducido en error á la apelante, dejándole comprender que el marido no puede acusar las injurias hechas á la mujer.—Sin embargo, examinada atentamente, y recurriendo para explicarla á los principios de la materia, no tiene seguramente el significado que se le atribuye.—Desde el Derecho Romano quedó establecido que de un mismo hecho criminal ó ilícito puede nacer accion á varias personas; sin que el Código haya modificado este principio.—La declaracion pues, de que estando viva la persona injuriada, solo ella puede quejarse importa únicamente considerar la injuria delito privado, del cual no nace accion popular.—Esto no equivale á resolver que un hecho no pueda agraviar á muchas personas ó que no se ofenda al marido con las injurias inferidas á la mujer.—Mucho menos importa decidir que la persona agraviada por la injuria no pueda querellarse por medio de procurador; ó desconocer en el caso, la personería de los representantes de los incapaces, cuando lo fuese el injuriado.—Así lo explica terminantemente Pacheco exponiendo una disposicion análoga del C. Español de la cual ha sido tomada la del artículo 314 del nuestro.—La resolucion contenida en la 2.^a parte de este artículo, concediendo accion de injurias á los deudos, se refiere á una hipótesis diversa de la á que alude en la 1.^a—En esta se trata de la injuria hecha á persona viva; mientras en aquella se habla de la que se irroga á la memoria de un muerto.—No puede por tanto contraponerse dicha resolucion acordando accion de injurias á los deudos, á la de la 1.^a parte que la niega en general, para deducirse de aqui que ni aquellos la tienen.—Aún admitiendo que la injuria agravia tambien á los deudos; como la muerte disuelve todo vínculo de parentesco, respecto á la injuria hecha á un muerto, podria dudarse si les correspondiese alguna accion.—Ha sido necesario por esto resolverlo especialmente; y se ha hecho concediéndoles accion, cuando la injuria fuese trascendental á ellos mismos; y acordándosela siempre al heredero.—Queda pues subsistente el



principio de que por un mismo hecho pueden resultar injuriadas diversas personas, siéndolo efectivamente el marido por las que se causen á la muger. Es por tanto, justa, la resolución apelada que así lo declara, y en consecuencia debe confirmarse.



Erna. Cámara: — Habiendo reconvenido D. Pedro Bartollini, demandado sobre injurias reales por Da. Rosa R. de Retagliodi á la acusadora, con las que ella misma infirió á su esposa Da. Maria Panieri, aquella por artículo de previo pronunciamiento, le opuso la falta de accion; y siendo desechada esta escepcion, como tambien la revocatoria que solicitó de esa resolución, interpuso para ante V. E. el recurso de apelacion, que le ha sido concedido en relacion.

Al desconocer la acusada toda accion en Bartollini para querellarse por las injurias hechas á su mencionada esposa, se funda en el art. 314, del Código Penal en el cual se declara: «que estando vivo el ofendido, nadie sino él puede acusar por injurias ó calumnias; y que habiendo muerto podrian ejercer la accion los ascendientes, descendientes, hermanos ó cónyuge del difunto agraviado, si fuese trascendental á ellos la ofensa y en todo caso el heredero.»

No hay du la que la redaccion oscura de esta disposicion ha podido inducir en error á la apelante, dejándole comprender que ella quita todo derecho al marido para quejarse por injurias hechas á su muger, mientras esta se encuentre viva; pero examinada atentamente y consultándose, para esplicarla, los principios de la materia, no tiene seguramente, el sentido ó el significado que se le atribuye.

Desde el Derecho Romano quedó establecido de una manera incontrovertible, que de un mismo hecho criminal ó ilícito podian nacer acciones contra su autor á diversas personas, que á veces serian injuriadas ó damnificadas conjuntamente.

«Cualquiera puede sufrir injuria, se dice en las Instituciones, no solo en si mismo, sino tambien por medio de los hijos, que se encuentren bajo su potestad, ó por su muger; pues esta es la opinion que ha prevalecido: de suerte que si se



injuria á una muger casada, se puede deducir accion, no solo á su propio nombre, mas tambien en el del padre ó del marido. § 2, tit. IV, Lib. IV.

Estos principios, Exma. Cámara, fundados en la razon y en la naturaleza de las cosas, no han sido modificados, ni podrian serlo en manera alguna: la declaracion pues, contenida en el precitado artículo 314, de que estando viva, cuando se hace la injuria, la persona contra quien se dirige, nadie mas que ella puede quejarse, lo que importa es que aquella debe considerarse como un delito privado del que no nace accion popular, ni puede ser perseguido de oficio.

Declarar que estando vivo el injuriado nadie mas que él puede quejarse, no equivale de modo alguno á resolver quienes resulten injuriados por un hecho, y decidir que no puede serlo mas de una sola persona: ó en fin que con las injurias hechas á la muger no se agravie tambien al marido; pues estas son cosas muy diferentes, y que no tienen la menor conexcion con la indicada declaracion.

Mucho menos, el establecer que nadie mas que la persona agraviada puede quejarse de la injuria, importa escluir la intervencion de un procurador, si aquella quisiese constituirlo para gestionar por medio de este sus derechos; porque deba obrar personalmente, ni en fin eliminar la personeria de los representantes legales de los incapaces, cuando lo fuese el injuriado.

Así pues, aunque admitiésemos, que la espresada declaracion consignada en el art. 314, significase que por un hecho injurioso nadie mas debiese considerarse ofendido, ni naciese accion alguna en favor de otra persona, que aquella contra la cual fuese dirigida la injuria, no se seguiria de aqui el que siendo demente esta persona, no pudiera acusar en representacion suya el curador, si fuese hija de familia, el padre, si muger casada, el marido.

Habiendo sido tomada la disposicion de que se trata, de nuestro Código Penal, segun lo manifiesta su propio autor, del Código Español, el cual ha sido espuesto y esplicado por



Pacheco, este tratando la materia, nos previene; que no hay necesidad de decir que por la persona que no puede comparecer en juicio, ha de ejercitar la accion de injuria, el que legalmente tuviera su voz y representacion, Comentario al art. 391, tomo 3.º, pág. 208.

La suposicion á que se refiere en su segunda parte el precitado art. 314, en que concede la accion de injuria á los ascendientes, descendientes, cónyuge y en fin, al heredero, diciendo *si hubiere muerto* (el ofendido) *podrán ejercer accion*, no es la de que este hubiese fallecido despues de haber recibido la injuria; sino de que cuando se le infiera, hubiese fallecido ya, ó en otros términos, que la injuria sea hecha á un muerto.

No puede por esto contraponerse la resolucion concediendo accion á los deudos mas inmediatos, á la de que estando vivo el ofendido, nadie mas que él puede quejarse de injuria, segun se declara en la primera parte, é inferirse de aquí, que entonces no deben tener accion alguna; pues refiriéndose, como se ha observado, las dos partes del artículo á distintos casos: mientras el primero, ninguna dificultad ofrecia, no sucedia lo mismo con el segundo.

Admitiéndose que las injurias hechas en vida afectan á los deudos mas inmediatos, á quienes deba por esto concederse accion, como la muerte rompe todo vínculo de paternidad ó filiacion, parentesco ó afinidad, parece que ninguna accion debiera reconocérseles, por la injuria hecha á un muerto, y por eso el Código, solo se la concede, cuando la ofensa fuese trascendental á ellos mismos.

Respecto del heredero, puede decirse que por mas que la accion de injurias, sea personalisima, y no se trasmita al sucesor, sino cuando hubiese sido ya deducida en juicio, aquí no hay trasmision, sino que la accion ha nacido junto con la injuria, despues de la muerte de su causante; y que identificándose la persona del heredero con la de aquel, la deshonra que á este se haga, lo agravia á él mismo.

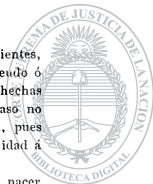
Tales son, Exma. Cámara, los motivos de la resolucion,

reconociéndose accion á los ascendientes, descendientes, cónyuge y heredero, por las injurias hechas al deudo ó al causante despues de su muerte: respecto á las hechas en vida, y mientras el agraviado: la conserva, el caso no ofrece dificultad que exigiera una decision especial, pues la indicada accion procedia naturalmente en conformidad á los principios establecidos.

Segun estos, de un mismo hecho injurioso puede nacer y nace efectivamente accion á la vez á varias personas, á quienes deshonre ó agravie: estas pueden tambien entablarla personalmente, ó por procuradores: en fin, cuando sean incapaces, su ejercicio corresponde á sus representantes legales; y el marido no solo lo es de su esposa, sino que tiene accion propia, y puede deducirla á su propio nombre, por las injurias que á aquella se infieran.

De estos principios se deduce el acierto de la resolucion apelada al desechar en el caso propuesto la escepcion de que el acusado, en la reconvencion que ha deducido, por injurias reales inferidas á su esposa, carece de toda accion; siendo de sentir por tanto el Fiscal que debe confirmarse dicha resolucion.

Buenos Aires. 18 de 1886



SECCION III

Materias mercantiles

VISTA LXI



PROTESTO DE BILLETES AL PORTADOR

Exma. Cámara: — Don Juan B. de Elizalde ocurre á V. E. por virtud de la Superintendencia que la Ley Orgánica de los Tribunales confiere á la Exma. Cámara sobre los empleados inferiores de la administracion; y espone: que siendo tenedor de billetes del Banco Nacional, que representan un valor de 16.265 pesos oro, había ocurrido hacia varios dias, á la oficina de ese establecimiento, á fin de que le fueran convertidos en dinero efectivo, lo cual no había obtenido.

Que en consecuencia de habérsele rehusado la conversion, se había valido de los Escribanos Lopez y Durao, para que presentándose en la oficina de dicho Banco, le requiriesen formalmente el pago de los mencionados billetes, y en caso de no verificarse, los protestasen.

Que efectivamente, los Escribanos se presentaron en el Banco al objeto espresado, sin obtener tampoco la conversion, demorándoseles artificiosamente, y dándose lugar así á que llegase la hora en que se cierra el establecimiento; y aunque él por su parte, los requirió entonces para que formalizasen el protesto, por razones que ignora, se habian abstenido de hacerlo.

Que en mérito de lo espuesto venía á entablar queja formal; y para evitar los perjuicios que podía ocasionarle el proceder de los indicados Escribanos, pedía á V. E. se sirviese nombrar uno *ad hoc* con el objeto de que requiriera al Banco Na-



cional el pago de la espresada suma: y en defecto de este, proteste los billetes que la representen.

Para estimar debidamente, Exmo. Señor, la conducta de los Escribanos Lopez y Durao, en el caso referido, al abstenerse de verificar el protesto al Banco Nacional, que se les exigió por Elizalde, de los billetes que dice haberles presentado, se hace necesario ante todo, examinar si los documentos de que se trata requieren por su naturaleza, ó admiten legalmente el protesto mercantil.

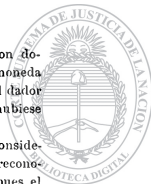
El C. de Comercio, segun puede observarse en el título que se refiere al contrato de cambio, habla del protesto á propósito de las letras, exigiéndolo como formalidad indispensable para conservar su eficacia, salvando la responsabilidad de los endosantes y la del mismo librador en ciertos casos, que de otra suerte se perdería.

El protesto mercantil es aplicable tambien, sin duda alguna á los vales concebidos á la órden, que el Código cualquiera que sea su procedencia, reputa papeles de comercio, y equipara hasta cierto punto á las letras, pues que como ellas son endosables, si bien en estos, por razon de ser uno mismo el firmannte y el pagador, en realidad no hay necesidad de protestarlos para conservar su responsabilidad, y si solamente para salvar la de los endosantes.

Las letras se protestan indispensablemente por falta de aceptacion ó de pago. En los vales á la órden, siendo aceptados desde que se espiden, por el mismo que se obliga á pagarlos, el protesto únicamente puede tener lugar por falta de pago; y esto solo para conservar, segun se acaba de espresar, la responsabilidad de los endosantes.

Si embargo, en la práctica se protestan tambien aun cuando no hubiesen sido endosados; lo cual viene sin duda de la declaracion hecha en el Código, de no ser despues necesario el reconocimiento judicial de la firma que suscribe una letra, cuando el firmannte no la ha negado en el acto de serle protestada aquella.

Ahora bien, los billetes de que hoy se trata espeditos por



el Banco Nacional, siendo concebidos al portador no son documentos endosables, pues haciendo las veces de moneda se transmiten por su simple entrega verificada, la cual, el dador ninguna responsabilidad conserva, lo mismo que si hubiese entregado dinero efectivo.

Tampoco en los enunciados documentos puede considerarse necesaria en manera alguna, la formalidad del reconocimiento judicial de las firmas que los suscriben, pues el Derecho las considera auténticas, clasificando aquellos documentos de instrumentos públicos.

No es procedente por tanto, respecto á los billetes al portador emanados del Banco Nacional, el protesto mercantil que se intentaba realizar; y así deben haberlo comprendido sin duda los Escribanos Lopez y Durao al abstenerse de verificarlo; sin que en ello hayan faltado á su deber ni incurrido en responsabilidad.

V. E. en concepto del Fiscal debe declararlo, y en consecuencia abstenerse tambien de designar Escribano que en defecto de aquellos, verifique el indicado protesto como se pretende, pues segun queda demostrado, este acto no sería regular.

Buenos Aires, Setiembre 5 de 1884.

De conformidad con esta vista, la Cámara dictó la siguiente:

RESOLUCION

Autos y vistos—Estando de acuerdo las consideraciones aducidas por el señor Fiscal con la última parte del artículo 916 del Código de Comercio, no ha lugar á lo solicitado y archívese.

BUNGE

PERALTA
BARRA

BENITEZ
ORTIZ

Ante mí—

C. Miguel Perez,
Secretario.

Protocolizacion de una escritura pública de sociedad mercantil otorgada en el extranjero

SUMARIO:

Esta diligencia ha sido denegada por el Juez, suponiendo no expresarse en aquella el lugar de su otorgamiento, y por no haber intervenido en éste todos los socios.

Exma. Cámara: — Don James Caldwell Cifford, comerciante establecido en esta plaza, se presentó al Tribunal de Comercio manifestando que él y el Sr. William Dawidson, residente en Inglaterra tenían formada una sociedad bajo la razon de «Gifford y Compañía.»

Que el expresado su socio habia consignado ó declarado por la escritura pública tipográfica que acompañaba, otorgada en Liverpool, á 2 de Junio del corriente año y debidamente autenticada, las bases ó condiciones de la referida sociedad.

Que siendo estas exactas y mereciendo su aceptacion, venia en manifestarla formalmente por el pedimento que presentaba, solicitando que tanto éste, una vez autenticada su firma, como la mencionada escritura, se mandasen protocolizar en el Registro correspondiente.

El Juez de Comercio no ha hecho lugar á esta solicitud; y la desecha por la resolucion de que se apela, la cual se funda en dos razones: 1ª En que en la referida escritura no se





expresa el lugar de su otorgamiento: lo cual es esencial segun nuestras leyes, para que pueda juzgarse de las formas á que ha debido arreglarse.

2ª En que debiendo manifestarse el consentimiento por correspondencia ó por agentes cuando se trata entre ausentes, la referida escritura, en la cual figura solamente una de las partes, no puede estimarse como un contrato, pues no hace constar en la forma que correspondía, el consentimiento común de ambos contratantes.

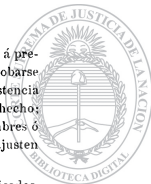
Por lo que respecta á la omision de la primera de las expresadas formas, el hecho es inexacto; porque si bien es verdad, que ni al principio, segun se estila entre nosotros, ni tampoco en el cuerpo de la escritura, se expresa el lugar de su otorgamiento, como puede verse á f. 8, este se encuentra expresado á continuacion de la firma del Escribano, por estas palabras: «A presencia de Arturo Reighman, Notario Público—Liverpool.

Seguramente, Exma. Cámara, que esto no sería suficiente, segun nuestras leyes, y que antes bien la escritura resultaría nula, porque el lugar del otorgamiento como la fecha, deben expresarse en el cuerpo de la escritura, antes de las firmas.

No sabemos, sin embargo, el que suceda lo mismo por las leyes inglesas, vigentes en Liverpool, á las cuales es que ha debido ajustarse en cuanto á las formas la referida escritura: ni es ahora del caso resolver sobre este punto, desde que á su respecto no existe controversia alguna, ni han sido oídos en juicio los interesados.

El mencionado documento es evidentemente una escritura pública otorgada en el extranjero, y que se presenta debidamente autenticada: lo cual basta para que deba ser protocolizada: pues esta diligencia, á nadie puede perjudicar, desde que deja completamente á salvo el derecho de las partes para anularla, objetando y probando los defectos de forma que pudiera contener con arreglo á las leyes inglesas.

Nosotros no conocemos estas á fondo; y sería demasiado



aventurado entrar á decidir sobre ello, ó mejor dicho, á pre-juzgar sobre un punto que en todo caso debería comprobarse y discutirse entre los interesados; puesto que la existencia de una ley extranjera, es para nosotros simplemente un hecho; y no podemos exigir en manera alguna, que las costumbres ó prácticas y estilos forenses de los diversos Estados se ajusten precisamente á los nuestros.

En lo que concierne al segundo de los puntos indicados, en que se supone haber defecto esencial de forma en la escritura de que se trata, á juicio del Fiscal hay equivocacion en la resolucion apelada.

El que el consentimiento entre ausentes, pueda manifestarse por cartas ó por agentes debidamente autorizados, no excluye el que tambien pueda hacerse en documentos separados, como se deduce de los mismos artículos del Código citados en los considerandos del auto mencionado.

Salvo los casos de escepcion, en que el consentimiento de las partes deba manifestarse simultáneamente, y en un mismo acto, el Fiscal no divisa inconveniente alguno legal, para que una propuesta ó una declaracion que interese á varias personas, no pueda ser hecha en un documento y aceptada por otro de la misma naturaleza.

En el caso de que se trata, uno de los sócios por escritura pública, declara y hace constar las condiciones en que tiene contraída con otra sociedad: y éste á su vez por un escrito, cuya firma está dispuesto á reconocer judicialmente á fin de que se protocolice, declara á su vez que acepta las espresadas condiciones.

Si, pues, la primera escritura, aunque pública, no constituye, seguramente un contrato, por cuanto no hace constar el consentimiento comun, éste resultará de la nueva escritura agregada á la primera: por que el documento privado reconocido en juicio y protocolizado se convierte en escritura pública; y de ambas resultará, ó puede por lo menos resultar un contrato perfecto; sin que sea oportuno decidirlo, cuando se

pide solamente la protocolizacion de los indicados documentos.

Fundado en estas consideraciones, el Fiscal opina que no es acertada, y que debe revocarse la resolucion de que se apela, por la cual no se hace lugar á la diligencia solicitada.

Buenos Aires, Octubre 1° de 1885.



VISTA LXIII

**Aplicacion de la Ley de Sellos á los contratos celebrados en el
Extranjero, para tener efecto en el País**

SUMARIO :

Aquella debe hacerse distinguiendo segun que la ejecucion en la República haya de ser total ó parcial.

Exma. Cámara:—Habiéndose presentado en el Tribunal de Comercio los Sres. Th. Bracht y Ca. representantes en ésta de una Sociedad Anónima de Seguros establecida en Londres, con un capital de dos millones de libras; y pedido que en virtud de hallarse ya reconocida como persona jurídica por el Exmo. Gobierno Nacional, fuesen registrados en dicho Tribunal los estatutos que acompañaban, adjuntando dos sellos valor de quinientos noventa pesos, para reposicion de papel, en la inteligencia de que se trataba de un asunto de valor indeterminado, por cuanto no se precisa en parte alguna el importe del capital que la sociedad adjudique, ó piense señalar á la sucursal que se ha de establecer en ésta, el Juez de Comercio entendiendo las cosas de otro modo, é interpretando en diverso sentido la Ley de Sellos, ha ordenado se verifique la reposicion con el pago del uno por mil sobre el expresado capital total; y habiéndose apelado esta resolucíon, ha concedido el recurso en relacion.





En concepto del Fiscal, la resolucíon apelada es poco equitativa y la mencionada Ley de Papel Sellado, se interpreta en el caso ocurrente de un modo perjudicial al comercio y á la conveniencia pública, la cual aconseja ciertamente en un país como el nuestro, despoblado y pobre en su mayor parte, promover y facilitar con efectivas garantías, la introduccion de capitales extranjeros, que aplicados á la agricultura, el comercio y la industria, atraigan poblacion laboriosa, y desarrollen la fuerzas económicas de aquel; obrándose, sin duda, en sentido contrario, cuando el capital, antes de emplearse, ni haber producido todavía provecho alguno, fuese gravado con impuestos enormes y de todo punto desproporcionados.

El Fiscal al ocuparse del caso en cuestion, ha creído conveniente recordar estos principios, por cuanto es regla establecida en Jurisprudencia, que en la interpretacion de las leyes no debe perderse de vista la conveniencia pública, desde que el objeto de aquellas es precisamente, asegurarla y promover la felicidad del pueblo en cuyo nombre se dictan, y que, por consiguiente, jamás deben olvidar los Legisladores, ni dejar tampoco de consultar los magistrados.

Descendiendo, ahora, al caso que se presenta, conviene observar que si bien es cierto que la Ley de Sellos, no solo aplica este impuesto á los contratos que se celebren en el país, sino tambien, á los que se otorguen en el extranjero para tener aquí su cumplimiento, en estos últimos al graduarse el importe de la contribucion de sellos segun el valor del contrato, no debe proporcionarse á la totalidad del capital, sino cuando la completa ejecucion deba tener lugar dentro del país.

Así, pues, tratándose de una sociedad anónima establecida en Lóndres para operar en diversos puntos, y que solo intenta establecer aquí una sucursal, el valor del papel sellado no puede graduarse por el capital íntegro dos millones de libras de que dispone la sociedad, pero del cual no se destinará sino una parte más ó ménos considerable, hasta ahora



indeterminada, al establecimiento, sostén y fomento de la mencionada sucursal.

Como lo indican los estatutos de la sociedad, ella se propone extender á muchos países sus operaciones, y si para abrirlas solamente, en cada uno de estos, habiese de sufrir una fuerte contribucion, no en proporcion á la parte de su capital que á ellos destinase, sino á la totalidad del mismo, es claro que éste vendria á ser absorbido en las operaciones meramente preliminares, haciéndose imposible alcanzar el objeto de la sociedad, que se reconoce por útil y provechoso, en el hecho de acordarse por el Gobierno á la expresada sociedad el carácter de persona jurídica.

Por estas consideraciones el Fiscal opina que efectivamente es equivocada la resolucion de que se apela, y que debe procederse en el sentido de que se trata de un negocio de valor indeterminado.

Gerónimo Cortés.

La Cámara, de conformidad con las conclusiones del Fiscal, dictó la siguiente sentencia:

Buenos Aires, Junio 11 de 1883.

Y vistos: Considerando que se trata de una sociedad anónima establecida en Londres, para operar en diversos puntos: que esta sociedad, solo intenta establecer en esta Capital una sucursal; que el valor del papel sellado no puede graduarse por el capital íntegro de esta sociedad, sino por una parte más ó ménos considerable, hasta ahora indeterminada, al establecimiento, sostén y fomento de la sucursal.

Por esto y demás consideraciones expuestas por el señor Fiscal, se revoca la resolucion apelada corriente á fojas setenta y cuatro, y se declara que el sello que corresponde en el presente caso con arreglo á los artículos dos, inciso segundo y cinco, inciso segundo de la Ley de Sellos, es de diez pesos moneda nacional por foja y devuélvanse.

Repónganse los sellos.

ORTIZ

BENITES

BARRA

Ante mí—

C. Miguel Perez,
Secretario.



Tribunal competente para demandar una suma de dinero prestada aquí, por un comerciante, á una empresa de minas de la Rioja

SUMARIO :

El préstamo de dinero solo es mercantil cuando versa entre comerciantes y se destina á objetos de comercio—Una empresa minera que solo procura materias primas, no puede equipararse á una fábrica que las elabora y transforma; ni debe por tanto considerarse mercantil—No le son pues aplicables los artículos del C. de Comercio que determinan el lugar del pago, estableciendo que en el préstamo, á no mediar estipulación especial, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor—El caso se encuentra en consecuencia regido por las disposiciones del C. Civil, que respecto á las obligaciones de entregar sumas de dinero, y en las concernientes al mútuo, no habiendo estipulación al respecto, establece que el lugar del cumplimiento será aquel en que se contrajo—Sin embargo, esta circunstancia no resuelve por sí sola, en favor de la competencia de los Tribunales del lugar en que se contrató—La Ley de Procedimientos requiere además, la residencia del demandado en este lugar, aunque fuese accidental, al interponerse la demanda—En el caso *sub judice* los demandados no se encontraban aquí cuando el juicio se entabló; y de consiguiente, los Tribunales de la Capital no son competentes para conocer en él.

Exma Cámara:— En concepto del Fiscal se ha procedido en este asunto, sobre la base equivocada de que se trataba de una obligación mercantil, cuyo conocimiento debía corresponder al Tribunal de Comercio, cuando en realidad no era así; y la obligación sobre que versa la cuestión debe considerarse puramente civil.

Se trata, Exmo. señor, de una deuda de dinero por adelantos ó préstamos hechos por la casa de comercio de los señores Enrique Ochoa y Ca. de esta ciudad á la sociedad Almonacid y Parchape de la Rioja.

Como el préstamo no es un acto esencialmente mercantil, que pudiera equipararse al otorgamiento de una letra de cambio, solo accidentalmente puede revestir aquella clasificación, como sucede igualmente en la compra-venta, á saber : si el acto tuviese un objeto mercantil y versase tambien entre comerciantes, pues de otra suerte, aunque podria serlo tal vez para uno de ellos, no lo sería quizá para el otro. Obarrio, Código de Comercio concordado y comentado, Tom. 1º, N. 23.

Ahora bien, Exmo. Señor, aunque en el contrato de que se trata, el prestamista era efectivamente una casa de comercio, no lo era por cierto quien lo recibia, á saber : la sociedad Almonacid y Parchape, que es una empresa minera y por lo mismo el dinero prestado, no tenia tampoco un objeto mercantil, sino la habilitacion ó explotacion de una mina.

El art. 7º del Código de Comercio, que determina los actos que deben reputarse mercantiles, no comprende en ninguno de sus incisos la explotacion ó laboreo de minas, que no pueden considerarse incluidos entre las fábricas ; porque mientras estas se proponen elaborar materias primas, trasformándolas, la industria minera se propone solamente proporcionar dichas materias como son los metales en bruto.

La industria minera no pertenece pues al comercio ; los que la ejercen constituyen un gremio especial, y ella tiene tambien su código propio, que reglamenta todo lo concerniente á ese ramo.

Que la sociedad Almonacid y Parchape tiene por objeto principal el laboreo y explotacion de minas, lo declara espresamente el contrato social, y lo manifiesta tambien la solitud dirigida al Juez de Chilcito por la espresada sociedad,





la cual se denomina ella misma Empresa minera establecida en aquella plaza.

De aquí se deduce claramente, Exmo. Señor, no ser aplicables al caso, para determinar el lugar en que debía verificarse el pago, el art. 331 del Cód. de Comercio, en que se dispone que no habiendo lugar señalado en el contrato, ni tratándose de cosa cierta, el pago deberá verificarse en el domicilio del dador, ni el 705, que con atingencia mas directa á la cuestion determina, que cuando no se ha expresado el lugar en que ha de hacerse la devolucion del préstamo, esta debe realizarse en el domicilio del deudor.

Si se tratase, en efecto de una obligacion mercantil, estas disposiciones sumamente espresas y terminantes, dejarían resuelta de todo punto la cuestion ; pero no sucede así, y demandada una empresa minera por un préstamo, que tenia ciertamente por objeto, la habilitacion y explotacion de una mina, debe estarse sin duda á las disposiciones del Código Civil.

En este, Exmo. Señor, la materia del lugar del cumplimiento del contrato, ó en que deba verificarse el pago, se encuentra sumamente confusa, y se halla sometida á una multitud y diversidad de reglas, que no es facil conciliar exigiendo su esposicion demasiado espacio.

Baste establecer que para evitar la contradiccion entre las indicadas disposiciones y armonizar unas reglas con otras, es necesario separar las generales de las particulares, y aun entre estas las que son mas ó menos especiales, dando siempre preferencia á las que tengan mas directa aplicacion al caso.

Por esta razon en el presente, prescindiéndose de todas las demas, debería tenerse en consideracion solamente el art. 45 del capítulo «De las obligaciones de dar sumas de dinero» y su correlativo el 23, tit. «del mútuo, ó empréstito de consumo», donde tratándose en particular de las obligaciones de entregar dinero, y aun mas especialmente de la devolver el préstamo en dinero, se determina que si no estuviese deter-



minado el lugar en que se ha de cumplir la obligacion, deberá cumplirse en aquel donde fué contraida.

Estos artículos del Código Civil, que á juicio del Fiscal, es el que rige el caso, determinan en términos bien esplicitos, que á no mediar estipulacion contraria, ni tratarse de sumas de dinero entregadas como precio de cosas enagenadas, sino de las que deban darse en devolucion de lo recibido, ellas pueden ser exigidas en el lugar en que se contrató, aunque este no sea el domicilio del deudor.

Pero como lo observa el Dr. Segovia en las notas referentes al art. 24 «Del pago» y 8º «De las leyes», el lugar del cumplimiento del contrato ó en que debe verificarse el pago, no siempre determina la jurisdiccion y competencia de los Tribunales.

Así sucede en el presente caso, Exmo. Señor, pues aunque por lo espuesto se establece que esta ciudad, donde la obligacion se contrajo es el lugar donde debia verificarse el pago, tratándose de establecer la competencia de sus Tribunales, el art. 4º, inc. 3º de la ley de Procelimientos, exige ademas la residencia por lo menos accidental del demandado.

Será Juez competente, dice el indicado inciso, cuando se ejerciten acciones personales, como sucede en el caso *sub-judice*, si no hubiese lugar determinado para el cumplimiento de la obligacion, á eleccion del demandante, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, con tal que el demandado se halle en él, aunque sea accidentalmente : ahora bien, esto no sucedia en la demanda de que se trata.

Efectivamente, al entablarse, los Sres. Almonacid y Parchape no se encontraban en esta capital, sino que se hallaban en la Rioja, razon por la que los demandantes, manifestándolo así, pidieron se les citase por medio de exhorto que debia dirigirse á los Jueces de la Rioja, como se verificó.

Ha faltado pues, una condicion indispensable segun la ley, desde que se trataba de una accion personal, para que la obligacion de que derivaba pudiera surtir fuero ; y esta

consideracion única, sin aceptar la doctrina espuesta por el Agente Fiscal referente al lugar del cumplimiento de las obligaciones, ni la que basa la senteneia apelada relativa á la competencia de los Tribunales, decide al Fiscal á solicitar, como lo hace, el que se confirme la resolucion contenida en dicha sentencia.

Buenos Aires, Mayo 15 de 1882.



VISTA LXV

Sobre novacion de las obligaciones por la admision en pago de documentos

SUMARIO :

Relacion del caso: el recurrente presentó documentos al concurso de que era acreedor, demandando el pago, y pretendiendo el privilegio de constructor—El concurso admitiendo la doctrina sobre el privilegio, observó que no constaba la procedencia del crédito; pero reconoció en el interesado el derecho de acreditarla, como se acreditó efectivamente—Sin embargo, se pretendió entonces que era necesario el consentimiento de todos los acreedores; y el Juez de Comercio rechazó el privilegio bajo la consideracion de no haberse alegado en el acto del reconocimiento de los créditos—Apelada esta resolucioin, fué revocada: y en tal virtud el Juez debia pronunciarse nuevamente sobre el fondo de la cuestion—Así lo ha hecho desechando por segunda vez el privilegio, porque existiendo documentos, en su concepto, era inadmisibile la prueba testimonial, y porque aquellos llevan la cláusula de *valor recibido*—Respecto á la admisibilidad de los testigos en el caso, debe distinguirse la forma de las obligaciones y su prueba—Faltando la primera, con nada puede suplirse; mientras que la segunda se subsana muchas veces—La locacion de servicios no exige *pro forma* documento; y una vez prestados aquellos podfan acreditarse por testigos—La existencia de documentos no excluye en absoluto la prueba testimonial, sino en cuanto tienda á contradecirlos—Es permitido producirla para fijar mejor el sentido de los documentos, determinando enunciaciones vagas ó generales contenidas en ellos: doctrina de Bonnier—Esta doctrina es aplicable al caso actual, porque justificándose los servicios prestados á los fullidos, sin contradecirse el contenido de los documentos, se especificaba mejor el modo y forma del recibo de valores confesado en ellos—Además, el C de Comercio permite especialmente probar contra la causa de la obligacion expresada en los documentos de crédito—No es exacto que la expresion de *valor recibido* consignada en un documento, transforme la obligacion en mutuo; y produzca novacion respecto á la primera, haciéndole perder sus privilegios—





La enunciada cláusula solo tiene por objeto determinar las relaciones de acreedor ó deudor entre el firmante y el tomador del documento — Sentido equívoco del art. 700 del C. de Comercio sobre la naturaleza del mútuo; el cual se ilustra con la doctrina del Dr. Velez en la materia — Por la sola espresion de *valor recibido* no se produce novacion; pues no se cambian las personas ni el objeto de la obligacion — El consignar en documento una obligacion; el hacerla mercantil ó ejecutiva, como el modificarla en otros accidentes, tampoco induce novacion — Para evitarse la novacion por el recibo de documentos, no es indispensable, segun el C. Civil, que en ellos mismos se espresen que se dán en pago de la primitiva obligacion — Segun el C. de Comercio, basta el que no se haya otorgado recibo simple del pago, sino que en aquel se haga referencia á la causa preexistente — Esta declaracion demuestra que no es indispensable al efecto indicado, el que los mismos documentos contengan igual referencia — En otro sentido, la opinion del Dr. Velez sería singular; pues que resultaría en oposicion á la doctrina comun, y en especial á la de Marcadé, que cita como concordante de la suya.

Ecma. Cámara:—El apelante se presentó en el concurso de que se trata cobrando 15,000 \$ m/c. importe de tres pagarés á la orden, que tenia contra los fallidos; y pretendiendo tambien que este crédito gozaba privilegio especial, en razon de proceder de trabajos de carpinteria en una casa perteneciente á la masa, sobre la cual finca y por causa análoga, se habia reconocido ya igual privilegio en favor del albañil y del herrero.

El Síndico, el Juez Comisario y el Agente Fiscal admitiendo la doctrina en que se apoyaba el privilegio reclamado, observaron solamente que no constaba el origen ó la procedencia del indicado crédito; pero reconociendo en el reclamante el derecho para justificarlo por informacion sumaria; en cuya virtud, y procediendo en el mismo concepto tambien el Juez de Comercio, le reconoció igualmente ese derecho; y mandó recibir la informacion ofrecida.

Esta se produjo en efecto, tan completa como podria desearse; pues el demandante acreditó realmente por la declaracion de los fallidos y por la de varios acredores, ser exacto que el crédito mencionado provenia de trabajos de carpinteria hechos en la indicada casa; y que ni siquiera po-



dia proceder de otra causa, por no haber tenido aquel otro negocio alguno con los fallidos.

Mas tarde el Sindico pretendió tachar de insuficiente la referida prueba, sosteniendo que no bastaban las declaraciones de algunos de los acreedores; pues para que pudiese considerarse completa, serian necesarias las de todos ellos, mas esta pretension es insostenible, y no se puede fundar seguramente en disposicion alguna legal, ni consideracion jurídica de ningun género.

Podria ponerse en cuestion si en el caso, sea admisible la prueba testimonial, pero si lo fuese, bastarian sin duda alguna, á producirla completa dos testigos, siempre que como sucede, resulten uniformes, y se les suponga bien informados, imparciales y veridicos; sin que se presente tampoco razon para exigir mayor número, porque estos tengan la calidad de acreedores, lo cual los hace precisamente, mas dignos de crédito: desde que declarando en favor del demandante, proceden contra sus intereses: asi es que en realidad la prueba producida por este es intachable.

A pesar de ella y de los antecedentes mencionados que establecian por otra parte, su admisibilidad, el Juez de Comercio, bajo la consideracion de que el privilegio no se habia reclamado, ni admitido en el acto del reconocimiento de los créditos; no pudiendo en su concepto deducirse despues, rechazó la demanda por auto de Marzo 8; pero apelada esta resolucion, V. E., encontrando insuficiente la razon alegada, tuvo á bien revocarla, y en consecuencia dicho Juez debia pronunciarse sobre el fondo de la cuestion.

Asi lo ha hecho por la sentencia nuevamente apelada de f. 102 que vamos á examinar, desechando segunda vez el privilegio reclamado, por cuanto en los documentos presentados se expresa la procedencia de la deuda, con la cláusula *valor recibido á mi satisfaccion*; y porque el hecho solo de haberse otorgado documento, excluye y hace inadmisile en el caso, la prueba testimonial.



Ninguno de estos fundamentos en concepto del Fiscal puede resistir un exámen detenido, á la luz de los principios, que esplican en su verdadero sentido las disposiciones á que se refieren, ni de consiguiente alcanza á justificar la resolucion de que se trata; la cual por el contrario resulta equivocada: veámoslo.

La disposicion del art. 975, Código Civil, que el Juez de Comercio invoca para rechazar en el caso presente la prueba testimonial, en realidad no puede tener en él aplicacion alguna, por muchas razones de que indebidamente se prescinde.

Al declarar dicho artículo, hablando de los actos jurídicos «que en los casos en que la expresion por escrito fuere exclusivamente ordenada ó convenida, no puede ser suplida por ninguna otra prueba», se refiere á la forma esencial requerida por la ley para la validez del acto ó pactada por los interesados como condicion indispensable.

Faltando efectivamente aquella forma en un contrato ó cualquier otro acto, este seria nulo y no produciria obligacion alguna, sin que pudiera admitirse prueba de lo contrario, la cual resultaria absurda, pues tenderia á acreditar una cosa imposible de Derecho, cual seria el valor juridico de un acto nulo segun la ley y que no habria podido existir.

Pero no debe confundirse, como lo hace la sentencia apelada, la forma con la prueba del acto; porque mientras que aquella no puede suplirse, ni aun por su equivalente, la prueba es cosa independiente de la validez del acto, sucediendo á la vez el que un acto válido no puede probarse, y el que, sin existir la clase de prueba que la ley determina, no deje, sin embargo, en sí mismo de ser obligatorio.

Así, á pesar de que en la enagenacion de bienes raices se requiere la escritura pública, si se hubiese convenido seriamente la venta de una finca, aun antes de extenderse la escritura, existiria en los contratantes la obligacion de otorgarla, y pueden ser compelidos á verificarlo, art. 1185.

Lo mismo debe decirse, segun el art. 1188, de los con-



tratos que, debiendo ser hechos por escrito, se hubiesen celebrado verbalmente: no se consideran perfectos como tales, pero valen como obligaciones de hacer; los cuales podrían probarse por otros medios, la confesion, por ejemplo; no siendo cierto, de consiguiente, que el hecho solo de exigirse ó de haberse adoptado como prueba la escrita, excluya absolutamente los demas medios de justificacion.

En la locacion de servicios, que fué el origen de la deuda entre los fallidos y el demandante, la ley no requiere *pro forma*, la escritura; no se convino tampoco *ab-initio* otorgarla; y si mas tarde mediaron documentos, ni se pactó esta como forma esclusiva de la prueba, ni la existencia de aquellos rechaza en absoluto los demás medios probatorios, cualquiera que sea el punto sobre que se origine la cuestion, y sobre el cual haya de versar la prueba.

El principio de que no se juzgan probados los contratos que tienen designada una forma especial de prueba, sino cuando esta se presenta, sufre varias escepciones, entre otras la de que hubiese mediado alguna prestacion, ó de que existiese un principio de prueba por escrito, respecto de aquellos que pueden hacerse en documentos privados, art. 1191.

Ahora bien, ambas escepciones serian aplicables al caso *sub-judice*, porque habiendo mediado antes de otorgarse los pagarés en cuestion, la ejecucion de servicios de parte del demandante, si los fallidos se hubiesen negado á satisfacerlos, habria sido admisible sin duda alguna, la prueba testimonial.

Y habiéndose otorgado posteriormente documentos, existe al presente, no solo principio de prueba por escrito, sino prueba completa de la obligacion. Si basta, pues, un principio de prueba escrita, para que se admitan testigos al objeto de justificar la obligacion, justificada esta y existiendo prueba completa por escrito acerca de ella. ¿Por qué se excluiria la testimonial, á fin solamente de indagar mejor el origen y procedencia de la obligacion, especificándose mas



detalladamente su causa determinada de un modo genérico en los documentos?

En realidad no hay razon alguna para esto; y cuando se dice: que la prueba escrita excluye la testimonial, es solo en el sentido de que por medio de testigos y fuera de los casos de escepcion, se pretenda contradecir, destruir ó desvirtuar el documento; no cuando por el contrario venga á apoyarlo y robustecerlo, alelantando no mas ó esclareciendo alguna enunciaciacion contenida en él.

Asi lo esplica Bonnier y su doctrina es en verdad sabia y razonable, hallándose aceptada en Francia por la Côte de Casacion: oigámosle «no debe tampoco darse una trascendencia exagerada á la prohibicion de probar contra el contenido de las actas ó escrituras. Esta prohibicion se refiere á las modificaciones que se pretendiera haberse introducido verbalmente en un convenio ó contrato, bien cuando se redactó la escritura, bien posteriormente.

«Pero no se entiende que se pruebe contra el contenido de las escrituras, cuando se completasen por medio de la prueba testimonial enunciaciones ambiguas ó insuficientes; cuando se determina, por ejemplo, que el dominio ó propiedad mencionados en tal título comprenden tales ó cuales terrenos». Sentencias de 23 de Enero de 1837 y 10 de Mayo de 1842.—Tratado de las pruebas tomo 1º, pág. 153, núm. 143.

Ahora pues, esto precisamente, y no otra cosa es lo que ha hecho el demandante por medio de testigos, demostrando que el origen de la obligacion fueron trabajos de carpinteria ejecutados y entregados á los fallidos; y determinando mejor la enunciaciacion contenida en los documentos, en que ellos se declaran deudores por valor recibido, con hacer ver en que forma lo recibieran efectivamente, como lo indican aquellos documentos.

Esto no contradice por tanto su contenido; antes bien lo corrobora y ratifica; debiendo serle de consiguiente permitido en todo caso al demandante, acreditarlo aun con testigos, mucho mas cuando segun lo reconoce el Síndico del



concurso. tratándose de documentos de crédito, el Código de Comercio permite especialmente, probar contra la causa en ellos espresada (art. 779 y 780): de suerte que de ningún modo el Juez *á quo* pudo fundarse en la existencia de vales á la orden, para rechazar la confesion y prueba testimonial sobre la causa de la obligacion que en ellos se menciona.

No es menos equivocado el otro fundamento de la sentencia apelada, de que cualquiera que hubiese sido el origen primitivo de la obligacion, habiéndose trasformado en documentos mercantiles con la espresion de *valor recibido*, esta se ha convertido en mutuo ó préstamo de dinero, cambiándose la causa, y operándose novacion, que hubiera desnaturalizado la primera obligacion, y le habria hecho perder todos sus privilegios.

Como lo declara espresamente el art. 779 del Código de Comercio, la enunciacion de valor recibido en una letra ó pagaré á la orden, no tiene otro efecto que el de determinar las relaciones existentes entre el firmante ó dador del documento y el tomador, á saber, como debe ser considerado cada uno de ellos, si acreedor ó deudor del valor del documento.

El que manda dar ó promete entregar una suma de dinero á la orden de otro, puede hacerlo sin haberle sido abonado previamente ese valor, anticipándolo él, y abriendo un crédito al tomador; ó bien encontrándose ya cubierto de antemano, estándolo debiendo, y tratando solo de pagarlo, segun las cuales hipótesis, resultará acreedor en el primer caso y deudor en el segundo, hasta que el documento sea satisfecho.

Esta es pues la cuestion ó la duda que viene á resolver únicamente la declaracion por parte del firmante de una letra ó pagaré á la orden de *valor recibido*, á saber, que él era deudor de su valor, y de consiguiente, abonado que sea el importe de la letra, no se lo quedará debiendo el tomador, sino que el librador se habrá descargado solamente de una obligacion, satisfaciéndola.

Valor recibido no quiere decir tampoco, que lo haya sido



por el firmante en dinero efectivo precisamente: puede muy bien haberle sido entregado en mercaderías, haciendas, fincas, trabajos ó cualquiera otra cosa que lo tenga en el comercio, por mas que él se obligue á satisfacerlo en dinero, como precio ó remuneracion.

Si, pues, el demandante habia hecho á los fallidos, trabajos de carpintería, por valor de 15,000 ó mas ps. m/c. y se los habia entregado en conformidad al contrato, aquellos sin alterar en nada la verdad de los hechos y sin modificar en nada tampoco la obligacion, bien podian declarar en un documento, como lo verificaron, que debian esa cantidad y que la procedencia de esa deuda era por valor recibido á su satisfaccion.

No siempre, entonces, ni las mas veces, la declaracion de valor recibido y la obligacion de satisfacerlo suponen préstamo, como lo ha entendido equivocadamente el Juez de Comercio, pues aquel pudo provenir de muy diversas causas y esta obligacion de muy diversos hechos: una compra á plazo por ejemplo, que nada tiene que ver con el mútuo, á menos que vencido el plazo el vendedor, dándose por pagado del precio, conviniese en dejarlo prestado al deudor: sin que conste una cosa semejante respecto del demandante, ni aparezca antecedente alguno que lo persuada.

Sin duda ha inducido en error al Juez de Comercio la declaracion demasiado genérica del artículo 700 del Código Mercantil, que considera mútuo todo hecho y toda obligacion cualquiera que sea su causa, que crea una deuda pagable en moneda ú otra cosa fungible.

No deja de ser cierto que en un sentido vago é impropio toda vez que se entrega cualquier valor, aunque no consista en cosa fungible, á pagarse en dinero á plazo, se concede crédito ó se presta: pero en sentido propio y estricto, no puede definirse el mútuo de esa suerte en que se le vendria á confundir, no solo con todos los contratos nominados, mas tambien con todas las obligaciones de dar cantidades de cosas.

«Habrá mútuo ó empréstito de consumo, dice el Dr. Velez, cuando una parte entregue á la otra una cantidad de cosas



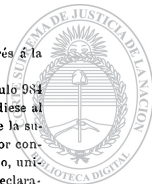
que esta última está autorizada á consumir, devolviéndole en el tiempo convenido igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad; la cosa que se entregue al mutuario, debe ser consumible, ó fungible aunque no sea consumible, arts. 2240 y 2241, Cód. Civil.

Se ve así, que en el mutuo la obligacion de restituir, debe provenir precisamente, de haberse recibido cosa de la misma especie y calidad; que no todas pueden ser materia del mutuo, sino únicamente las que no pueden usarse sin consumirse, ó por lo menos las que consideradas en especie, equivalen exactamente á otras del mismo género, sin que pueda, por tanto, concebirse siquiera la idea del mutuo, en la prestacion de un servicio para ser retribuido con dinero.

No produciendo, pues, de por sí la cláusula de valor recibido en un documento, préstamo de dinero, síguese que en el otorgamiento de los que se cobran, no es cierto que por su insercion, se cambiase la causa de la obligacion antes existente, ni que de consiguiente, se operase en esta, novacion que le hiciera perder su naturaleza y la prelacion que le correspondiese para el pago.

Esto es bien fácil demostrarlo, Exmo. Señor: toda novacion en efecto, es subjetiva ú objetiva (Aubri y Rau, Dro. Civil Francés, tomo 4º, pág. 221, N° 324) porque ó se cambian las personas del acreedor ó deudor de la obligacion, ó se varia ya sea el objeto ó la causa de la misma; mientras que en nuestro caso, sin haberse cambiado las personas, el objeto de la obligacion que consiste en una cantidad de dinero permanece idéntico, y tampoco se ha mudado como acabamos de demostrarlo, la causa que la originó.

Las modificaciones referentes al tiempo, lugar y forma del pago, no inducen novacion, C. C., art. 812, ni la produccion tampoco las relativas al medio de prueba y modo de la ejecucion; como si lo que se hizo de palabra, se redacta por escrito; lo que solo constaba de documento privado, se consigna en escritura pública, aunque la obligacion venga á ser ejecutiva;



ó en fin, si para facilitar el pago se dán letras ó pagarés á la órden, aunque entonces llegue á hacerse mercantil.

Esto último lo declara en términos expresos al artículo 984 del Código de Comercio decidiendo que «si el deudor diese al acreedor billetes ó letras de cambio por el importe de la suma debida, el crédito originario subsiste, y el acreedor conserva los derechos y privilegios que tenia por el antiguo, unidos á las nuevas garantías dadas por el deudor». Declaracion que se encuentra confirmada por el art. 1674 y por el C. C. en el art. 813.

Se pretende, Exmo. Señor, restringir esta resolucion al caso de que en los mismos billetes ó letras se hubiese expresado que eran dados en pago de la antigua obligacion; y se quiere apoyar esa doctrina en la autoridad del doctor Velez, pero sin razon alguna, porque ni esto es cierto, ni el autor del Código lo sostiene tampoco.

En la nota del mencionado art. 813, explicando su disposicion, se expresa así: «El que recibe billetes ó letras diciéndose en ellos que se reciben en pago de la deuda, no causa novacion porque el recibo de esos papeles de crédito es hipotético, si ellos fueren pagados.»

El doctor Velez dice perfectamente, que cuando se reciben documentos expresándose en ellos que se dán en pago de la deuda, no se causa novacion en ésta; porque es la verdad; pero no dijo, ni quiso decir, ni habria podido hacerlo acertadamente, que toda vez que aquella circunstancia no se exprese en los mismos documentos, se produciria novacion, pues esto es muy diverso y no seria exacto.

El texto del artículo que comenta, solo requiere que la causa de la obligacion en los documentos sea la misma que en la anterior obligacion; pero puede muy bien serlo realmente, sin expresarse en ellos: es esencial, sin duda, una causa en toda obligacion jurídica; mas, no el que se exprese, pues, siempre se presume (artículo 197 C. de Com. 499 y 500 C. Civil).

El Código de Comercio, en el precitado artículo 984 lo



mismo que en el 1674, solo exceptúa de la regla general, de que la admision de billetes ó letras en pago de una obligacion, no importa novacion, el caso de que el acreedor hubiese otorgado recibo simple, sin referencia á las letras ó billetes; lo cual no consta ni aparece haber hecho el demandante en el caso de la presente cuestion.

Si bien se observa, la indicada excepcion consignada en el Código, de que se hubiese otorgado recibo simple de pago por el acreedor, sin hacer mencion alguna de los documentos, supone que en estos tampoco se haga referencia á la obligacion primitiva; pues de otra suerte, resultando por ellos mismos la identidad de ambas obligaciones, el consignarlo tambien en el recibo estaria de mas, y sería sobreabundante.

Que la mente del doctor Velez en las palabras transcritas, no fué la de exigir indispensablemente, para evitar la novacion, que en los mismos documentos se exprese haber sido dados en pago de la obligacion, lo persuade el que nunca pudiera admitirse novacion, cuando aunque nada se hubiese dicho al respecto en los documentos, aquella circunstancia constase por los recibos en los cuales se hiciera referencia á tales documentos.

Lo persuade tambien el que de otro modo, la opinion del doctor Velez no solo sería singular, no teniendo sino muy raro autor que la apoyase, sino que además resultaría tambien contraria á la de Mercadé, que cita como concordante de la suya; lo cual se advertirá claramente, comparándola con la doctrina de este autor.

Hablando de los privilegios del que ha vendido una finca á plazo, para ser satisfecho del precio, y del caso en que hubiese recibido documentos, se expresa así: «Si al aceptar los billetes y dar el recibo, se hubiese explicado en uno ú otro sentido, no podria haber duda; si declaró reservarse sus derechos de vendedor, y que no libraba al comprador, sino en tanto que los billetes le hubiesen sido pagados, es claro que no habria novacion; y recíprocamente si abandonó de un



modo formal sus derechos, la novacion existe. Pero si nada dijo, ni abandonó, ni reservó expresamente sus derechos, de suerte que se dude de su intencion, ¿qué debe decidirse?»

«Algunos autores y especialmente Mr. Duranton, enseñan positivamente que en este caso hay novacion; esto es un gran error: desde que en el caso supuesto el recibo no contiene explícitamente ni reserva, ni abandono de los derechos del vendedor; y, pues, que hay lugar á duda, la novacion no se establece claramente; mientras que nuestro artículo (1273 C. Napoleon) ha sido redactado precisamente, para decidir que en casos semejantes, no existe novacion».—Código Civil, tom. 4º, pág. 618, N° 768.

La opinion, pues, de Mercadé, como la del doctor Velez y la doctrina del Código, tanto el Civil cuanto el Mercantil, sobre la novacion, con referencia al caso cuestionado es que, por mas que se hayan aceptado letras ú otros documentos en pago de una obligacion, y cualquiera que sea su forma; no constando con claridad, la intencion del acreedor, aquella no existe; contra lo que declara la sentencia apelada, que en sentir del Fiscal debe, por tanto, revocarse.

Buenos Aires, Agosto 10 de 1885.

Cobro de una cuenta en virtud de carta de crédito

SUMARIO :

Se trata del valor de efectos que se suponen entregados en virtud de una carta de crédito—No habiendo sido reconocida la firma que suscribe la que acompaña la demanda, se procedió al cotejo de letra por peritos calígrafos—El parecer de éstos, sin embargo, por Derecho no hace plena prueba, antes bien, la importancia que debe atribuirse á esta diligencia queda librada á la apreciación del Juez—En este punto acuerdan con el nuestro todos los Códigos antiguos y modernos; siendo además doctrina generalmente aceptada—En el caso de la cuestion se recurrió en subsidio á la compulsa de los libros comerciales de los demandantes—Resultando no hallarse rubricados por el Juez, como lo previene el Código, no puede atribuírseles valor alguno en su favor—Una carta de crédito no puede comprobar tampoco la obligación que se supone derivada de ella, sino á condicion de que se justifique, lo que no se ha verificado, haber hecho uso de ella el interesado—A-i mismo no puede acreditar obligación por mayor cantidad que la que determina; mientras que el crédito reclamado excede en su valor, al que autorizaba la indicada carta—Los demandantes, por tanto, no han justificado legalmente su accion: y la sentencia apelada que así lo declara, es justa; debiendo en consecuencia, confirmarse.

Exma. Cámara: — El Fiscal en los autos seguidos por D. Angel Navarro, apoderado de los señores Crisol, Bonich y Cia. contra la testamentaria de D. Adrian Peña por cantidad de pesos, espidiéndose en la vista comunicada, dice: que siendo la sentencia apelada arreglada á Derecho, y al mérito del expediente, V. E. se ha de servir confirmarla, con las costas del recurso.





Se trata. Exmo. señor, de una cuenta de efectos que se suponen suministrados á D. Florencio Castro, en Enero de 1870, por orden del finado D. Adrian Peña, la cual se hace constar por la carta de fojas 2.

No habiendo sido ésta reconocida por el firmante, el cual habia fallecido, en comprobacion del crédito que se reclama, se ha recurrido al espediente del cotejo de firmas por peritos caligrafos y á la compulsa de los libros de comercio de los espresados Crisol, Bonich y Cia. lo cual no puede estimarse suficiente para autenticar el mencionado documento.

El cotejo de firmas, en efecto, como lo declara acertadamente, el Juez *a quo*, no puede considerarse, ni ha sido estimado jamás, por prueba concluyente, sino mas bien por un elemento, que con otros antecedentes, puede concurrir á formarla; dejándose por esto su apreciacion librada enteramente al criterio del Juez.

El Derecho Romano no estimaba ciertamente aquella diligencia pericial, como prueba completa; y por esta causa el emperador Justiniano en la Nov. 73, cap. 1.^o aconseja poner testigos en los documentos privados á fin de que su fuerza probatoria no quedase dependiendo, únicamente del cotejo de firmas, caso de ser negado ó no reconocido; y Baldo hablando sobre el particular, observa que dicha diligencia no suministra mas que un argumento de verosimilitud.

El Derecho de las Partidas no le atribuye tampoco mayor fuerza probatoria; y la Ley 119, Tit. 18, Part. 3.^a, rehusaba la admision de aquella prueba, respecto á los documentos privados, en favor de la parte que los presenta; dejando librada su apreciacion al arbitrio judicial, con relacion á los documentos públicos, sin declararla en manera alguna, prueba fehaciente.

La razon de esto la espresa la misma ley por los peligros de equivocarse en la indicada apreciacion, á causa de la variacion que puede haber en la letra, aunque sea de una misma persona.

«Ca atal prueba como esta, dice, tuvieron los sabios anti-



guos que non era acabada por las razones que de suso dijimos, y por eso la pusieron en albedrio del Juzgador que siga aquella prueba si entendiere ó creyere que es derecha y verdadera; ó que la desheche si entendiere en su corazon el contrario».

Las razones á que esta ley se refiere, las había enumerado anteriormente diciendo «que non puede ome todavia escribir de una manera: cá á las vegadas fasen desemejar las letras los variamientos de los tiempos en que son fechas, ó el mudamiento de la tinta ó de la pññola: é otro si se podia desemejar la forma de la letra por enfermedad ó por vejez del escribano: cá de una manera escribe uno cuando es mancebo é sano, y de otra cuando es viejo y enfermo.»

El Derecho moderno ha seguido esta misma doctrina; y el Código Francés de Procedimientos en el art. 313 declara que los Jueces no estarán obligados á seguir el parecer de los peritos, si se convencieren de lo contrario, teoria que concuerda perfectamente con lo dispuesto en el Código Austriaco segun lo demuestra Genari, Teoria delle prove, pág. 37, con el Derecho Inglés y Norte Americano, Greenhaff, Tomo 1º pág. 721; con el Código Español, Art. 290, y en fin con la doctrina indicada por el Dr. Velez en la nota al art. 22, tit. 5º, sec. y lib. 2º del Código Civil.

Hablando de los documentos privados dice el citado art. 22, que «si el que aparece firmado negare su firma, ó los sucesores de él declarasen que no la conocen, se ordenará el cotejo y comparacion de letra»; pudiendo tambien admitirse otras pruebas sobre la verdad de la firma que lleva el acto; á cerca de lo cual agrega la nota: «la comparacion de letra pues, se ordena para auxiliar el juicio del Juez y para que unido el parecer de los peritos á los demás antecedentes, el pleito pueda resolverse con mas seguridad.»

Puede verse en el mismo sentido la opinion de Escriche en cuanto á la fuerza probatoria deducida del cotejo de letras, el cual manifiesta que ni aun la deposicion uniforme de muchos expertos sobre la semejanza de las letras hace jamás



prueba suficiente para fallar. Dic. de Legislacion y Jurisprudencia verbo *cotejo de letra*. Caravantes, Procedimientos Civiles, tomo 2º, pág. 175. Bonnier, Tratado de las pruebas en Derecho Civil y Penal, tomo 2º, pág. 293.

Es verdad que no pudiendo ocultarse á los demandantes la deficiencia que resultaría siempre acerca de la autenticidad de la carta de fojas 2, de la prueba por el simple cotejo de la letra, han tratado de suplirla agregando la compulsa de sus libros mercantiles.

Mas habiendo resultado que estos libros, aun cuando parezcan bien llevados, no se hallan rubricados por el Juez de Comercio, carecen por tanto de las formalidades prevenidas para que hagan fe en juicio, á favor del comerciante á quien pertenezcan.

Esta disposicion concuerda con el Art. 42 del Código Español, 13 del Francés y del Belga, 22 del Italiano, 15 del Brasilero, 34 del Chileno y 54 de Wutemberg; siendo además sumamente fundada y previsorá, á fin de evitar las alteraciones y fraudes que de otra suerte podrian cometerse con suma facilidad.

Concediendo sin embargo, que la autenticidad del precitado documento de fojas 2, se encontrase legalmente constatada, no por eso resultaria todavia bien comprobada la deuda que se cobra, ni habría mérito suficiente para condenar á su pago.

La fianza puede, es cierto, preceder á la obligacion principal. Instit. Lib. 3º, Tit. 21 § 3º; pero su validez se encuentra en suspenso, hasta tanto se perfeccione dicha obligacion, anulándose, si esto nollegase á suceder, Art. 9, Tit. 10, Sec. 3º, Lib 2º del Código Civil.

En fin, respecto á las cartas de crédito, prevé el Art. 631 del Código de Comercio, que puede muy bien no llegar á hacerse uso de ellas, y pueden tambien emplearse por ménos cantidad de la que determinan como máximun.

Incumbía pues, á los demandantes justificar el valor que suponen haber entregado á Castro, recomendado del Sr. Peña;

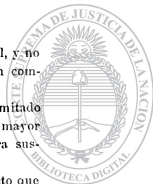
pues en todo caso, la obligacion de este era condicional, y no puede por consiguiente, exigirse su cumplimiento, sin comprobarse antes haberse verificado la condicion.

Con todo, á este respecto los demandantes se han limitado á presentar la cuenta de fojas 1ª por un valor mucho mayor que el de la garantía, y aquella cuenta no se encuentra suscrita, ni ha sido tampoco reconocida por nadie.

Tenemos pues, en resumen, que bajo cualquier aspecto que se examine la cuestion, los señores Crisol, Bonich y Cia., no habrian justificado, como debian, el crédito que demandaban, y que legalmente hablando, no era procedente otra resolucion, que la de absolver á los demandados, como lo hace la sentencia definitiva.

Esa resolucion por tanto es justa y arreglada á Derecho; es infundado el recurso de apelacion interpuesto contra ella; y V. E. en sentir del Fiscal, obrando en justicia, debe confirmarla con las costas de dicho recurso.

Buenos Aires, Junio 28 de 1886.





Cual sea la jurisdiccion competente para conocer en el pleito sobre nulidad de la enagenacion de una finca hecha por un fallido y reclamada por el Síndico á nombre del concurso.

SUMARIO :

Para determinar la competencia del Tribunal, es necesario examinar atentamente los términos de la demanda.—En la do que vamos á ocuparnos, se reclama la nulidad de la enagenacion de una finca hecha á nombre del fallido, antes de declararse la quiebra, á fin de que aquella vuelva á la masa del concurso.—La demanda se funda en que á la época de la enagenacion, el establecimiento fallido habia cesado ya en sus pagos.—Se alega tambien que sus Directores carecian de autorizacion para enagenar bienes raices.—Se espone asi mismo, que no obstante haberse simulado venta, el contrato, en realidad, era dacion en pago á favor de un acreedor y en perjuicio de los demás.—En fin, se observa que por virtud de los efectos retroactivos de la quiebra, debe anularse todo pago hecho en otra forma que en dinero ó papeles de comercio y posterior á la fecha en que tuvo lugar la efectiva cesacion de pagos.—Por consiguiente la referida demanda debe considerarse emergencia de la quiebra, y su conocimiento corresponde al Juez de Comercio.—Para establecer la competencia del Tribunal Civil en el asunto, no basta el que generalmente hablando, la enagenacion de fincas no se considere acto de comercio, ni aquellas sean artículos mercantiles.—A pesar de ésto, por diversas causas y en muchos casos, el Juez de Comercio puede ejercer jurisdiccion exclusiva sobre ciertos bienes raices.—Debe distinguirse, respecto á la competencia del Tribunal, la demanda de reivindicacion de una finca contra un tercero á nombre del concurso, de la de reintegracion á la masa, de bienes muebles ó raices, segregados indebidamente.—Opinion de la Curia Filispica sobre que debe ser el Consulado, quien en caso de quiebra resuelva sobre la revocacion de los pagos que se supongan ilegales.—Segun las Ordenanzas de Bilbao, debfa conocer tambien, de los pagos anticipados verificados por el fallido con bienes muebles ó raices; pagos que nuestro Código equipara á todos los que se verifiquen despues de la cesacion, de otro modo



que en dinero ó papeles de comercio—La Ley Española de Procedimientos acorde con el C. de Comercio, atribuye á la jurisdiccion mercantil, el conocimiento sobre pleitos de reintegracion á la masa de cualquier especie de bienes enagenados por contratos, que puedan resultar ineficaces por Derecho—El concurso es un juicio universal que atrae á sí todos los que afecten los intereses de la masa, aun aquellos en que el concurso sea el demandante; desde que puedan considerarse como emergencias de la quiebra—Opinion de Riviere enseñando que deben reputarse tales, aquellos que sin la quiebra no habrian tenido lugar—Opinion del Dr. Moreno sobre que corresponden al Tribunal de Comercio todos aquellos, cuya resolucion dependa de la aplicacion de los efectos de la quiebra—Doctrina de Dalloz relativa al caso y favorable á la jurisdiccion mercantil, apoyada por una resolucion de la Corte de Lieja, que se transcribe—Resumen y conclusion.

Exma. Cámara:—Para resolver sobre la competencia ó incompetencia del Tribunal ante el cual se deduce una demanda, á mas de considerarse la materia sobre que esta versa y la persona contra quien se dirige, hay que examinar tambien los hechos que se alegan y las circunstancias de que se les reviste, aceptándolos hipotéticamente como ciertos; porque aunque no resulten probados desde luego, es posible que se acrediten despues en el decurso del juicio: y es indudable que el conocimiento de este corresponde al tribunal, á quien debería pertenecer, si la exposicion del demandante fuese exacta.

Examinando, pues, los términos de la demanda de que ahora se trata, y acerca de cuyo conocimiento se contiene, en ella se expone: que en 1877, despues de haber obtenido moratorias el Banco Argentino, y cuando su marcha regular era ya imposible; hallándose constituido en estado de efectiva cesacion de pagos, sus Directores enagenaron de un modo irregular y en perjuicio de los demás acreedores, el valiosísimo establecimiento denominado San Lorenzo, situado en la Provincia de Entre-Rios, con todas sus dependencias, por un contrato que con apariencias de venta, era, en realidad, una dacion en pago, desde que la mayor parte del precio fué abonada con certificados de créditos contra dicho Banco.

El Sindico definitivo del concurso formado á este, en la



demanda que nos ocupa, pretende haber sido nula la referida enagenacion del indicado establecimiento, por falta de poderes en los Directores que la autorizaron, para enagenar bienes raices, ya sea que se atienda á los Estatutos del expresado Banco, que no les conferian aquella facultad, ya se tenga presente que en general, los Administradores de Sociedades Anónimas son considerados meros mandatarios, que sólo ejercen la facultades ordinarias; mientras que la enagenacion de bienes raices requiere indispensablemente, poder ó autorizacion especial.

Dice, en segundo lugar, el Síndico, ser nula la enagenacion del mencionado establecimiento por cuanto constituido el Banco en moratorias, como se hallaba cuando aquella se verificó, el entregar esa finca admitiendo como precio la extincion de ciertas deudas, no importaba otra cosa que pagar íntegramente á algunos de los acreedores, dejando á los demás en completo descubierto, contra la terminante prohibicion de la ley, que no puede menos de invalidar de todo punto un acto de esa clase ejecutado en contravencion á sus disposiciones.

Alega, tambien, el Síndico en el mismo sentido de demostrar la nulidad de la referida enagenacion del potrero San Lorenzo, que además de proceder el Directorio sin poderes suficientes, al conferir autorizacion al Gerente para realizarla, lo verificó bajo ciertas instrucciones conocidas por los demandados, y á las cuales aquel ó quien hizo sus veces no se sujetó en manera alguna; antes bien ultrapasándolas y haciendo declaraciones falsas, procedió de un modo enteramente irregular y abusivo; en atencion á lo cual el interventor señor Malbran rehusó suscribir el acto, y prestarle su aprobacion.

Por último, expone el demandante á nombre del concurso: que habiendo sido entregado el potrero San Lorenzo en satisfaccion de deudas del Banco, despues de encontrarse este establecimiento en estado de efectiva cesacion de pagos, segun resulta de la declaracion posterior pronunciada al res-



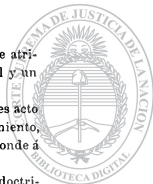
pecto, en el juicio seguido con motivo de la quiebra, tales actos ó pagos verificados en otra forma que en dinero ó papeles de comercio en perjuicio de la masa, deben ser tenidos por nulos y de ningun valor, segun los principios jurídicos que rigen la materia.

La demanda, pues, como se vé, se dirige á reclamar de un acto de Administracion durante las moratorias que se supone irregular ó abusivo, y á solicitar su nulidad, á fin de que, una finca sumamente valiosa, que se pretende haber sido sustraída ó segregada indebidamente de la masa, en daño del comun de los acreedores, vuelva al concurso, y su valor se distribuya segun corresponda.

Esta cuestion, por consiguiente, propiamente hablando, no es mas que una emergencia de la quiebra del Banco Argentino y del juicio universal del concurso suscitado con motivo de ella; razon por la cual, como porque todos los puntos que se han de debatir, y que son antecedentes indispensables de la resolucion definitiva que ha de dictarse, se encuentran regidos por las disposiciones del Código de Comercio, cuya aplicacion corresponde exclusivamente á la jurisdiccion Mercantil, fué dirigida y ha debido dirigirse al Juzgado que la desempeña.

En concepto del Fiscal, se ha procedido efectivamente en esto con acierto, desde que la resolucion de la indicada cuestion, en los términos en que se plantea, ya sean estos exactos ó nó, lo que no es ahora la oportunidad de examinar, depende realmente y de un modo absoluto, de averiguarse si un acto en particular, sobre cuya legalidad se discute, se encuentra ó nó comprendido entre los que deben anularse por virtud de los efectos retroactivos, que el Código Mercantil atribuye á la quiebra.

Siendo esto así, como es indudable y manifiesto, el asunto que nos ocupa correspondía privativamente al Juez de Comercio, el cual ha debido sostener y defender su jurisdiccion; y ha obrado por cierto con ligereza, al deferir desde luego y sin observacion alguna, á la inhibitoria solicitada por el Juez



Civil, que no alegaba en favor de la competencia que se atribuye en este asunto, sino una regla demasiado general y un principio sobradamente vago.

Tal es, el de que la enagenacion de bienes raices no es acto de comercio, sino meramente civil, y cuyo conocimiento, por tanto, en caso de cuestion sobre su validez corresponde á la jurisdiccion comun, no á la Mercantil.

Sin que pueda ponerse en duda la verdad de esta doctrina en tésis general, ella no impide, sin embargo, ni se opone de modo alguno á que ciertos bienes raices se encuentren á veces colocados bajo la jurisdiccion del Juez de Comercio, á quien corresponde entónces exclusivamente, resolver sobre la validez de su enagenacion.

¿No puede acaso legalmente el Juez de Comercio, embargar, ejecutar ó vender en remate público, bienes raices para el pago de deudas mercantiles? Sobreviniedo cuestion sobre la validez de tal venta, ¿no será al mismo Juez de Comercio á quien corresponderá decidirla? Surgiendo tercería durante el juicio, porque alguien pretendiera el dominio de esos bienes, ¿quién la resolvería? ¿Quién decidirá, en fin, sobre la validez ó nulidad de la enagenacion de bienes raices pertenecientes al concurso de un comerciante?

Para no incidir en error por lo que respecta á la competencia del Tribunal que haya de conocer en el asunto, debe distinguirse con cuidado, la accion reivindicatoria de una finca poseída por un tercero; accion que hubiese deducido el fallido antes de la quiebra, ó que en interés del concurso promoviese despues el Síndico; la cual demanda corresponderia ciertamente á la jurisdiccion civil, de la de reintegracion á la mas de ciertos bienes, ya sean muebles ó raices, porque tal circunstancia no varia el caso, que se suponga haber salido de aquella, ó haber sido sustraídos del concurso por un medio ilegal, como por ejemplo, mediante un pago indebido ó que deba anularse por virtud de los efectos retroactivos de la quiebra; pues toda cuestion á este respecto, sin distincion alguna, pertenece exclusivamente al Tribunal de Comercio.



Después de establecer la Curia Filípica, que el Consulado conocía ordinariamente de todos los asuntos mercantiles, hablando en particular de las quiebras, se expresa así: « De que se sigue que puede el Consulado conocer de la paga y prelación, concurso y graduación de deudas procedentes de mercadería y mercancía.... Y por lo mismo puede conocer *de la revocatoria de la paga de estas deudas hecha indebidamente* ». Lib. II, Com. terrestre, cap. XV, N. 16. Escusado parece observar que el pago indebido que según esta doctrina correspondería al Consulado anular, puede muy bien consistir en la entrega de una finca.

En efecto, las Ordenanzas de Bilbao, reglamentando la jurisdicción del Consulado y la manera de ejercerla en las quiebras, declaraba en el art. 23 del cap. 17, que si el fallido en los días próximos anteriores á su presentación en falencia, hubiese anticipado el pago de deudas en cualquier forma, como por cesion ó *venta de bienes muebles ó raíces*, tales pagos debían anularse (por el Tribunal de Comercio que interviniese en la quiebra, se entiende), y esos bienes ser devueltos á la masa: disposición que nuestro Código, sin alterar en nada la jurisdicción del Tribunal llamado á conocer en el asunto, hace extensiva aun al pago de deudas ya vencidas, siempre que se haya realizado en otra forma que en dinero ó papeles de comercio comprendiendo, de consiguiente, la entrega ó dación en pago de bienes raíces, que en el supuesto indicado, de ningún modo podría considerarse acto civil y sujeto á la jurisdicción comun.

También la ley española de enjuiciamiento en negocios y causas de comercio, conformándose á los principios del Código de la materia, en el título quinto, del orden de proceder en las quiebras, sección tercera, efectos de la retracción, reconoce en el Síndico la personería para reclamar, y atribuye al Tribunal de Comercio el conocimiento de la demanda, sobre reintegración que deba hacerse á la masa, de los bienes enagenados por contratos que resulten ineficaces de Derecho, por virtud de lo dispuesto en el art. 1069 del Código.



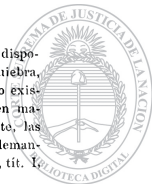
Ahora bien, en este artículo, entre otros actos y operaciones análogas, se anulan de un modo espreso las cesiones y tras-pasos *de bienes inmuebles*, hechos en pago de deudas no vencidas al tiempo de declararse la quiebra: (arts. 323 y 232 de dicha ley), pago que nuestro Código Mercantil en el inciso 3º del art. 1540, equipara absolutamente, segun se ha espresado, al efecto de considerarlo nulo, con el que se verifique, aunque la deuda se encuentre vencida, de otro modo que en dinero ó papeles de comercio.

No basta, pues, observar para escluir la jurisdiccion mercantil del cónocimiento de un asunto relativo á alguna finca, el que la enagenacion de bienes raíces en regla general, no se considera acto de comercio. Es indispensable ir mas adelante, y examinar tambien si en el caso que se presente, no existan circunstancias especiales, que pudieran atribuir legámente dicho asunto al Juez de Comercio.

Se reconoce sin dificultad, que el concurso originado por una quiebra es un juicio universal, que atrae á si los demás que puedan afectar los intereses de la masa; pero se observa al mismo tiempo, que esto solo tiene lugar en los juicios pendientes al declararse la quiebra ó que se promuevan posteriormente, en que el fallido ó el Síndico sea la parte demandada; mas no en aquellos en que sea ó haya de ser demandante.

La observacion es exacta; pero la doctrina resultaria incompleta, si no se agregase que la indicada distincion carece enteramente de aplicacion, respecto á los asuntos que sobrevienen como incidentes ó emergencias de la quiebra; porque estos, sin escepcion alguna, ya deba ser el concurso demandante ó demandado, corresponden esclusivamente al Tribunal de Comercio y á la jurisdiccion mercantil, que habrá de resolverlos aplicando las disposiciones del código especial por que se rige.

Esplicando Riviere el sentido del artículo del Código de Comercio francés, perfectamente análogo al nuestro en cuanto prescribe: «que los tribunales de comercio conocerán en todo



lo que concierne á las quiebras »: manifiesta que esta disposicion se refiere á todos los pleitos, que nazcan de la quiebra, y deban considerarse emergencias suyas, por cuanto no existirian, á no haberse declarado aquella, sin esceptuar en manera alguna; pues no podia verificarlo fundadamente, las cuestiones en que el concurso hubiese de hacer de parte demandante. Repeticiones del Código de Comercio, lib. III, tit. I, página 685.

Igual doctrina enseña en sustancia el Dr. Moreno, al establecer que no solo es atribucion esclusiva del Juez de Comercio hacer la declaracion de quiebra, sino tambien determinar sus efectos en los casos ocurrentes: « porque, aun comprobado, dice, el hecho de la cesacion (de pagos), ninguna consecuencia, ningun efecto podria ser aplicado por el Juez civil, sin contravenir abiertamente al mandato de la ley ». Obras jurídicas, tomo II, pág. 30, núm. 31.

Cuando, pues, se cuestiona si en consecuencia y por efecto de la declaracion de quiebra del Banco Argentino, deba anularse ó no, una enagenacion que se pretende haber sido verdadera dacion en pago, y haberse verificado durante las moratorias, en estado de efectiva cesacion, ¿cómo puede sostenerse con fundamento legal, que debe ser el Juez civil quien lo resuelva, so pretexto de que esa dacion en pago consistia en una finca, y de que los bienes raíces no son articulos de comercio?

Fácil seria, recorriendo las disposiciones del Código Mercantil, comprobar con infinitos ejemplos la competencia esclusiva del Juzgado de Comercio, para decidir sobre la validez de cualquier acto de enagenacion, aun cuando verse sobre bienes raíces, desde que la cuestion que se suscite al respecto, pueda considerarse emergencia de la quiebra, porque se trate de saber, si tales bienes han debido ó no ser comprendidos en el concurso, ó si habiendo sido sustraídos indebidamente, deban ser devueltos á la masa.

El fallido en estado ya de insolvencia, pero antes de ser declarado en quiebra, para defraudar á sus acreedores, puede



muy bien haber hecho donacion de bienes raíces ú otorgado escrituras simuladas de enagenacion á favor de un tercero; ó por fin, conociendo su estado de falencia, y queriendo mejorar la condicion de alguno de dichos sus acreedores, haberle concedido hipoteca especial.

¿Cuál será el Tribunal que conozca sobre la validez ó nulidad de tales actos, que seria sin duda reclamada por el Síndico, haciendo de demandante? No puede ser otro que el Juzgado de Comercio; pues que sin esto jamás se arribaria á la liquidacion del concurso, ni se alcanzaria la distribucion equitativa de los bienes entré los acreedores, á que aspira, se propone y prescribe la ley.

No puede ser el Juez civil, por mas que la donacion, la enagenacion simulada ó el gravámen de la hipoteca se refieran á bienes raíces; porque de otra suerte bien podria suceder, que mientras éste aprobase ó declarase válidos tales actos, el Juez de Comercio por el contrario considerándolos fraudulentos, al clasificar la quiebra, castigase como deberia hacerlo, á los que de mala fé hubiesen tenido participacion en ellos, condenándolos á devolver dichos bienes, indemnizar el concurso, y aun perder todo derecho en el haber de la masa.

La declaracion de quiebra no solo inhibe al fallido de la administracion de sus bienes, haciendo nula cualquier enagenacion posterior, sino que además rescinde á veces y deja sin efecto retroactivamente, ciertos actos especificados en el Código, permitiendo asimismo anular por medio del Tribunal, otros tambien determinados en aquel, si resultasen perjudiciales y fraudulentos, sin esceptuar de modo alguno los que importen enagenacion de bienes raíces; porque lejos de existir razon alguna que apoye tal y tan estraña escepcion, siendo mucho mas perjudicial la enagenacion de esa clase de bienes, habria mayor motivo para anularla.

En lo concerniente al deslinde entre la jurisdiccion civil y la mercantil, no deben confundirse, lo repetimos, porque es necesario inculcar en esto, dos casos enteramente diver-



sos que, sin embargo parecen haber confundido los Jueces inferiores: el de que con ocasion de la quiebra, el Síndico intentase reivindicar contra un tercero, alguna finca poseída por este de antemano; y aquel en que á nombre del concurso, deduce solamente accion de nulidad contra la enagenacion hecha por el fallido ó sus representantes, á favor de uno ó mas de sus acreedores, á quienes la hubiese entregado en pago de lo que les debia despues de hallarse insolvente.

En el primer caso el asunto corresponderia indudablemente al Tribunal civil; en el segundo, por el contrario, es tambien indudable la competencia del Juzgado de Comercio, de quien es privativo entender en la quiebra y en todos sus incidentes y emergencias, como lo resuelve terminantemente Dalloz en los términos mas espresos y directamente aplicables al asunto que nos ocupa.

« Por lo demás, dice este autor, el Tribunal de Comercio es competente para decidir, á demanda del Síndico, la nulidad de una *venta de inmuebles* consentida por el fallido, si la venta ha tenido lugar en pago de un crédito del adquirente; pues la cuestion propuesta no es en realidad, una reivindicacion ».

En apoyo de esta doctrina alega y transcribe una resolucion de la Corte de Lieja, fecha 24 de Abril de 1882, en que aquel Tribunal, á mérito del recurso de apelacion que ante él se elevó, reconoció y dejó establecida la competencia de la jurisdiccion mercantil para conocer y resolver en la cuestion sobre un inmueble, suscitada en los términos indicados, por el Síndico Chateau contra uno de los acreedores, Gourmont.

La citada resolucion decia así: « Atendiendo á que se ha constatado y reconocido que la adquisicion del apelante no se ha verificado por una suma de dinero abonada al contado, como se declaraba en documento privado; sino que al contrario, esta adquisicion fué una verdadera dacion en pago, por la cual el apelante quiso cubrirse de una deuda comercial de tres mil francos que pretendia serle debida por el fallido »:



«Que en consecuencia, no se trata aquí de una reivindicación de bienes raíces que los Síndicos intentasen entablar con ocasión de la quiebra, contra un tercer adquirente del fallido que los hubiese comprado á dinero contante »;

«Atendiendo que el Tribunal de comercio que entiende en una quiebra, es evidentemente competente para fijar la época de su apertura, lo mismo que para resolver sobre sus efectos, se declara : que el Tribunal de comercio de San Hebert es competente para entender en la demanda de que se halla conociendo ». Repertorio de Jurisprudencia. Tomo XXIV, pág. 411, núm. 1314.

La cuestión de competencia á decidirse, no puede, pues, ser resuelta con acierto atendiéndose solamente, al principio de que las fincas no son artículos de comercio, ni su enagenación es un acto mercantil; sino que además es necesario examinar, según queda establecido, si el pleito á que se refiere, puede ó no considerarse emergencia de una quiebra, ó por lo menos asunto conexo; debiendo consistir el fallo, cual sucede realmente esta vez, en la aplicación á un caso dado, de las reglas que establecen los efectos retroactivos de aquella, las que se determinan en el Código Mercantil, y deben ser aplicadas por el Juez de Comercio.

Verdad es que el Banco Argentino, cuando se enagenó el potrero San Lorenzo, no estaba todavía declarado en quiebra, aunque se espone que en realidad habia cesado en sus pagos; pero las moratorias suponen ya el estado de insolvencia, cuyos efectos legales se suspenden solamente durante el término de aquellas, sin que el deudor tenga sin embargo la libre administración de sus bienes; porque esta debe ser intervenida al objeto de que los intereses que le corresponden, no se distraigan de su destino, ni se paguen unos acreedores en perjuicio de los otros.

Cualquier irregularidad á este respecto, produce ciertamente nulidad, que puede ser reclamada ante el Juez de las moratorias; y sobreviniendo despues la quiebra, esta, según queda establecido, tiene tambien por resultado anular retroac-

tivamente ciertos actos, entre los cuales, en el caso actual, se pretende que debe incluirse la enagenacion de la finca antes espresada; correspondiendo por tanto, sin duda alguna el decidirlo, á la jurisdiccion mercantil y no al Juez civil, que de ningun modo puede determinar los efectos de la quiebra, ni hacer aplicacion de ellos á las cuestiones que al respecto lleguen á suscitarse, ya versen éstas sobre bienes muebles ó sobre inmuebles.

Dedúcese de lo expuesto, Exma. Cámara, que es equivocada la resolucion del Juez de Comercio de que se apela, por la cual accede á la inhibitoria solicitada por el Juez civil; y manda se remitan á éste los antecedentes del asunto en que pretende conocer: V. E. procediendo en justicia, debe revocar dicha resolucion, y ordenar al Inferior defienda su jurisdiccion; á cuyo efecto se declare en competencia con el indicado Juez de lo Civil.

Buenos Aires, Enero 19 de 1886.



CONCESION DE MORATORIAS

SUMARIO:

El Código de Comercio no requiere para la concesion de moratorias el voto positivo de dos tercios de los acreedores que representen tres cuartas partes de la deuda, ó tres cuartos de los acreedores que representen dos tercios de aquella—Se contenta con que este número de acreedores no se oponga; lo cual es muy diverso, pues, esto sucede tambien en los que no asisten ó no votan. Respecto del concordato está dispuesto de otro modo, pero el Código distingue este de las moratorias, aun cuando puede contenerlas.—Opinion del Dr. Moreno, que apoya la doctrina expuesta sobre el sentido del artículo 1620—No es aplicable la de Manresa y Navarra aducida en contrario por el Juez *á quo*, por cuanto se refiere al Código Fernandino, que no distingue como el nuestro, el concordato de las moratorias, comprendiéndolos bajo la denominacion de convenio—Además, para que este tenga lugar requiere el apoyo de mas de la mitad de los acreedores, que representen tres quintas partes del pasivo—Nuestro Código, por el contrario, respecto á las moratorias, solo requiere que no se oponga el número de acreedores que determina.

Erma. Cámara:—A juicio del Fiscal, la sentencia apelada del Juez de Comercio, por la que deniega á don Adolfo Bullrich las moratorias solicitadas, se basa únicamente en un fundamento completamente equivocado, y por lo mismo debe revocarse.

El Juez *á quo* efectivamente, citando el artículo 1,734 del Código de Comercio, establece que no habiendo concurrido en favor de las indicadas moratorias, el voto de las dos terce-





ras partes de los acreedores que representen tres cuartas del importe de la deuda, la enunciada solicitud debía ser desechada inmediatamente; pues, procede en la suposición de que la mencionada disposición legal requiere indispensablemente este número, á fin de que, las moratorias puedan ser impuestas á los disidentes. En esto hay equivocación, porque eso solamente es aplicable al concordato, como lo determina el artículo 1,620; y tratándose de moratorias; que son cosas muy diversas, las disposiciones de los artículos 1,734 y 1,735, son también enteramente distintas.

Para que procedan las moratorias, no requiere el primero el que sean apoyadas por dos tercios de los acreedores personales, cuyos créditos formen tres cuartas partes de la deuda, ó tres cuartos de los acreedores que representen dos tercios de los créditos, sino únicamente el que no se hayan opuesto en este número á la concesión. Así lo resuelve en términos expresos, el segundo de los citados artículos, ordenando que si no hubiese votado contra la concesión de las moratorias el número de los acreedores determinado en el precedente, el Tribunal, oído el dictámen del Juez Comisario y del Ministerio Público, accederá á la solicitud ó la rechazará.

Son cosas muy distintas, Exmo. Señor, como se advierte á primera vista, el votar en favor de la moratoria y el no votar en contra; así en el caso presente, es verdad que no ha votado en favor de las moratorias el número indicado de acreedores, sin que pueda decirse por esto que haya votado en contra.

No es exacto que para que el Juez pueda obligar, si lo encontrase equitativo, á los acreedores disidentes á pasar por las moratorias, sea necesario el que las apoyen dos terceras ó tres cuartas partes con las circunstancias expuestas, bastando solamente el que este número no haya votado en contra. Tal sucede esta vez; porque además de haber votado en favor de las moratorias diez de los once acreedores presentes,



de todos los demás que no asistieron, puede decirse con absoluta propiedad, que no han votado tampoco en contra de las moratorias.

Oigamos en esta materia al Dr. Moreno; quien como se sabe hizo estudios especiales sobre las quiebras; y publicó un tratado acerca de ellas, que hasta ahora goza de una justa celebridad. Cuando habla del concordato, dice: que «solo puede ser aceptado por el voto de tres cuartas partes de los créditos verificados, con exclusion de los hipotecarios y privilegiados, á no mediar la renuncia, ó por las tres cuartas partes de acreedores que reunan los dos tercios de los créditos.»

Hablando, despues, en otro lugar, de las moratorias y del número de votos que se precisa, para que el Juez pueda decretarlas, hace en cuanto á esto la debida distincion respecto del concordato; y se expresa en términos muy diversos, como puede notarse á primera vista, en las palabras que vamos á transcribir en seguida.

Dice así: «Cuando dos tercios de los acreedores personales que reunan las tres cuartas partes de la deuda sometida á los efectos de la moratoria, ó los tres cuartos de los acreedores, que representen dos tercios de los créditos, *se hayan opuesto* á la concesion de la moratoria, será de plano denegada por el Juez sin otro exámen, quedando en tal caso sin efecto la suspension provisoria de los procedimientos ejecutivos.»

«Pero si esa mayoría en el número de acreedores y cantidad de créditos *no se ha opuesto* á la peticion, la ley deja la resolucion á la prudencia del Magistrado quien en vista del dictámen del Juez Comisario, concederá ó negará la moratoria solicitada.» Obras Jurídicas, tom. 2º, pág. 159 y 251.

Por último, la doctrina tomada de Manresa y Navarra que establece el Juez *á quo* en la sentencia apelada, de que para que se considere legal la Junta de acreedores en que se acuerdan las moratorias, es indispensable que concorra el indicado número de acreedores y las apoye con su voto,



no es aplicable entre nosotros, segun el Derecho que nos rige.

En el Código Fernandino, efectivamente solo se habla del convenio entre los acreedores y el quebrado, el cual convenio comprende tanto el concordato como las moratorias de que se trata separadamente en el nuestro, estableciéndose reglas muy diversas.

Segun el artículo 1,153 del precitado Código Fernandino para que el convenio que puede muy bien comprender moratoria, se considere aprobado por resolucion de la Junta, se requiere que ésta resolucion emane del voto de un número de acreedores que compongan mas de la mitad de los concurrentes, y representen tres quintas partes del total pasivo del quebrado. Puesto, que segun este Código: para que resulte admitido el convenio, se exige positivamente la aprobacion de un número de acreedores que representen tres quintas partes del pasivo; es indispensable que este número concorra y apruebe el convenio.

Pero la redaccion de nuestro Código á propósito de las moratorias, es muy diversa, y de su tenor no puede deducirse como consecuencia, una doctrina semejante. Si no ha votado dice el artículo 1735, contra la concesion el número de acreedores determinado en el artículo precedente, (dos tercias ó tres cuartas partes de los acreedores segun los casos), pues, este requisito no supone como necesaria la asistencia de los acreedores, sino simplemente el que dejen de votar, lo cual sucede tambien cuando no concurren.

Como la sentencia apelada no aduce otro fundamento alguno, que el que se ha indicado, el cual resulta equivocado; y como el Juez Comisario opina que son convenientes y equitativas las moratorias solicitadas, habiéndose llenado todas las formalidades prevenidas; el Fiscal es de sentir que deben acordarse, revocándose, en consecuencia, la sentencia apelada.

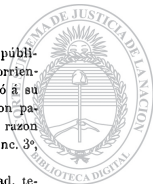
VISTA LXIX

Sobre si los menores, aun despues de la publicacion del Código Civil, con autorizacion de los padres, pueden ejercer el comercio

SUMARIO:

El Código de Comercio, al determinar quienes pueden ejercer esta profesion, se refiere á los que por el Derecho comun tengan la libre administracion de sus bienes.—Es pues el Código Civil el que regla la capacidad de las personas; si bien aquel, como lo indica en términos expresos, introduce ciertas modificaciones—Estas pueden referirse principalmente á los menores emancipados y habilitados, que sin tener libre la administracion de sus bienes, son considerados mayores á los efectos del Derecho Mercantil—Cuándo se verificaba la emancipacion; cómo se obtenia la habilitacion de edad, y restricciones á que á pesar de ella quedaban sujetos los menores; las cuales no subsistian en el comercio—El nuevo Código Civil no admite otro medio de emancipacion que el matrimonio; y suprime completamente la habilitacion—Parecia por esto que los menores no podrian ya en lo sucesivo ser comerciantes—Sin embargo, lo que el Código de Comercio requiere, no es propiamente la emancipacion, sino el permiso de las personas á que los menores se hallan sujetos—Así, el hijo de familia asociado á los negocios del padre ó que con autorizacion suya ejerce el comercio, en cuanto á éste, segun el Código, debe ser tenido por mayor—En Francia, para ser comerciantes los menores, se exige además del indicado permiso, la emancipacion—Dificultades que ofrecerá en la práctica el sistema opuesto, especialmente en cuanto á la entrega de sus bienes que el padre haya de hacer al hijo menor—Anomalía que resulta tambien, de que el tutor por sí solo pueda autorizar á su pupilo para ejercer el comercio, cuando para hacer continuar ó cesar un establecimiento mercantil que aquél adquiriera, necesita licencia del Juez—A pesar de todo lo expuesto, el Código Civil expresa resumidamente, aunque solo de un modo incidental, declarando que los menores sujetos á la patria potestad pueden ser comerciantes.





Exma. Cámara.—D. Estéban Richeri, por escritura pública otorgada en esta Capital, á primero de Mayo del corriente año, ante el Escribano D. Sinforoso Molina, confirió á su hijo D. Luis, de edad de diez y nueve años, autorizacion para ejercer el comercio; de la que pidió que se tomase razon en el Tribunal, de conformidad á lo dispuesto en el inc. 3º, art. 10 del Código de la materia.

Este declara efectivamente, que los menores de edad, teniendo al menos diez y ocho años y poseyendo peculio propio, pueden ser comerciantes, desde que se les emancipe ó habilite para la administracion de sus bienes, en la forma prescrita en las leyes comunes; determina la manera en que esto debe hacerse constar; y agrega: que llenados tales requisitos, el menor emancipado será reputado mayor para todos los actos y obligaciones comerciales. Artículos 9 y 10.

Declara que si el hijo mayor de diez y ocho años fuese asociado en los negocios del padre, ó con autorizacion justificada por escrito, estableciese una casa de comercio, será reputado emancipado y mayor para todos los efectos legales en los negocios mercantiles; no pudiendo retirársele la autorizacion, sino por el Juez, á pedimento del padre y con conocimiento de causa. Artículo 11.

El Código Mercantil, al determinar sobre la capacidad para ejercer el comercio, se refiere á lo que establece en general el Derecho comun sobre los que tienen la libre administracion de sus bienes; y aunque admite excepciones, segun lo indica expresamente, como éstas se fundan en la emancipacion y en la habilitacion de edad, excepciones que tambien reconocia la Legislacion civil, parece que en realidad no resulta discrepancia; y que, segun lo resuelve el Juez de Comercio, procediendo bajo la base de que son las leyes comunes, las que rigen el estado de las personas, no hacia mas que consagrar la doctrina que de ellas se deducia.

Para examinar, pues, la verdad de esta suposicion, y para comprender mejor el sentido de los articulos del Código de Comercio que afectan la cuestion legal debatida en esta cau-



sa, conviene que empecemos por recordar las disposiciones correlativas de la Legislación Civil, que regía en la República, á la época en que aquel Código se sancionó.

En cuanto á la emancipacion, la ley 15, tit. 18, Part. 4^a, permitía al padre renunciar el derecho de que se hallaba investido sobre la persona del hijo, para su direccion y la administracion de sus intereses; siendo, por tanto, esta abdicacion ó renuncia voluntaria uno de los medios de concluirse la patria potestad, y de convertirse el hijo en persona *sui-juris*: pero como este acto venia á tener necesariamente trascendencia en el orden público, se exigió siempre en él la intervencion del Juez: y últimamente la consulta y aprobacion del Consejo Real. Auto 20, tit. 9, libro 3^o, R. C.

Por sí sola la emancipacion no habilitaba, con todo, al menor para la administracion de sus intereses; pues, aunque lo independizase del poder del padre, ó se había de someter á la autoridad de un curador, ó sus contratos adolecerian en caso contrario, de los mismos vicios, que los de los menores huérfanos y no provistos de guardador.

La emancipacion, por lo demás, podía ser, no solo espontánea y convencional por parte del padre, y de voluntaria jurisdiccion en el Juez, sino que se operaba tambien *ipso jure* por el matrimonio: y en este caso, siempre que el menor tuviese diez y ocho años, adquiría la administracion de sus bienes, aunque con ciertas limitaciones. Ley 14, Tít. I, Lib. 5^o, R. C.

Estas restricciones existian igualmente, aunque el menor emancipado ó *sui juris* fuese, además, habilitado de edad; lo cual podia hacerse, y le era permitido solicitar del Supremo Consejo, á los diez y ocho años siendo mujer, y á los veinte si era varon, justificando sumariamente en los Tribunales Ordinarios, la anticipada madurez del juicio ó idoneidad para administrar sus bienes. Auto 16, Título 5^o, Libro 3^o R. C.

Consistian las indicadas limitaciones ó restricciones en la administracion, al menor habilitado, en la prohibicion de



enagenar ó gravar sus bienes raices: necesitando siempre al efecto, especial autorizacion por decreto judicial, previa comprobacion de la utilidad ó necesidad de esa medida.

Esta restriccion no parecia, sin embargo, aplicable al menor comerciante, que siendo considerado mayor en sus contratos, se creia, con generalidad, que podia libremente vender ó hipotecar sus fincas.

Si tal doctrina fuese exacta, quizás consistirá en las diferencias que de ella se derivaban, las *modificaciones*, respecto á la capacidad de la personas, á que alude el artículo 8º, suponiendo introducir las el Código de Comercio, sobre lo dispuesto en las leyes generales concernientes á esta materia.

Ahora bien, el nuevo Código Civil declarando en el artículo 22, que lo que no se encuentra establecido en él de un modo esplicito ó implícito, no conserva valor legal, aunque una disposicion semejante hubiese regido anteriormente; y no mencionando en parte alguna, la habilitacion de edad, como medio de adquirir el menor la capacidad personal y la disposicion de sus bienes, es manifesto que la ha suprimido.

Estableciendo, además, que no hay otra emancipacion, que la que se produce por el matrimonio celebrado con el consentimiento de los padres y todas las formalidades legales, en cuyo caso el menor desde luego obtiene la administracion de sus intereses, aunque quedando todavía sometido á numerosas restricciones y limitaciones en cuanto á sus facultades, suprime igualmente la emancipacion voluntaria ó comun. Arts. 131, 34 y 35.

De estos antecedentes deduce el Juez de Comercio, y así lo ha resuelto la sentencia apelada, que en la actualidad, despues de sancionado el nuevo Código Civil, no pueden tener ya aplicacion alguna, las disposiciones de los precitados artículos 9, 10 y 11 del Código de Comercio, pues, han quedado derogadas, al suprimirse en aquel, al cual debe estarse exclusivamente, en lo que concierne al estado de las personas,



la emancipacion y la habilitacion de edad, á que se referian.

Declara así mismo en consecuencia, que los menores no pueden ya de ningun modo ejercer legalmente el comercio, ni los padres autorizar á sus hijos en ningun caso para que adopten esta profesion; no debiendo, en su concepto, el Escribano, en el de que se trata, haber otorgado la escritura de autorizacion, ni pudiendo ésta, tampoco, ser admitida á la inscripcion, pues, resulta nula, desde que siendo un acto jurídico, no tenia un objeto legítimo.

Sin embargo, si se examinan atentamente los términos del inciso 1°, artículo 10 del Código Mercantil, en que se resuelve ser legítima la emancipacion del menor, conteniendo autorizacion expresa del padre ó de la madre, y en su defecto del curador, para ejercer el comercio, se advierte desde luego, y no puede dejar de comprenderse, que en él, la palabra *emancipacion* no está tomada en su acepcion propia y jurídica, sino confundiéndosela con el simple permiso ó autorizacion.

En efecto, entendiéndose propiamente por emancipacion, el acto legítimo por el cual el padre saca ó libera de su poder á los hijos constituidos en él; y siendo, por tanto, la emancipacion uno de los modos de acabarse la patria potestad (Ley 15, Tít. 18, Part. 4ª), se deduce necesaria é inevitablemente, que solo los padres podian emancipar á sus hijos, y de ninguna suerte las madres, que ni por el Derecho Romano, ni por el Español, gozaron jamás la patria potestad civil.

Vice-versa: se sigue igualmente, que solo los hijos constituidos en la potestad del padre, podian ser emancipados por él; y de ningun modo por el curador, los menores que habiendo quedado huérfanos á la muerte de aquél, se hallaban en tutela ó curatela; pues, estas personas, en realidad, eran emancipadas, ó *sui juris*, no sujetas á poder ajeno, sino á una direccion, que únicamente se había de ejercer en su provecho.

Y sin embargo, en el artículo 9 indicado del Código de Comercio, inciso 3º, se habla de emancipacion, no solo por el padre, sino por la madre, que carecia de patria potestad, y por el curador, que únicamente ejerce sus funciones de tal res-



pecto de los menores huérfanos ó que no tienen padre y que, de consiguiente, eran emancipados; siendo la explicacion de esto, el que segun hemos observado, la palabra *emancipacion* está tomada allí, por permiso, licencia ó autorizacion, con la cual se la confunde.

Así encontramos poco despues, en apoyo de esta interpretacion (artículo 11) que por el hecho de asociar el padre en sus negocios al hijo, ó de permitirle en autorizacion escrita, que establezca de por sí casa de comercio, se entiende que lo emancipa, aun cuando, en realidad, no haya precedido esta formalidad, que, además de la autorizacion, parece exigir por separado, el art. 9 y que, por lo mismo, se habría podido considerar imprescindible.

En el Derecho Francés lo es efectivamente; pues, entre las condiciones y formalidades que deben llenarse para que el menor adquiera la capacidad de ejercer el comercio, aparte de la autorizacion de ciertas personas, á saber: el padre, la madre ó el consejo de familia, se comprende expresamente, en el primer caso, la emancipacion.

Tal prescripcion se funda, segun lo explican los autores, en que por las leyes francesas, es mediante la emancipacion, que el menor queda habilitado para administrar sus bienes, y adquiere el derecho de elegir su domicilio; fuera de que siendo considerado mayor de edad en lo mercantil, no podría quedar en la condicion de menor, respecto á los actos civiles que hubiese de practicar.

Realmente, esta dificultad no se salva en nuestro Derecho, si se ha de tomar la emancipacion de que habla el Código Mercantil, por el permiso mismo que el padre acuerda al hijo menor de edad para comerciar, y si como se declara expresamente, los efectos de aquella se han de limitar á los actos de comercio.

El menor comerciante y hábil para estos por el permiso del padre, ¿tendrá tambien, aunque no sea emancipado, la libre disposicion de sus bienes, no solo para aplicarlos á sus negocios, sino para darles cualquier otro destino. ¿El padre



podrá hacerle entrega extrajudicialmente, de los que le pertenezcan, sin conservar responsabilidad alguna? ¿Bastará para esto el que primero lo asocie á sus negocios, y por consiguiente, el hijo quede emancipado á los efectos mercantiles? O por el contrario, el menor comerciante, á pesar de considerársele hábil para los contratos y asuntos mercantiles, ¿necesitará, con todo, especial permiso del padre para cualquier acto de carácter civil?

Difícil, sobremanera, sería responder satisfactoriamente á estas preguntas, decidiendo con seguridad las cuestiones que ellas envuelven: desde que se admita, como no puede menos de reconocerse, que el Código de Comercio confundiendo la autorización para ejercer esta profesión, con la emancipación del hijo menor, toma esta palabra por un permiso, que suponen pueden conceder por sí mismos al menor, el padre, la madre y aun el curador; atribuyendo á ese permiso todos los efectos de la emancipación en cuanto á los actos mercantiles.

En especial, con respecto al curador, podría objetarse también, que necesitando él mismo, en conformidad á lo dispuesto en los artículos 443 y siguientes del Código Civil, permiso del Juez de la tutela, para hacer continuar ó cesar cualquier establecimiento mercantil, que el menor, su pupilo, hubiese heredado; ó para intervenir haciendo las veces del sócio fallecido, si el establecimiento fuese social, mal podría, sin embargo, por sí solo, adoptar una medida mucho mas grave, por la que el menor se expondría, sin duda alguna, á comprometer todos sus intereses, cual sería la de concederle permiso para comerciar; y esto sin necesidad, el curador, de licencia ó autorización del Juez, que dicho Código no requiere para este caso, el que ni menciona siquiera.

A pesar de estas objeciones, que por fuertes que sean, solo demuestran la gravedad de la cuestión y su grandísima trascendencia, los términos de los mencionados artículos 10 y 11 del Código de Comercio son tan explícitos y terminantes, que no es posible abrigar duda sobre su sentido: tanto menos,



cuanto que léjos de resultar en oposicion á las disposiciones del Código Civil, por el contrario se armonizan con ellas; y entre éstas, se encuentra una sumamente precisa y expresa sobre el punto que se debate.

Así el artículo 275 de dicho Código Civil, al declarar que los hijos menores no pueden ejercer oficio, profesion ó industria separada, sin licencia ó autorizacion de sus padres, resuelve implícitamente, que pueden hacerlo con esa licencia ó autorizacion; y hablando en general, de profesion independiente, que muy bien podria ser la del comercio, no la excluye, ni la esceptua ciertamente.

El art. 283 declara: que se presume que los hijos de familia adultos, si ejerciesen algun empleo público ó alguna profesion ó industria, están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo público ó á su profesion ó industria; indicando asi claramente, que los padres pueden autorizar al hijo, para ejercer cualquier profesion, aunque la presuncion que este artículo establece no sea aplicable al comercio, para el cual se requiere autorizacion expresa y por escrito.

Mas para que no quede ni el mas lijero recelo de mala inteligencia en las disposiciones del Código Civil, en cuanto pueden tener aplicacion á la cuestion que nos ocupa, encontramos en él, resuelto de un modo espreso, aunque solo incidental, que los hijos de familia, es decir, los menores no emancipados, pueden muy bien ejercer el comercio; lo cual se contiene en el art. 285, en que probablemente no ha reparado el Juez *á quo*.

Este artículo se espresa asi testualmente: «*Los hijos de familia no pueden demandar á sus padres, sino por sus intereses propios y prévia licencia del Juez del territorio aun cuando tengan una industria separada, ó sean comerciantes.*» Luego pueden serlo evidentemente los menores no emancipados, que como se acaba de observar, son precisamente los hijos de familia; y la prohibicion de emanci-

parlos establecida en dicho Código, no implica para ellos la imposibilidad legal de ejercer el comercio.

Esta suposicion del citado artículo 285 del Código Civil, solo puede esplicarse como se ha indicado, porque segun el mercantil, basta para habilitar á los menores que hayan llegado á los diez y ocho años, y reunan las demias condiciones exigidas al objeto de ejercer el comercio, la autorizacion del padre, conferida por escrito y hecha pública por su inscripcion en el Tribunal.

Este artículo resuelve tambien que los menores, aunque ejerzan el comercio, continuan bajo la patria potestad; desde que no por esto deja de considerarlos hijos de familia á los efectos civiles; y tal resolucion, si bien se observa, se armoniza perfectamente con la disposicion del Código de Comercio, que solo los considera emancipados en cuanto á los actos mercantiles.

Bien pues, el apelante confirió autorizacion para comerciar, á su mencionado hijo D. Luis Richeri, por la escritura pública que acompaña, y con perfecto derecho segun se deduce de lo expuesto, pidió que se tomase razon de ella en el Tribunal de Comercio.

Ha sido por tanto equivocada la resolucion en que no se hizo lugar á su solicitud; y por lo mismo en justicia debe revocarse: tal es al menos, el dictámen que el Fiscal somete al ilustrado criterio de V. E.

Buenos Aires, Junio 13 de 1885.





Competencia entre el Juez de Comercio que ejecuta á una mujer casada, por deuda mercantil, y el Tribunal Civil que entiende en el concurso del marido, para resolver sobre la propiedad de una finca embargada por ambos.

SUMARIO :

El Juez de Comercio conociendo de una ejecucion contra una mujer casada por deuda mercantil, embargó é hizo rematar una casa que se consideraba propiedad de aquella—Habiendo resultado al otorgarse la escritura de la venta, que tambien se hallaba embargada por el Juez Civil, se dirigió á este á fin de que levantase ese embargo.—Como dicho Juez Civil se hallase conociendo en el juicio de concurso formado al marido de la ejecutada; y se le hubiese denunciado aquella finca por bien ganancial, solicitó por su parte del de Comercio, la remision de los autos ejecutivos contra la esposa del concursado—El Juez de Comercio se denegó á este requerimiento, y sostuvo: que siendo la finca embargada propiedad esclusiva de la mujer, á cuyo nombre se encuentran otorgados los títulos y no estando ella concursada, se hallaba en su perfecto derecho para continuar la ejecucion—Declarada la competencia entre ambos Jueces, resultó que por las leyes vigentes, no existia Tribunal alguno autorizado para dirimirla—Entonces el Síndico del concurso se presentó en el Juzgado de Comercio declinando su jurisdiccion—Niega que la casa sea propiedad esclusiva de la mujer, aunque la escritura esté puesta á su nombre, por no constar ser adquirida con dinero suyo—Sostiene que siendo la mujer sócia del marido, el cual es el administrador de la sociedad, la personalidad de ambos esposos se confunde, y la filiencia del marido produce necesariamente la de la mujer—El Juez de Comercio no hizo lugar á la declinatoria, sosteniendo que por ser irregular la sociedad conyugal, no existia solidaridad entre los sócios, y la mujer podia ser al mismo tiempo sócia y acreedora del marido—Que cuando la casa en cuestion resultase efectivamente ganancial, todavia habria sido bien embargada por él, y que el concurso del marido no embarazaba el ejercicio de su jurisdiccion—El Fiscal impugna esta doctrina, observando que si la



casa fuese en efecto bien ganancial, responderia no solo de las deudas contraídas por la mujer con licencia del marido, sino tambien de las contraídas por este durante el matrimonio—Sostiene que por lo regular, estando confundidos los bienes de ambos esposos y los gananciales, en caso de concurso es indispensable que el Juez que entienda en él, conozca tambien en lo concerniente á la separacion de la sociedad conyugal; y bajo esta consideracion en el caso presente, opina por la competencia de la jurisdiccion civil.

Erma. Cimara:—Habiendo iniciado ejecucion en el Tribunal de Comercio D. Máximo Luzuriaga, en representacion de los señores Duarte y Wright por la cantidad de 15,612 \$ mjc., contra Da. Maria Ignacia Otero de Recoder, la que juntamente con su marido D. Miguel Recoder suscribió en favor de aquellos un pagaré á la órden, se embargó como perteneciente á dicha señora, una casa situada en la calle de Estados-Unidos núm. 229, la cual se tasó y sacó á remate; habiéndose verificado la venta á favor del Dr. D. Santiago Balestra, que tiene depositado el precio en el Banco Nacional.

En este estado del asunto y con motivo de haberse solicitado por el Juez de Comercio el levantamiento del embargo de la espresada finca verificado tambien por el Juez Civil, á fin de poderse otorgar la escritura al comprador, como este Juez se encontrase conociendo del concurso formado al expresado Recoder, marido de la ejecutada doña Maria Ignacia Otero; y habiéndose denunciado la existencia de la indicada casa de la calle de Estados-Unidos por ganancial adquirido durante el matrimonio, y responsable por tanto no solo á las deudas contraídas por Da. Maria Ignacia, con permiso de su marido, mas tambien á las que pesaban sobre este, surgió competencia entre los mencionados Jueces, cada uno de los cuales sostiene su jurisdiccion en el caso.

Ultimamente se presentó al Tribunal de Comercio el Síndico nombrado en el referido concurso Dr. D. Leopoldo del Campo, pretendiendo que aquel debia inhibirse en los



autos de la enunciada ejecucion y remitirlos al Juez de lo Civil, á fin de que se acumulen con los del concurso de que conoce, por cuanto siendo éste un juicio universal, atrae á sí los demás que se hallen pendientes, ó se promuevan contra el concursado.

Fundaba ademas esta pretension en que debiendo reputarse legalmente una misma persona, la de ambos esposos, desde que entre ellos existe sociedad, la falencia del marido gerente y administrador de aquella, produce tambien necesariamente la falencia de la mujer.

El Juez de Comercio rechaza con razon, este principio como absoluto, puesto que sin dificultad alguna, la esposa puede poseer bienes propios, los cuales no responden de las deudas del marido, ni de la sociedad conyugal, no siendo exacto que como sócia sea solidaria de aquel, (arts. 1258 y 59); y siendo además constante que á veces puede resultar y resulta acreedora; bienes que sin embargo son responsables por las deudas que hubiese contraído la misma mujer, en su propio nombre y con el consentimiento de su marido, cual sucede en su concepto, respecto á la finca de que se trata, y á la deuda cuyo pago se persigue.

Esto es así efectivamente, Exma. Cámara, y es tambien inexacto el que la falencia del marido produzca necesariamente la de su esposa, la cual deba ser concursada junto con él; pues aun puede conservarse rica cuando el marido se hubiese arruinado completamente, asistiéndole entonces el derecho de retirarle la administracion y solicitar la separacion de bienes, Cód. Civil, art. 1294.

Podria creerse por esto que la cuestion de competencia planteada en los términos espuestos, debiera resolverse en favor de la jurisdiccion del Juez de Comercio: obran sin embargo en sentido contrario, consideraciones diversas, pero no menos graves.

¿A qué Juez correspondería en el caso propuesto, decretar y realizar la separacion de bienes entre los esposos á que tendria derecho la mujer, si no es al de lo civil?



¿Quién resolvería lo que pertenezca á cada cónyuge y lo que debiera reputarse ganancial? Siendo indudable que estos bienes, cualquiera que sea el consorte que los hubiera adquirido, responden á las deudas contraídas por el marido, parece indudable que debería serlo el Juez del concurso, que sin esto muchas veces no podría liquidarse.

Si al menos fuese incuestionable el que la propiedad de la finca embargada y vendida por el Juez de Comercio perteneciese en efecto exclusivamente, como se ha supuesto, á la mujer de Recoder, Da. Maria Ignacia Otero, quizá se podría sostener que no debiendo entrar esa finca en el concurso, ni responder por las deudas del marido, su falencia no embarazaba la continuacion del juicio ejecutivo por embargo trabado sobre ella en el Tribunal de Comercio.

Mas segun parece, aquello no sucede así, ni la propiedad exclusiva de la esposa puede considerarse indiscutible, por que si bien los títulos de la expresada casa se encuentran otorgados á nombre de Da. Maria Ignacia, la cual aparece como compradora con licencia de su marido, no se declara y hace constar en los términos que exige el Código Civil, para que se pudiese considerar propiedad exclusiva de la mujer, que la adquisicion se hacia con dinero suyo, artículo 1246.

Es, pues, una verdadera cuestion suficientemente fundada, y aun no resuelta, pero que se hace indispensable resolverse, si dicha casa de la calle de Estados-Unidos es realmente propiedad exclusiva de Da. Maria Ignacia, ó se ha de reputar ganancial adquirido en la sociedad conyugal; en cuyo caso, fuera de duda, su valor se habria de aplicar al concurso, donde deberian ocurrir los ejecutantes en los mencionados autos, á hacer valer sus derechos.

Ahora, Exma. Cámara, como en todo matrimonio los bienes de la mujer se encuentran confundidos con los del marido, formando unos y otros el capital de la sociedad conyugal (art. 1263), que aquel administra, lo mismo que los



gananciales provenientes de esos bienes (art. 1276); sucediendo la falencia del marido, es indispensable para que pueda verificarse de un modo legal la liquidacion de su haber, que el Juez que entiende del concurso, conozca tambien, en la division de la sociedad conyugal.

El deberia, pues, resolver lo que pertenece al marido fallido y lo que corresponde esclusivamente á la mujer; lo que deba reputarse ganancial; los valores que responden á las deudas comunes, reconocidas ó justificadas; y en fin la manera en que hayan de distribuirse entre los acreedores.

Lo que antes se ha expuesto sobre la responsabilidad de los bienes gananciales, tanto á las deudas contraidas por el marido, como administrador de la sociedad conyugal, cuanto á las contraidas por la mujer con licencia ó autorizacion de su esposo, hace inadmisibile lo establecido por el Juez de Comercio, en el sexto considerando de la resolucion de fs. 291 á 293 vta.

En él se dice que cuando sea cierto que la propiedad embargada á f. 8 vta. sea la que se supone ubicada en la calle de Estados-Unidos núm. 235, y que esa propiedad haya sido adquirida durante el matrimonio; y pueda ó deba ser estimada como ganancial, ello no es una razon legal para fundar la incompetencia de este juzgado; y para en consecuencia solicitar que la presente causa pase para su conocimiento al Tribunal, que conoce en el juicio de concurso á que se hace referencia.»

En la doctrina de este considerando hay equivocacion indudablemente, porque si se supone que la finca embargada en el Tribunal de Comercio por los señores Duarte y Wright, como propiedad esclusiva de Da. Maria Ignacia Otero, no lo es efectivamente, sino que debe considerarse ganancial comun, adquirido en su sociedad con su esposo D. Miguel Recoder, el cual se encuentra concursado en el Juzgado Civil, seria forzoso reconocer tambien que el valor de esa finca responde, no solo á la deuda cuyo cobro persiguen dichos señores, contraida por la mujer con li-

cencia de su marido, sino tambien á todas las que pesan sobre este como administrador de la sociedad.

Entonces, pues, ó bien los señores Duarte y Wright, á fin de que la distribucion de ese valor pudiera hacerse legalmente y de un modo equitativo, deberian ocurrir al concurso y tomar parte en él, ó vice-versa todos los acreedores de Recoder habrian de concurrir al Juzgado de Comercio y terciar en la ejecucion pendiente sobre dicha casa.

Ahora bien, á todas luces, lo primero es lo procedente; pues que el juicio universal de concurso es el que atraca á sí todos los que afectan directamente los intereses de la masa, ó se relacionen íntimamente con él, en términos de hacer impracticable de otra suerte la liquidacion.

Esta consideracion, Exma. Cámara, induce al Fiscal en el caso presente, á opinar como opina efectivamente en favor de la jurisdiccion del Juez Civil que conoce en el concurso de D. Miguel Recoder; creyendo por tanto que debe revocarse la resolucion apelada del Juez de Comercio, y ordenarse la acumulacion de los autos ejecutivos que ante él se siguen contra la esposa de aquel, Da. Maria Ignacia Otero á los del espresado concurso, como se solicita por el Síndico.

Buenos Aires. Junio 4 de 1886.



VISTA LXXI

SUMARIO

Competencia entre los dos jueces de comercio para declarar una quiebra.

Antecedentes del caso: habiendo conocido uno de los Jueces de Comercio en el juicio de moratorias, y resultando desechadas por los acreedores, los deudores manifestaron tambien que desistian de su solicitud; é inmediatamente se presentaron en quiebra ante el otro Juez, que la declaró efectivamente.—El primero de dichos Jueces, que entendia en las moratorias, ignorando esta resolucion, proveyó admitiendo el desistimiento de los deudores, y á solicitud de uno de los acreedores, los declaró tambien en quiebra, surjiendo con este motivo la competencia.—En favor del primero que hizo la declaratoria de quiebra se alegaba hallarse en turno; y que habia prevenido en el asunto, debiendo considerarse independiente el juicio de quiebra del de moratorias.—El turno establecido entre los Jueces es una medida puramente económica, tendente á distribuir con equidad el trabajo; y no altera la jurisdiccion.—Entre los Jueces que gozan jurisdiccion acumulativa, no previene en un asunto el primero que sentencia, sino el primero que empezó á entender en él.—El juicio de moratorias no es independiente del de quiebra, pues desechadas éstas ó revocadas, debe seguirse la declaratoria de aquella.—Decretada por el Juez de las moratorias la suspension de todo procedimiento ejecutivo, mientras aquella medida subsista, no puede declararse la quiebra.—Los antecedentes instructivos de uno y otro juicio son los mismos; y no habria conveniencia alguna en que estos se siguieran en diversos tribunales.

Exma. Cámara:—El Fiscal se ha hecho cargo por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, del recurso de apelacion traído por D. Jorge J. Nutall contra la resolucion del Juez de Comercio Dr. Garcia, en que no le hizo lugar á la declinatoria que le opuso, á fin de que se abstuviese de con-



tinuar interviniendo en el concurso formado por quiebra á los Sres. Torrents y Fernandez, remitiendo el conocimiento de este asunto al otro Juez de Comercio Dr. Larsen del Castaño, á quien supone corresponder.

Los antecedentes de la indicada cuestion son los siguientes :

Habiéndose presentado en Mayo del corriente año en el Tribunal del Dr. Garcia los expresados Torrents y Fernandez en solicitud de moratorias, el indicado Juez observando el trámite que correspondia en el caso, C. de Com. art. 1731, mandó cesar todo procedimiento ejecutivo contra los solicitantes, y nombró tanto el Juez Comisario, como los acreedores que debian proceder á verificar la exactitud de los estados presentados, para que reunidos en oportunidad todos los interesados, pudieran tomar en consideracion y resolver sobre la solicitud de moratorias.

Todo se hizo así: pero resultando inexactos los indicados estados, por existir un déficit de \$ 100,000 m/n, reunidos los acreedores en 31 de Julio, votaron por unanimidad contra las moratorias, siendo tambien la opinion del Juez Comisario el que debian desecharse.

En este estado, y con fecha 18 de Agosto, se presentaron ante el mismo Juez Dr. Garcia, por una parte los señores Torrents y Fernandez, desistiendo de su solicitud de moratorias, y por otra D. T. B. Smith, representante de la casa Moore A. Tudor, haciendo mérito del rechazo de las moratorias por los acreedores, y pidiendo la declaratoria de quiebra de los expresados Torrents y Fernandez; solicitud á la cual, con la misma fecha 18 de Agosto, proveyó el Juez que se trajesen á la vista los autos de su referencia para dictar resolucion.

Efectivamente, al dia siguiente, 19 de Agosto dictó el auto que corre de f. 77 vta. á 79 vta., por el cual, resolviendo que no habia lugar á la concesion de moratorias, declaró tambien en quiebra á los mencionados Torrents y Fernandez, adoptando asimismo todas las medidas legales que son con-



siguientes á aquella declaracion. C. de Com. artículos 1349 y siguientes.

Entre tanto, el dia anterior, es decir, el 18, los señores Torrents y Fernandez habian ocurrido al otro Juez de Comercio Dr. Lársen del Castaño, por hallarse en turno segun se explica, y manifestado su estado de insolvencia, á fin de que se declarase la quiebra, como lo verificó realmente y en el expresado dia el indicado Juez.

De estos antecedentes es que arranca la cuestion presente, sobre cual de los Jueces que conocen, sea el que deba continuar legalmente entendiendo en el referido juicio de quiebra.

El apelante considerando este juicio de todo punto independiente del de moratorias, sostiene que correspondia al Juez de Comercio Dr. Lársen del Castaño, por hallarse de turno y porque además habia prevenido, verificando la declaracion de quiebra un dia antes que el Dr. Garcia.

El apelado, por el contrario, sostiene que ambos juicios se encuentran íntimamente ligados, en razon de que suponiendo la solicitud de moratorias el estado de insolvencia, el primero de dichos juicios influye directamente sobre el otro; siendo comunes á los dos, los antecedentes con que deben resolverse; y pretende que el mismo Juez Dr. Garcia que entendió en la solicitud de moratorias de Torrents y Fernandez, es á quien compete continuar conociendo en la quiebra, despues de desechadas aquellas.

Los escritos de fs. 106 á 113 y de fs. 132 á 140, en concepto del Fiscal, exponen convenientemente la materia, y dilucidan con claridad el punto en cuestion; demostrando de un modo satisfactorio, la competencia de Juez de Comercio Dr. Garcia para conocer en el asunto de que se trata.

Desde luego debe observarse que la circunstancia de hallarse en turno el Juez Dr. Lársen, del Castaño en 18 de Agosto en que á peticion de los fallidos Torrents y Fernandez hizo la declaratoria de quiebra, es de ningun momento; pues el turno entre los Jueces que ejercen una misma jurisdiccion, es incapaz de alterarla, aumentando ó restringiéndola, y solo





se ha establecido como una medida económica, y que únicamente tiene por objeto distribuir el trabajo con equidad.

De los autos que el Fiscal ha tenido á la vista, tampoco resulta demostrado que el Juez Dr. Lársen del Castaño hubiese prevenido en el asunto; pues que no hay porque atribuir preferente jurisdiccion, entre los Jueces que la ejercen *in solidum*, al primero que resuelve en un asunto; sino que propiamente hablando, previene entre ellos, aquel que primero empezó á conocer

Una vez que cualquiera de ellos ha empezado á tomar conocimiento en un asunto, por el mismo hecho, y por lo que respecta á ese negocio, su jurisdiccion se hace exclusiva: de manera que si supusiéramos que el otro empezando á conocer mas tarde resolviera sin embargo primero, no por eso llegaria á ser Juez competente en el asunto, antes bien su resolucion adoleceria de nulidad.

Ahora bien, aunque resulta de autos que el enunciado Juez Dr. Lársen del Castaño hizo la declaratoria de quiebra de que se trata, con fecha 18 de Agosto, no resulta de aquí que hubiese entendido en el asunto, antes que el otro Juez Dr. Garcia; porque éste, en esa misma fecha, proveyendo á la solicitud de uno de los acreedores para la declaracion de quiebra, conocia tambien y ejercia jurisdiccion, al ordenar se trajesen á la vista los antecedentes que estimaba necesarios para resolver.

Pero en realidad, Exmo. señor, no deben considerarse independientes y desligados los juicios de moratorias y de quiebra, de manera que pueda haber lugar al derecho de prevencion; siendo indudable que pendiente aquel como se encontraba, ante el Juez Dr. Garcia, sin menoscabo de su jurisdiccion, nadie podia hacer declaratoria de quiebra, ni él mismo habria podido verificarla, sin separarse del trámite legal, y sin trastornar los procedimientos: Art. 1738.

Se ha argüido por esto contra la declaracion de quiebra verificada por el Juez Dr. Garcia en 19 de Agosto del corriente año, que siendo hecha en el mismo auto en que resol-



via no haber lugar á las moratorias, esta resolucíon aun no se hallaba ejecutoriada.

La objecíon es infundada sin embargo; pues no se recuerda que no solamente las moratorias habían sido desechadas por los acreedores y por el Juez Comisario, sino que también los mismos fallidos habían desistido de su petición, de suerte que puede decirse con exactitud, que la resolucíon del Juez de Comercio, en cuanto no le hacia lugar, era inapelable, desde que procedía de comun consentimiento de partes.

Que la petición de moratorias sea un asunto que se relaciona íntimamente con la quiebra, es en concepto del Fiscal, una cosa manifiesta y evidente; puesto que una vez deducida, ó evita la declaratoria de quiebra, ó la produce necesariamente.

El C. de Comercio solo trata de las moratorias en la parte en que se ocupa de las quiebras; y al declarar que su conocimiento corresponde al Juez competente para conocer en la quiebra, resuelve á *contrario sensu*, ser competente para conocer en el juicio de quiebra, el que lo sea de las moratorias. Art. 1729.

El derecho de solicitarlas se concede bajo ciertas condiciones, al comerciante que se encuentre insolvente; suponiendo por tanto el estado de quiebra, cuya declaracíon se evitaria si son concedidas; pero que tiene que venir forzosamente si se niegan, como sucede también toda vez que se revocuen. Art. 1747.

Presentada la solicitud de moratorias con los datos instructivos que se prescriben, el Juez que conoce en ellas, puede proveer, como lo verificó el Dr. García, la suspensíon de todo procedimiento concerniente á la quiebra, entre tanto se resuelva sobre dicha solicitud. Art. 1730.

En 18 de Agosto, en que el Juez de Comercio Dr. Lársen del Castaño declaró la quiebra de Torrents y Fernandez, aun se hallaba vigente dicha suspensíon; y solo se explica que este Juez procediera de esa suerte, porque ignorase la indicada suspensíon, Art. 1738, que no terminaba seguramente, ni



por el desistimiento de los fallidos, ni por la votacion negativa de los acreedores, sino por la resolucion del Juez, como sucede tambien en regla general, en todos los términos judiciales, cuyo lapso ha sido suspendido por decreto especial.

A la solicitud de moratorias deben acompañarse los mismos estados que sirven de base en el procedimiento de la quiebra; é inmediatamente de presentada se nombra ya Juez Comisario. Art. 1523, 1549 y 1729.

No cabe duda razonable sobre que desechadas las moratorias y sobreviniendo la declaracion de quiebra, los mismos estados presentados cuya exactitud se habrá verificado, deberán utilizarse en el procedimiento consiguiente: pues que ni siquiera habria objeto en reiterar con grandes gastos y demoras, tales operaciones.

Tambien parece indudable que debería continuar el Juez Comisario ya nombrado, desde que habiendo intervenido en verificar los datos relativos á las moratorias, y tomado con este motivo instruccion en el asunto, no habria seguramente ventaja alguna en cambiar dicho Juez Comisario.

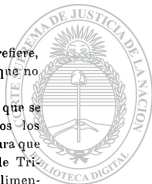
Son, pues, Exmo. señor, manifiestas la conexidad y relacion que tienen la declaratoria de quiebra y el procedimiento concerniente á las moratorias, cuando este ha precedido; y esta consideracion como las demas que deja expuestas, deducidas de las prescripciones del Código ó de la naturaleza del asunto, hacen opinar al Fiscal en favor de la jurisdiccion del Juez de Comercio Dr. Garcia, y consiguientemente por la confirmacion de la resolucion apelada.

**Ejecucion de una sentencia pronunciada por un Tribunal extranjero****SUMARIO:**

Exposicion del caso y resolucion que en él ha recaído—Requisitos que se exigen para la ejecucion de sentencias emanadas de Tribunales extranjeros—Se demuestra que todos ellos concurren en la sentencia cuyo cumplimiento se pide—Respuestas á las observaciones que se han opuesto en sentido contrario—Inteligencia de la disposicion que requiere el que la obligacion declarada por el Tribunal extranjero, sea válida segun nuestras leyes—La resolucion de que se trata no solo es verdadera sentencia definitiva, sino tambien ejecutoria, así por las leyes del Reino de Italia, como por las nuestras—Siendo insubsistente la resolucion del auto apelado, éste debe revocarse.

Erma. Cámara:—El Fiscal se ha instruido por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, del expediente iniciado por D. Gregorio Conde, apoderado de D. Luis Rossi, vecino de Génova, solicitando la ejecucion de una sentencia pronunciada por el Tribunal de Comercio de aquella ciudad, que condena á D. Luis Canessa al pago de una cantidad procedente de una letra que allí suscribió, y que no fué cubierta á su vencimiento; la cual sentencia se ha presentado debidamente autenticada y vertida al castellano.

El exponente no considera acertada la resolucion de que se apela, por la cual no se ha hecho lugar á la ejecucion de la referida sentencia, respecto de la que se duda si debía considerarse definitiva; si por las leyes del Reino de Italia



causa ejecutoria; y en fin, si la obligacion á que se refiere, deba considerarse válida segun nuestras leyes; puesto que no se ha exhibido la letra de que se originó la cuestion.

Reproduce, pues, el dictámen Fiscal de fojas 28, en que se establece: que reuniendo la expresada sentencia todos los requisitos que exige nuestra Ley de Procedimientos para que puedan mandarse á ejecucion, los fallos emanados de Tribunales extranjeros, el de que se trata debe cumplimentarse.

Efectivamente, en concepto del Fiscal es fácil demostrar que la sentencia que nos ocupa, expedida por el Tribunal de Comercio de Génova, renne todos los expresados requisitos consignados en los cuatro incisos del artículo 559 de la citada ley; sin que, de consiguiente, se le pueda oponer con fundamento, la falta de ninguno de ellos.

Primero: dicha sentencia ha recaído sobre una accion personal, como lo son todas las que nacen de contratos, entre ellos el de cambio, que se verifica por la expedicion de letras; versando, además, sobre un asunto de la exclusiva competencia del Tribunal que ha conocido en el juicio, cuya jurisdiccion ha sido consentida y aceptada por las partes.

Segundo: no habiéndose justificado el que cuando se dictó la indicada sentencia, el demandado Canessa se encontrase domiciliado aquí, poco importaría en el caso, el que dicha resolucion se hubiese pronunciado en rebeldía; desde que no tendría aplicacion lo prevenido al respecto en la citada ley; apareciendo, además, el que Canessa fué representado en el juicio por procurador, y que le fué notificada la resolucion.

Tercero: la causa de la obligacion debe, sin duda alguna, considerarse válida, eficaz y legítima; siendo reconocida y aprobada por nuestras leyes, conformes con esto con las que rigen á todos los pueblos civilizados, á saber: la suscripcion de una letra que no fué pagada á su vencimiento.

Cuarto: en fin, dicha resolucion recaída en un juicio su-

mario y ejecutivo, se declara á Canessa deudor de mil liras italianas, con los intereses desde el 21 de Abril de 1880 y las costas del juicio, lo mismo por nuestras leyes que por las del Reino de Italia, segun se deduce del tenor de la sentencia, es ejecutoria, no obstante apelacion, que solo se admite en el efecto devolutivo.

No son, pues, exactas, ni admisibles las observaciones que en sentido contrario se aducen en el auto apelado, como vamos á verlo, examinándolas en el orden en que han sido propuestas.

Aunque el artículo 559 de la Ley de Procedimientos en el inciso 3°, requiera para que pueda darse cumplimiento á las sentencias pronunciadas por Tribunales extranjeros, el que la obligacion sea válida segun nuestras leyes, no por esto en el caso presente era necesario, como se supone equivocadamente, el que se hubiese exhibido la letra cuya falta de pago motivó el pleito; pues, que, la referida disposicion no tiene el sentido ni el alcance, que parece atribuirle el Juez de Comercio.

Esa disposicion no exige en manera alguna el que la sentencia de Tribunales extranjeros, de cuya ejecucion se trate aquí, sea justa segun nuestras leyes, ó que el acto de que emane la obligacion, se arregle en cuanto á sus formas á dichas leyes; el que las personas que lo hubiesen celebrado sean capaces segun ellas, ó en fin, el que estas le atribuyan los mismos efectos.

Nada de esto podría ser; porque tratándose de un contrato celebrado en Italia, entre personas domiciliadas en ese Reino y para cumplirse dentro de su territorio, de conformidad á los principios del Derecho Internacional, como tambien á los de nuestra Jurisprudencia, dicho contrato se encuentra sujeto en todo y por todo á las leyes italianas, á saber, respecto á la capacidad de las personas, formas del acto, su alcance y efectos.





«Si los actos jurisdiccionales, dice Bello, recayeran sobre obligaciones contraídas bajo la influencia de las leyes del mismo país á que el Tribunal pertenece, deben ser siempre reconocidas en los otros países, ciñéndose los Juzgados de éstos á hacer cumplir por un simple auto de *pareatis* las decisiones que han intervenido en la materia.» Principios del Derecho de Gentes, cap. IV, N° 8, pág. 77.

Igual doctrina se desprende, salvo casos de excepcion en que se trate de bienes existentes en el país, ó de actos celebrados en el extranjero para tener aquí su cumplimiento, de las diversas disposiciones relativas á la materia y contenidas en el Código Civil, artículos 7, 8, 948, 950, 1180 y 1205, el cual declara que «los contratos hechos fuera del territorio de la República, serán juzgados en cuanto á su validez ó nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan, por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados», siendo aun mas aplicable al caso por tratarse de una letra, la disposicion del artículo 914 del Código de Comercio.

La Ley de Procedimientos en la disposicion que nos ocupa, tampoco autoriza de modo alguno á nuestros Tribunales, para revisar en cuanto al fondo ó sea su justicia intrínseca, los fallos pronunciados por Tribunales extranjeros, en ejercicio de la Jurisdiccion que les corresponde, lo cual sería opuesto á los principios del Derecho Internacional y atentatorio de la independencia de los demás Estados soberanos.

Hay, sin embargo, segun nuestra Jurisprudencia, ciertos casos excepcionales, en que se prohíbe la aplicacion de las leyes extranjeras, y en que por consecuencia correlativamente, parece que tampoco podrían llevarse á ejecucion en la República, las sentencias de otros Tribunales fundadas en ellas.

Tales serían, por ejemplo, en conformidad á lo establecido en el artículo 14 del Código Civil, las leyes extranjeras que se opusiesen al Derecho público ó criminal de la República, á la



Religion del Estado, á la tolerancia de cultos, á la moral y buenas costumbres, ó en fin, cuando fuesen incompatibles con los principios fundamentales de nuestra Legislacion, lo cual se ratifica á propósito de los contratos en los artículos 1206 y 1207.

El Dr. Velz expone esta doctrina, diciendo ser una máxima de la moral y del derecho que el respeto y consideracion á las leyes de una Nacion extranjera no pueden comprender los casos en que se violen las leyes de la naturaleza ó las Leyes Divinas: que los contratos que son en fraude de las leyes del país, ó de los derechos y deberes de sus nacionales; los que sean contrarios á la moral ó á la Religion, como los que se opongan, en fin, á la política ó las instituciones, deben tenerse por nulos en todo país afectado por ellos, aunque puedan ser válidos por las leyes del lugar en que se hubiesen celebrado.

Tales serían los únicos puntos que incumbiría examinar á los Jueces en nuestro país, cuando se les pida la ejecucion de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, para decidir si la obligacion que ellas declaran, se ha de considerar ó no válida, en el sentido del precitado artículo 559 de la Ley de Procedimientos. Carabantes, Proc. tom. 3º, N° 1902, pág. 690.

No habia, pues, necesidad en el caso *sub judice* de exhibirse la letra, que sirvió de materia al pleito seguido en Génova entre Rossi y Canessa, terminado por la sentencia de que se trata, desde que el Juez *á quo* no tenia que resolver sobre su validez ó sobre sus efectos, ni que examinar tampoco si la resolucion del Tribunal de Génova era justa ó nó.

—

No es exacta la observacion del Juez de Comercio, al denegarse al cumplimiento de la mencionada resolucion que nos ocupa, de que ella no importa propiamente una sentencia, y mucho menos una sentencia definitiva.



No hay, en realidad, razon alguna para poner en duda el que la resolucion recaída en un pleito, en que se cuestionó si el demandado era deudor ó no, del importe que se le cobraba, de una letra que habia firmado, declarándolo deudor realmente, y condenándolo á su pago en via ejecutiva; sea una verdadera sentencia.

La naturaleza de un juicio sumario ó ejecutivo, no quita á la resolucion que lo termina su carácter de definitiva: pues, lo es efectivamente con relacion á ese juicio ó al procedimiento seguido; aunque pueda no serlo, ni considerarse tal, respecto al juicio ordinario, que se entable despues, en el cual esté sujeta á revision y quizá venga á revocarse.

En fin, tampoco le asiste bastante fundamento al Juez *á quo* cuando observa que no consta que la enunciada resolucion del Tribunal de Comercio de Génova, cuyo cumplimiento se le pedia, sea ejecutoria segun las leyes que rigen en el Reino de Italia, cuando, segun queda expuesto, esto no solo se deduce del tenor mismo de aquella, en la que se prescribe su inmediata ejecucion, salvo el derecho de apelacion á su tiempo, sino que tambien por nuestra Jurisprudencia, la sentencia sobre una obligacion ejecutiva, debe cumplirse, no obstante apelacion, la cual solo se concede en el efecto devolutivo.

Las consideraciones expuestas, Exma. Cámara, demuestran que la sentencia del Tribunal de Comercio de Génova, cuya ejecucion se solicita, reúne todos los requisitos necesarios para que, segun nuestras leyes, deba dársele cumplimiento; y que el Juez *á quo*, atribuyéndoles un sentido que no tienen, y completamente ageno á su verdadero espíritu, no les ha dado conveniente aplicacion en la resolucion apelada, que en opinion del Fiscal debe revocarse.

Gerónimo Cortés.

Buenos Aires, Noviembre 30 de 1886.

Y vistos: Resultando de la sentencia de fs. 13, que el ejecutado se encontraba representado por medio de procurador,

circunstancia que basta para demostrar que no ha sido seguido el juicio en rebeldía, en el concepto correspondiente á esta palabra, segun nuestro procedimiento; y que, por lo tanto, no está comprendido en el 2º inciso del artículo 559, Código de Procedimientos, para que pueda objetarse la ejecutoria de la referida sentencia; por esto y los fundamentos de la vista de fs. 37, se revoca el auto de fs. 29 vuelta, declarándose que debe ejecutarse aquella y devuélvanse.

ORTIZ.
BARRA.

BUNGE.
AGUIRRE.

Ante mí—

A. M. Larroque,
Secretario.



VISTA LXXIII

[COMPETENCIA ENTRE DOS CÁMARAS.

SUMARIO:

Relacion del caso.—Recusado todo el personal de la Cámara en lo Civil, se constituyó con el que debía reemplazarlo; y aceptada la recusación, el tribunal que se formó, procedió también á resolver sobre lo principal.—Devuelta la causa, al ejecutarse la sentencia, surgió un incidente de que se apeló para ante la Cámara permanente; la cual entró á conocer en el recurso; y habiéndosele reclamado los autos, por dicho tribunal se los denegó.—Este ocurrió entonces á la Suprema Corte, á fin de que se los mandase entregar; pero se resolvió que no era llegado el caso de que tomara intervención en el asunto.—Comunicada en ese estado vista al Fiscal, examinando la forma de la competencia, encuentra que en el expediente nuevamente formado hay datos suficientes para resolver; y que aquella procedería en el caso por inhibitoria.—Razones por las cuales los vocales permanentes de la Cámara de lo Civil se consideran hábiles no obstante la recusación.—Se examinan esas razones y se indican las que fundan la competencia del tribunal anteriormente formado, que debe declararla y sostenerla.

Firma. Cámara:—El Fiscal se ha instruido del expediente que se ha formado, con motivo del incidente ocurrido en los autos seguidos por Hume hnos. con Clark y Cia. sobre el cumplimiento de un laudo arbitral, acerca del tribunal que deba conocer en la apelación interpuesta, de providencia recaída en el procedimiento que tiene lugar para la ejecución de lo resuelto, en el juicio ordinario por sentencia definitiva de V. E., á saber, si debe ser la Cámara Civil con su personal



permanente, ó la que se formó á mérito de la recusacion de todos sus miembros, que se declaró procedente y fué aceptada.

Los vocales titulares de dicha Exma. Cámara, á pesar de haber sido recusados y separados, segun se acaba de indicar, del conocimiento de la causa en el juicio ordinario, no se consideran impedidos para entender en el expresado recurso, por versar, segun lo manifiestan, sobre otro juicio diverso de aquel en que fueron recusados: el cual suponen haber concluido con la sentencia que en él recayó; y porque con esta, habiendo terminado su mision, ha debido cesar tambien el tribunal que accidentalmente se formó á un objeto determinado.

Crean igualmente dichos señores vocales que por haber sido solo relativa la causa que motivó su recusacion en el juicio ordinario, á saber, el que hubiesen prejuzgado, con ocasion del juicio ejecutivo seguido anteriormente, manifestando opinion en lo principal, una vez resuelta esa cuestion, como lo ha sido definitivamente, ha desaparecido el impedimento; y se encuentran hábiles para conocer sobre emergencias que no tienen conexion alguna con el punto indicado.

Tales son los antecedentes que han determinado el proceder de los señores camaristas, al admitir el recurso de apelacion que ante ellos se ha llevado; y al negarse despues á la remision de los autos pretendida por V. E. con el objeto de proveer á la solicitud de f. 1.^a en que la parte de Humeños, pedia avocase el conocimiento del asunto: invocando tambien aquellos, la práctica que en casos algo análogos, parece haber seguido el tribunal de que son miembros.

La Suprema Corte á quien V. E. reclamó de esa negativa, por cuanto le impedia la tramitacion que creía indispensable, no ha estimado sin embargo que fuese llegada la oportunidad de solicitarse su intervencion, al objeto de dirimir el desacuerdo referido: en atencion á que no existe aun, una cuestion de competencia propiamente dicha, que provoque legalmente el ejercicio de sus atribuciones; y al comunicarle V. E. en este estado vista al esponente, se deja comprender que debe dictaminar, si aquella seria ó no suficientemente fundada,





como tambien si haya de considerarse regular y arreglada la forma en que el recurrente la ha promovido.

El Fiscal encuentra acertada la opinion de los señores Ministros de la Suprema Corte doctores Gorostiaga y Latorré, de que V. E. aunque carezca de los autos principales, desde que en este expediente figura el acuerdo de la Exma. Cámara en lo Civil fecha 30 de Julio del corriente año, en el cual se consigna detalladamente la relacion de los hechos, tiene en él todos los datos necesarios, para resolver el punto en discusion, sobre si se haya de considerar subsistente el Tribunal que se formó con motivo de la recusacion del personal ordinario de dicha Exma. Cámara, conservando por tanto aquel su jurisdiccion, y siendo ella extensiva al conocimiento del indicado recurso; de suerte que se encuentre en el deber de defenderla, declarándose en competencia con aquella.

Opina tambien el esponente, que aunque ambos tribunales ejerzan la misma clase de jurisdiccion, en el caso presente no podría tener aplicacion lo dispuesto en el art. 411, de la Ley de Procedimientos, en el cual se establece por regla general que cuando aquello suceda, no es procedente la competencia por inhibitoria, debiendo entonces emplearse esclusivamente la declinatoria, deducida ante el mismo Juez, á quien la parte repute incompetente, á menos que fuese asunto en que se pueda proceder de oficio.

Sin duda de ningun género, esta disposicion se refiere únicamente á los Jueces, cuyas resoluciones fuesen apelables, y que por ejercer, como se supone, la misma clase de jurisdiccion, tuviesen tambien un Superior comun; pues esa prescripcion ha sido dictada seguramente, con el propósito de evitar contiendas directas entre los Jueces sobre jurisdiccion; prefiriéndose entónces el que la cuestion se debata entre los interesados, á fin de que venga á resolverse por el recurso ordinario de la apelacion.

Siendo esto así, desde que las resoluciones de las Exmas. Cámaras no son apelables, salvo casos de escepcion, ni por lo mismo seria practicable este recurso, como medio de dirimir



la cuestion sobre jurisdiccion, evitándose la competencia, tampoco la mencionada disposicion podria aplicarse al caso presente; ni debe ser obstáculo á que dicha cuestion se promueva en la forma en que se ha verificado, solicitándose que este Tribunal avoque el conocimiento del asunto de que en la actualidad se encuentra entendiendo la Exma. Cámara de lo Civil.

Despues de estas observaciones concernientes á las formalidades del caso que nos ocupa, con relacion á la cuestion de fondo, sin que se le oculten en manera alguna las dificultades que ofrece el punto, el Fiscal debe manifestar, aunque receloso de su insuficiencia para dilucidarlo, que en su concepto el conocimiento del recurso de que se trata corresponde á este Tribunal; considerando equivocado el procedimiento seguido por la Exma. Cámara en lo Civil, no obstante su reconocida ilustracion y acreditada probidad. Para opinar así le asisten varias razones.

1^a Que el Tribunal de V. E. no debe reputarse eventual, delegado ó de comision, el cual como se pretende, haya terminado su mision, y cuya jurisdiccion haya concluido, una vez que dictó sentencia definitiva; sino que por el contrario, viene á ser la misma Cámara Civil cuyo personal, aunque se componga de miembros permanentes, varía en casos dados; asistiéndole de consiguiente á dicho Tribunal el mero y mixto imperio, es decir, no solo la facultad de sentenciar, sino tambien la de hacer cumplir sus resoluciones.

2^a Que admitiendo que existan causales de recusacion, como la de prejuzgamiento, relativas solo á determinados puntos, cuando este fuese el que constituye en el juicio la cuestion principal, cual sucedia esta vez, admitida la recusacion y separado el Juez del conocimiento del asunto, los efectos de aquella no son parciales ó referentes de un modo exclusivo á la indicada cuestion, más tambien á todos sus incidentes y emergencias inclusa la ejecucion, por ser doctrina establecida que, para no dividirse la continencia de la causa,



el Tribunal que conozca de lo principal, debe entender igualmente en todos sus incidentes.

3° Que en realidad y propiamente hablando, la ejecución de una sentencia no constituye juicio distinto de aquel en que ésta se pronunció, para que el Juez impedido ó recusado en el primero, pudiese no obstante con suficiente fundamento, considerarse expedito en el segundo; cuando es evidente que ambos se encuentran íntimamente ligados y tienen manifiesta conexión.

La ejecución de una sentencia corresponde siempre al mismo Juez de 1ª Instancia que la pronunció; y correlativamente los recursos á que pudiera dar lugar el procedimiento seguido al efecto, deben corresponder también al mismo tribunal que conoció en 2ª Instancia; no considerándose terminado legalmente el pleito por la sentencia sino por su ejecución. *Curia Filíp. P. 2ª* § 12, números 2 y 3.—*Cañala Juicios Civiles P. 2ª*, cap. 11, número 1º—*Elizondo Práctica Universal*, tom. 3º, pág. 16, núms. 1 y 4—*Gutierrez, Cuestiones Prácticas*, Libro 1º, C. 96.—*Ley 6*, tit. 17, Lib. 4º R. C.

En consecuencia de lo expuesto, el Fiscal es de dictámen de que V. E., accediendo á la solicitud de f. 1ª, debe declararse competente para conocer y resolver sobre el incidente surgido en la ejecución de la sentencia recaída en el expresado asunto; y oficiar á la Exma. Cámara de lo Civil con los antecedentes necesarios, comunicándole esa resolución, y requiriéndole al mismo tiempo, le devuelva el conocimiento de dicho asunto.

Buenos Aires, Noviembre 6 de 1886.

APÉNDICE



Acusacion y defensa del Coronel D. Pedro Oyarzabal. en la causa que se le siguió de oficio por su conducta pública como jefe del Departamento del Río Cuarto durante la Intervencion Nacional de 1861.

ACUSACION

Sr. Juez del Crimen:

El Agente Fiscal evacuando la vista que se le ha comunicado en la causa seguida de oficio contra Pedro Oyarzabal y cómplices por varios delitos de que es acusado el primero, á V. S. dice:—Que para hacerlo con la claridad y precision que exige la gravedad de la causa, pasa á señalar separadamente los crímenes porque es acusado, para hacer sobre cada uno de ellos, las consideraciones á que dén lugar.

1º Oyarzabal es acusado de *sublevacion armada* contra el Gobierno legítimo de la Provincia en el mes de Julio del año próximo pasado.

2º De *engrillamiento* de muchos vecinos del Departamento del Río Cuarto hecho por autoridad propia sin que haya habido una causa que lo motivára.

3º De *destitucion* de las autoridades del mismo Departamento.

4º De *arreos de hacienda* de propiedad particular sin los requisitos exigidos por la ley.

5º De *persecucion* contra personas que ningun crimen habian cometido que lo autorizára á perseguirlas.



6º De *imposicion* de contribuciones *forzosas* á varios vecinos de aquel lugar.

7º De *estupro* en la persona de Elena Giles.

8º De haber hecho *azotar* en pública plaza y en otros puntos mas, sin formacion de causa ni sentencia de Juez competente, á varios individuos.

9º Y por último, de haber hecho *fusilar* por su orden á Juan Alvarez y Gregorio Medina.

Estos son los crímenes principales de que es acusado el procesado Oyarzabal y que paso á examinar.

En cuanto al primero, de *sublevacion armada*, está plenamente probado por las declaraciones corrientes desde fojas 3 hasta fojas 28 inclusive, haber tenido lugar dicha sublevacion y de que su autor fué Oyarzabal.

Este es un delito grave ante la Constitucion Nacional y Provincial que exigen el acatamiento y respeto de las autoridades legítimamente creadas, como lo fueron aquellas contra quienes se levantó Oyarzabal, cometiendo el delito de sedicion ó rebelion contra el Gobierno establecido. La necesidad de castigar estos delitos puede demostrarse extensamente por los principios permanentes del derecho constitucional; pero, conviene recordar los males inapreciables que causa para imponer á su autor su merecido castigo. Imposibilita el prestigio de la autoridad á la altura que debe estar para que pueda obrar con éxito en favor de la libertad y de los derechos; porque desmoraliza profundamente las masas en el sentido de su educacion constitucional, habituándolas á desconocer y levantarse contra las autoridades legítimas cuando mejor les parezca, ó mas bien dicho, cuando quieren entregarse al pillaje, arrebatando las propiedades. Trae la violacion de los mas sagrados derechos del hombre, la conmocion social, el trastorno de la administracion, la inversion de gran parte de los caudales aplicados á sofocar ó impedir su progreso cuando bien podrian destinarse á objetos de adelanto y de utilidad general; en una palabra, desconcierta el movimiento social y retarda, sobre todo, la organizacion del país,



Muy especialmente entre nosotros, la sedicion ó rebelion debe ser castigada con toda la energía de la ley, porque es ella la que ha traído la desgracia de las Provincias y de la República toda, y porque es un delito muy frecuentemente consumado que solo con una severidad legal é inflexible puede hacerse desaparecer. Además, Oyarzabal es ya por segunda vez procesado por este mismo delito como es público y notorio y consta del proceso, y esta es una circunstancia agravante que lo hace digno de mayor pena, porque muestra una voluntad perseverante en delinquir y rebelarse contra principios constitucionales por cuya violacion fué procesado en otra vez.

Y nada importa que lo haya hecho mandado por Derqui (Presidente entonces) como él dice, ni que haya sido aprobada por él mismo; al contrario, es esta una razon mas para imponer á su autor su merecido castigo, mostrando así que por mas que la primera autoridad de la República mande consumir rebeliones contra los Gobiernos de Provincia, sus autores se hacen responsables y acreedores á una pena, porque no deben obedecer las órdenes iníquas de aquel, que debiendo intervenir en el territorio de las Provincias, para garantir la forma Republicana de Gobierno y apagar la sedicion, reponiendo las autoridades legítimas si hubieran sido depuestas, se convierte en primer violador de estos principios sagrados.—Oyarzabal, pues, es responsable ante la ley por haberse sublevado contra el Gobierno establecido, y seis años de destierro es la pena que merece por este solo delito que lo ha consumado ya por segunda vez.

El *engrillamento* de muchas personas hecho por el mismo Oyarzabal de propia autoridad, está tambien plenamente probado por las declaraciones corrientes desde fojas 3 hasta fojas 93. De suerte que no solo se ha levantado contra el Gobierno de la Provincia sino que ha cometido tambien, atentados contra la seguridad personal establecida por la Constitucion como un derecho sagrado. Apoyado en la fuerza bruta, é inspirado por una voluntad arbitraria, ha cargado de grillos á muchos ciudadanos respetables de aquel Departamento, que



no han cometido ningún crimen para que, violándose la seguridad individual, hayan sido tratados como públicos saltadores de caminos. De nada se les acusa por Oyarzabal que muestre que ha habido una remota razon siquiera, para que fueran arrancados del seno de sus familias y engrillados por mucho tiempo; pues, D. Adolfo Ortiz, comandante de aquel Departamento, es calificado por Oyarzabal de rebelde, sin que aparezca nada que autorice esta calificacion, y menos su persecucion y engrillamiento. Y si respecto de éste no ha habido una causa que pudiera servir de pretexto á tanta violencia, menos la ha habido respecto de los demás, quienes no aparecen con otro delito que el haber tenido en *politica* ideas y principios contrarios á los de Oyarzabal.

Pero, á mas de la inocencia de estos individuos, ¿quién era Oyarzabal para que hubiera podido engrillarlos? No era sino un rebelde contra el Gobierno legítimo de la Provincia, un usurpador del cargo de comandante de aquel Departamento que no revestía ninguna autoridad; pero aun en el caso de que hubiera sido legítimo, siempre hubieran sido feos atentados contra la seguridad personal sus procedimientos contra las personas de Ortiz, Irusta, Perez y demás, porque estos individuos no han sido tomados *infraganti* delito, para que un comandante de campaña haya podido tener ocasion de apresarlos y engrillarlos. En cualquier caso, pues Oyarzabal ha cometido rudos atentados contra la Constitucion y las leyes comunes, que de consuno hacen sagrada la seguridad individual, sin que nadie pueda ser ni arrestado siquiera, sino en virtud de orden escrita de Juez competente, salvo el caso de ser sorprendido *infraganti* delito.—Tres años de servicio en las obras públicas sería la pena que debiera imponérsele por estos atentados.

La destitucion de las autoridades del mismo Departamento, es otro de los delitos de que es acusado Oyarzabal, y que está probado por las declaraciones corrientes desde fojas 24 hasta fojas 92 inclusive. De suerte que el procesado Oyarzabal ha corrido de atentado en atentado sin dejar nada por



violiar, apoyado siempre en el predominio de la fuerza bruta para consumir sus excesos.—Considéresele como se quiera, ya como un rebelde y usurpador de la Comandancia del Río Cuarto como lo es efectivamente, ya como legítimo en el desempeño de ese puesto, y en uno y otro caso es responsable ante la ley, por haber usurpado facultades que no le competían, y destituido arbitraria y abusivamente á empleados, cuya creación y cese no le podían corresponder: pues, un comandante de campaña no tiene ni puede tener facultad para destituir Jueces de Primera Instancia, Receptores de Hacienda, Jefes de Policía y demás, á quienes destituyó el procesado de propia autoridad.—Por tales atentados debiera castigársele con dos años de servicio en obras públicas.

Arreos de hacienda de propiedad particular. Tal es otro de los delitos de que es acusado y convencido Oyarzabal por todas las declaraciones del sumario: delito muy comun entre nosotros que es preciso castigarlo con la inflexibilidad de la ley, para que alguna vez desaparezcan esos robos escandalosos á que se han arrojado siempre los sediciosos, que parece no tienen mas objeto al levantarse contra las autoridades legítimas, que arrebatat las propiedades que hasta hoy no están suficientemente garantidas, por falta de castigo á los que las arrebatan. La Constitucion comprendiendo la necesidad de respetar la propiedad particular, solo ha obligado á sus propietarios á venderla cuando el interés social así lo exija, estableciendo que la expropiacion solo pueda hacerse con prévia indemnizacion: es decir, que esta no puede considerarse, ni es otra cosa que una *obligacion* de venta.

Ahora bien, por las declaraciones del sumario como por los documentos que en él corren firmados por Oyarzabal, consta, que se han hecho robos escandalosos de haciendas, porque no importa otra cosa la manera como las hacía arrear, arrasando los valiosos establecimientos que dán vida á la riqueza nacional y provincial, sin que las órdenes de expropiacion expedidas, fueran hechas con los requisitos exigidos por la ley fundamental del país escandalosamente violada, aparte de la



ninguna facultad que tenía Oyarzabal para ordenarla. Cuatro años de servicio en las fronteras con la satisfacción de los daños y perjuicios ocasionados, es la pena que merece por este delito.

Es también convencido Oyarzabal de *persecuciones* contra las personas de muchos ciudadanos honrados y pacíficos, entre ellos D. Victorino Ordoñez, D. Cruz Echenique y otros varios, lo que está justificado por las declaraciones corrientes desde fojas 6 hasta fojas setenta y ocho inclusive.— Persecuciones todas que importan atentados con personas honradas y pacíficas que se han visto privadas de su quietud y obligadas á abandonar sus trabajos, sus intereses, sus familias y todo cuanto el hombre tiene de mas caro y sagrado. Actos de esta naturaleza, propios de partidas de salteadores y bandidos, deben castigarse ejemplarmente para escarmiento de sus autores, y para prevenir que sean ejecutados en lo sucesivo. Tres años de destierro y la satisfacción de daños y perjuicios ocasionados es la pena que debiera imponerse á Oyarzabal por este crimen.

Pero, ¿han cesado aquí sus atentados? no; es convencido de haber sacado *contribucion forzosa* á varios individuos, usando de medios violentos para hacer efectiva su arbitrariedad. Por las declaraciones corrientes desde fojas cuatro hasta fojas setenta y ocho inclusive, resulta plenamente probado haber impuesto y sacado dicha contribucion, violando uno de los mas terminantes artículos de la Constitucion Nacional, por la cual ni Oyarzabal ni ningun otro podía tener facultad de hacerlo. Pero lo que mas agrava la responsabilidad de éste son los aprisionamientos y engrillamientos de las personas contribuyentes, porque no llenaban en el tiempo señalado las cantidades que se les exigía con la mas completa arbitrariedad, violando escandalosamente las prescripciones mas terminantes de este Código. No se contentaba con imponerles una contribucion inícu y forzosa, sino que también empleaba la violencia, el terror y el espanto para cobrarla: apresándolos y cargándolos de grillos para precisarlos á entregar cantida-



des de que quizá no disponían, constituye á Oyarzabal en el caso de los ladrones famosos que emplean la violencia personal para sacar de sus víctimas el objeto de sus crímenes. Y nada importa ni en nada disminuye su responsabilidad el que haya tenido orden de Allende (á pesar de que no consta en el proceso de que tal orden haya existido) porque Allende era un usurpador del P. E. de la Provincia y no debía obedecer sus órdenes inicuas y violatorias de los derechos del ciudadano, y porque aun cuando hubiera sido Gobernador legítimo, tampoco debió sacar la contribucion forzosa, porque violaba el artículo 28 de la Constitucion Nacional haciéndose responsable de su violacion por *consentir* en que un Gobernador de Provincia hubiera sido revestido de tan exorbitante facultad. De cualquier modo, pues, que se considere este hecho, siempre es un atentado punible por el que su autor debe ser castigado con año y medio de destierro, y la satisfaccion de los daños y perjuicios ocasionados.

Estupro en la persona de Elena Giles. Tal es otro de los crímenes de que es acusado Oyarzabal, crimen horrendo que nuestras leyes con toda razon castigan con severidad y que en el caso presente no debe escapar de la accion de la Justicia. Por declaracion de la estuprada Elena Giles corroborada por las declaraciones de Juan de Dios Giles, padre, y de Rufino Ledezma corrientes á fs. 94 y 95 la de la primera, á fs. 120, 121 y 122 las del segundo y tercero se demuestra que Oyarzabal cometió el delito de estupro en la persona de la referida Elena Giles, abusando de su puesto, y del terror que con sus actos arbitrarios supo conquistarse en aquel Departamento y que para consumar su crimen, lo acompañó de los actos mas odiosos, como el pretender obligar á los padres de la estuprada á que ellos consintieran en su crimen entregándole su hija, como tambien el de mandar á Guevara á que invadiendo el hogar doméstico arrancára á la muchacha del seno de sus padres. Pero, felizmente las leyes se muestran severas en castigar estos crímenes; y no exigen una prueba tan prolija como en otras materias. Varios criminalistas, especialmente el Sr. Villanova,



deducen que basta que la mujer jure y acredite la cópula carnal para entenderse estuprada. Este último dice que: «Tal es el privilegio de la causa de estupro que el *dicho jurado* de la mujer supera al torrente del derecho y á todos los obstáculos. «Ni el ser produccion de la misma acusadora ni el ser aserto de la misma ofendida; ni el considerarse compañera en el delito y enemiga del ofensor despues de entablada la instancia, «hacen descaecer el mérito de esta prueba.» Despues añade tambien que: «para prueba del estupro no se precisan la vista y evidencia de la cópula carnal efectiva, bastando presunciones idóneas que la induzcan y acrediten, por ser este delito de justificacion privilegiada.» Y aquí hay mas que presunciones: está la declaracion jurada de la estuprada, está la declaracion del padre de haberlo llamado Oyarzabal, y ordenándole que cuando se la pidiera á su hija se la mandára; y está, por último, la declaracion de Ledezma que vió á Elena Giles sentada en una cama llorando con el rostro tapado con el manto, y á su lado á Oyarzabal que solicitaba su rendimiento. Hay, pues, verdadera prueba de que Elena fué estuprada y de que Oyarzabal fué el estuprador quien debe, en pena de su delito, dotarla con la cantidad de mil pesos.

Otros crímenes horrendos ha añadido Oyarzabal á la cadena de los examinados hasta aquí—tal como el de haber hecho *azotar* en pública plaza y en otros puntos mas, á varios individuos inocentes. Consta por las declaraciones del sumario como por los documentos que en él corren firmados por Oyarzabal, la verdad de este hecho inicuo propio de los tiempos bárbaros. Lorenzo Rodriguez azotado en pública plaza por orden del procesado sin formacion de causa, sin ser convencido de ningun delito, y sin sentencia de Juez competente, es un hecho bárbaro y cruel que reclama para su autor un castigo ejemplar, y tanto mas cuanto que Oyarzabal no revestía ninguna autoridad judicial, para imponer penas semejantes, que por razones de humanidad y justicia, como porque la dignidad y el respeto de la naturaleza humana se resienten de castigo tan bárbaro y cruel, han sido condenadas por la



civilización y la ley fundamental del país, que en su artículo 18 ha prohibido para siempre y en toda materia la ruda pena de azotes.

Medina, hermano del fusilado por Oyarzabal y otro mas, compañero de aquel, fueron azotados tambien por orden del procesado en presencia del cadáver del que recién acababa de ser muerto. Hechos de esta naturaleza no pueden ser ni calificados siquiera. No contento con martirizar á un hombre, le añade la circunstancia cruel de ser azotado sobre el cadáver de su hermano. Seis años de presidio sería la pena que debiera imponerse á Oyarzabal por estos atentados.

Por último, ha completado la cadena de sus crímenes con el mas horrendo de los que puedan consumarse contra la sociedad y el individuo, mandando *fusilar* con violación de todas las leyes de la materia, á Juan Alvarez y Gregorio Medina. Por las declaraciones unánimes corrientes desde fs. 3 hasta fs. inclusive, consta que los expresados Alvarez y Medina fueron fusilados. Por las mismas declaraciones unidas á la orden en copia de fs. vuelta reconocida por Oyarzabal y por confesion propia de éste, está probado que él los mandó fusilar.

Están, pues, bien determinados y justificados los dos extremos de la ley, y solo falta pasar á examinar la responsabilidad y la clase de homicidio cometido por el procesado.

Examinando, en primer lugar, la excepcion por él alegada, de haberlo hecho por orden superior (sin embargo, de que esto no aparece del sumario) se verá que aun así mismo, es responsable del homicidio, porque nadie ni en ningún caso está obligado ni puede obedecer un mandato criminal, sin hacerse responsable, y ese mandato, si acaso ha existido, mandando fusilar á dos individuos que no han sido juzgados ni sentenciados por Juez competente, era una orden criminal que Oyarzabal no debió cumplirla. En el supuesto, pues, que tal orden hubiera existido, uno y otro, mandante y ejecutor, son responsables de los dos casos de homicidio perpetrados en las personas de Juan Alvarez y Gregorio Medina como lo sancionan



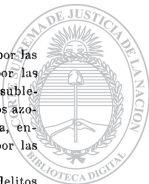
unánimemente todos los criminalistas. Los ilustradores de los comentarios de Gregorio Lopez á las leyes de Partida lo establecen terminantemente; lo dice tambien Escriche en las palabras «delito» «juicio criminal» y «mandato criminal»; lo dice tambien Garcia Goyena en la sec. prim., tít. 1º del homicidio; lo dice, así mismo Villanova en su obs. 7ª, parr. 1º de las *personas capaces de delinquir*, y lo dicen, por fin, muchos otros criminalistas de nota. Y téngase presente que la doctrina de todos estos A.A. está positivamente apoyada en la ley 5, tít. 15, Part. 7ª, cuyas palabras son las siguientes: «Pero si alguno de estos deshonrase ó firriesse, ó *matasse* á otro, por «mandato de aquel en cuyo poder estoviese, *non se podria escusar de la pena*, porque non es tenuto de *obedecer su mandado* en tales cosas como estas, é si lo obedeciere, é *matare*, ó ficiese alguno de los yerros sobredichos, *debe ende haber pena* tambien como el otro *que lo mandó fazer*», bajo la inteligencia de que la ley habla de los hijos menores, frailes ó monges cuya obediencia á sus respectivos superiores la ley supone estricta, y Oyarzabal no estaba bajo esa obediencia casi ciega de aquellos de quienes ha hablado esa ley.

Ahora, siendo él quien ordenó la muerte de los referidos Alvarez y Medina como por el proceso consta haberlo sido, es con mayor razon responsable de los dos casos de homicidio perpetrados en las personas de éstos, como lo dicen expresamente la ley copiada y todos los respetables criminalistas de quienes antes se hizo mencion.

En cuanto á la calificacion del homicidio es claro que no puede ser otra que la de *aleve* segun las leyes de la materia y la doctrina de los criminalistas, pues, Oyarzabal mandó fusilar á Alvarez y Medina estando éstos como lo estaban presos y bien asegurados, sin que haya intervenido riña ni nada que pueda obstar á la calificacion de *aleve*.

En conformidad con las leyes que luego se citarán, Oyarzabal por este delito debe ser condenado á la pena capital de garrote.

Pasando, ahora, á los cómplices Hilarion Nicolay, Justo R.



Quijano, Avelino Pereira y Juan A. Carranza, consta por las declaraciones del sumario, por confesion propia, y por las demás piezas del proceso, que han tomado parte en la sublevacion armada contra el Gobierno legítimo unos, en los azotamientos otros, lo mismo que en los arreos de hacienda, engrillamientos, persecuciones y saqueos perpetrados por las montoneras que encabezaban.

Las consideraciones hechas sobre cada uno de los delitos cometidos por Oyarzabal en que han tomado parte aquellos, son aplicables á los delitos de que se les acusa, lo mismo que las penas que merecen, bajo la inteligencia de que las impuestas por el derecho comun no son aplicables actualmente y por lo mismo tiene que imponérseles una pena extraordinaria.

Con el mérito, pues, que arroja el proceso, y teniendo en cuenta la violacion de los artículos 17, 18 y 20 de la Constitucion Nacional Reformada, el Agente Fiscal hace contra los procesados los cargos que resultan del sumario, entablando al intento formal acusacion; y pide al Sr. Juez en conformidad con las leyes 5ª, tít. 15, p. 7ª 2, tít. 21, lib. 12 Nov. Rec., y sus concordantes 10, tít. 23 y 10, tít. 26, lib. 8, R. condene á Pedro Oyarzabal á la pena capital de garrote, con la satisfaccion de los daños y perjuicios ocasionados, con mas la cantidad de mil pesos para dote de Elena Giles en conformidad con la práctica; y á los cómplices Hilarion Nicolay, Justo R. Quijano, Avelino Pereira y Juan A. Carranza, atendiendo á que las penas impuestas por el derecho comun, no tienen actual aplicacion, á la pena de ocho años de servicio en las fronteras á racion y medio sueldo al primero, y á seis años con las mismas calidades á los demás, condenándose á todos los procesados de *mancomun et in solidum* al pago de las costas del proceso y daños causados.

Córdoba, Marzo 6 de 1862.

José Miguel Guastavino.

DEFENSA



Sr. Juez del Crimen:

Pedro Oyarzabal, Comandante Departamental de Rio Cuarto durante la Administracion que caducó en Noviembre, y residenciado hoy dia en su Juzgado por mi conducta política en la expresada época, respondiendo á la acusacion Fiscal, ante la rectitud de Vd., parezco y digo: que procediendo legalmente en mérito de las razones que voy á exponer, no puede hacer lugar á la pena solicitada contra mí: antes debe desecharla, pues, así corresponde en justicia como lo demostraré en decurso de esta defensa.

I

No se me oculta, Sr. Juez, que acomete una empresa poco menos que imposible, quien habiendo desempeñado un puesto notable y un mando importante en circunstancias las mas graves y en momentos supremos; quien abrazando sincera y decididamente una causa política, y sosteniéndola con energía y lealtad, sin doblez, sin intriga y sin esquivar compromisos de ningun género; quien, en fin, despues de haber figurado activa y recientemente en la lucha que acaba de terminar, vencido y traído prisionero ante sus adversarios, intenta vindicarse completamente y satisfacer todos sus cargos.

Entonces los mismos motivos que obtenido el triunfo, lo habrían recomendado ante su partido como hombre patriota y altamente mercedor, se convierten en otros tantos delitos capitales y crímenes de lesa patria; llámase despotismo, barbarie y tiranía, lo que en otro caso se denominara civismo, abnegacion y tal vez heroicidad. Cuantas personas han sufrido por efecto de la época ó de la lucha, se consideran injustamente vejadas; deponen todo sentimiento generoso; y se tornan perseguidoras implacables.



¡Hé aquí, Sr. Juez, mi situación! ¡Donde quiera que eche la vista, no diviso mas que denunciantes, acusadores y enemigos: que en odio á la causa que he servido y á las autoridades á que obedecía, se complacen en mi desgracia y ambicionan mi ruina!

Recórrase el proceso que se me ha formado, por el que voy á ser juzgado; y desde el primero al último de los declarantes, desde el Juez comisionado hasta los testigos de actuación, son todos ellos personas ofendidas, que aprovechan para desahogar sus mezquinos resentimientos, la oportunidad de ser interrogadas sobre mi conducta; especulando además innoblemente, en indemnizarse con mis intereses, de los perjuicios que dicen haber sufrido.

Bajo tales precedentes, ¿debo esperar justicia? ¿Es posible siquiera la imparcialidad del juicio? ¿Habrá quien se atreva á deponer en mi favor? ¿Lograré separar del ánimo de los Jueces, toda mala impresion, toda influencia enemiga, de suerte que sobreponiéndose á las preocupaciones del día y á las exigencias de partido, permanezcan tranquilos é indiferentes en medio de la atmósfera caliente y agitada que los rodea? En realidad, es bien difícil.

Yo habría renunciado, pues, toda defensa, á pesar de la ilustracion que reconózco en los Tribunales: y abdicado así los pocos años de miserias y sufrimientos que me quedan, si el sentimiento de mis deberes y el horror natural que inspira á todo hombre honrado la idea de morir infamado, no se sobrepusieran al cansancio y desaliento que se han apoderado de mí.

Voy, pues, con mi confianza solamente en Dios y el derecho que me asiste, á contestar los nueve capítulos de acusacion que ha deducido y acumulado contra mí el Fiscal, sobre hechos totalmente falsos ó desfigurados, inexactos ó exagerados, y que en la parte que contienen de verdad, podrían resumirse así:

Este hombre ha defendido toda su vida con decision y lealtad por cuantos medios estuvieron á su alcance, el siste-



ma federal contra el partido unitario: cuando ese sistema hubo de realizarse en una Constitucion que sancionaba la igualdad de derechos entre todas las Provincias, y solo Buenos Aires opuso obstáculo, se decidió contra esta; y todavía en los últimos tiempos anteriores á la presente situacion, consecuente con sus convicciones y simpatías, contra la política de aquella, obedeció y sostuvo la autoridad general; ha sido vencido; y es reo de muerte.

II

El primer cargo deducido contra mí por el Fiscal versa sobre sublevacion armada contra el Gobierno legal de la Provincia, en la Villa de Rio Cuarto á mediados de Junio del año pasado. Tan lejos de ser fundado este cargo, por poco que se reflexione sobre él, asombran la ligereza y falta de exactitud con que en este punto ha procedido el Acusador Público.

Despues de establecer de paso que ese delito se encuentra bien comprobado por las declaraciones del sumario, examina detenidamente y se extiende demasiado, sobre los males que resultan de la falta de respeto á la autoridad; recuerda que soy reincidente en aquel delito; y sentando que en vez de escusarme las órdenes del Presidente, el haber procedido en cumplimiento de ellas, es una circunstancia agravante, recomienda la mayor severidad.

Una sola reflexion y la mas sencilla, me bastará para desvanecer este cargo, y convencer de ligereza al acusador: tal es la de que cuando sucedió lo que él clasifica de sublevacion contra el Gobierno del Sr. Peña, ese Gobierno no existía, ó al menos no funcionaba ya, habiendo quedado suspenso, despues de entregar el mando al Presidente Dr. Derqui: esto sucedía el 14 de Junio; y aquello ocurrió recien el 15; es decir, que no solo no ha existido el delito de que se me acusa, sino que atendida la época que se le designa, era imposible; cualquiera que, por otra parte, hubiese sido mi intencion.

Es muy arbitrario decir que este delito resulta acreditado



del proceso. Lo que hay allí es un hecho bien averiguado é indudable, que yo mismo estoy muy distante de negar; y que por un error comun á algunos de los testigos y al Fiscal, se ha clasificado indebidamente de sublevacion contra el Gobierno: entre tanto habiendo declarado muchas personas que tomaron parte en ese hecho, resulta que ninguna de ellas entendía sublevarse contra el Gobierno; y por el contrario, suponiéndolo de acuerdo con el Presidente, intentaban apoyar el principio de autoridad. En una palabra, el hecho que se refiere es cierto; pero su clasificacion es infundada é ilegal.

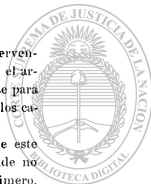
Es verdad que en la época mencionada, recibiendo en el Rio Cuarto órdenes terminantes del Presidente Dr. Derqui, para ponerme inmediatamente á la cabeza del Departamento y asegurar ese punto, lo verifiqué sobre la marcha, segun se me mandaba; rindiendo á mano armada al comandante D. Adolfo Ortiz que quiso resistirlo; mas, como he dicho y lo declaran tambien cuantos me acompañaron, no creíamos obrar en ello contra la política ni contra las órdenes de este Gobierno.

Sabíamos, por el contrario, de una manera indudable; y el Fiscal no puede ignorarlo tampoco, porque es bien notorio, que el Gobierno no intentaba resistir la intervencion; y que lejos de esto, aun antes de llegar el Presidente, habia impartido circulares á los Comandantes de campaña; previniéndolos obedeciesen y cumplimentaran sus órdenes.

En este supuesto: si hubo sublevacion en Rio Cuarto, fué únicamente de parte de Ortiz, que obrando no menos contra mis instrucciones, que contra las órdenes de su Gobierno, intentaba resistir la política adoptada por éste; que con tal objeto reunió su fuerza y la hizo marchar hácia al Sud: pues, por lo que á mí respecta, al rendirlo, impedía no mas esa sublevacion, en cumplimiento de un deber y obedeciendo órdenes superiores.

III

En vano se me arguye que la intervencion del Presidente era ilegal, lo cual confieso, no hubiera quizá sabido yo apreciar:



porque responderé lo único que comprendo: que la intervencion se verificaba autorizada por el Congreso, que por el artículo 65 de la Constitucion, es la autoridad competente para decretarla, y tambien para determinar la existencia de los casos en que segun ella debe tener lugar.

Estoy, por consiguiente, exonerado enteramente de este cargo: y siendo así, no puede haber reincidencia en donde no ha existido un segundo delito del mismo género que el primero. —Por lo demás, no admito la doctrina de que en un delito, el haberse ejecutado en virtud de una orden del Superior, pueda reputarse circunstancia agravante, que requiera mayor pena: es este un error gravísimo, pues, sucede todo lo contrario, como lo demostraré mas adelante; y provocho al Fiscal á que cite una ley, una doctrina, ó un solo autor que lo enseñe.

Lejos de haber llevado ánimo, en el suceso que acabamos de examinar, de rebelarme contra el Gobierno del Sr. Peña ó contra la autoridad legal, referiré un hecho que inducirá á pensar de distinta manera, al menos á los que conozcan mi carácter sincero: porque manifiesta la disposicion en que me encontraba pocos dias antes, y el respeto que me ha merecido esa misma autoridad.

Cuando se anunció generalmente y se esperaba de un momento á otro la invasion con que amenazó esta Provincia el General Saá, quiso saber de un modo positivo el Gobernador D. Félix Peña, si en caso de verificarse dicha invasion, podía contar conmigo para rechazarla; yo le contesté que sí, inmediatamente; que estaba dispuesto á sostenerlo, y á pelear en su defensa.

Y en prueba de la sinceridad de mis palabras, ó de que no abrigué la intencion de engañarle, debo decir tambien, que le previne con franqueza, que tal era mi resolucion, siempre que como yo lo creía, la invasion fuese *cosa de D. Juan Saá* esto es, un acto arbitrario é inconstitucional; mas de ninguna suerte si la intervencion era decretada ó autorizada, con justo motivo, por la autoridad nacional, á la cual no haria resistencia, ni entonces podría contar conmigo.



Véase, pues, cuán infundada es la inculpacion que me hace el Fiscal de haber desconocido y menospreciado el principio de autoridad, cuando todo mi error, esta vez, ha consistido quizá, en exagerarlo demasiado, obedeciendo inconsideradamente, órdenes que me han comprometido.

Pero aun es mas injusto, arbitrario y desdoloroso el concepto de que he armado la revuelta, como un pretexto y ocasion de entregarme al pillaje, arrebatando las propiedades: en un proceso formado con la mayor parcialidad y en que, como antes he notado, son enemigos desde el primero al último de los testigos, no hay uno solo que se haya atrevido á decir ó insinuar siquiera, que yo me hubiese apropiado algo ageno, ni aprovechado lo mas mínimo. Ninguna utilidad he reportado del puesto que ocupaba; y, por el contrario, me he perjudicado considerablemente en mis intereses, mucho antes de ahora, en que se han desbaratado completamente.

Y ya que el Fiscal menciona mi supuesta reincidencia, como una circunstancia agravante del delito y de la pena, tratándose de una causa esencialmente política, en que se ha concitado fuertemente contra mí la opinion pública, me considero autorizado para alegar lo que en cualquier sentido puede favorecerme, procurando rectificarla. Séame permitida, por tanto, una digresion, para exponer aquí los muy importantes servicios que yo tengo prestados á mi país, y son del dominio público.

IV

En dos diversas ocasiones, Sr. Juez, yo he salvado la Villa de Rio Cuarto de los horrores consiguientes al triunfo de una sedicion militar de la tropa acantonada allí, con manifesto peligro de mi vida, y sin que ningun deber especial me impusiera ese sacrificio; sin otro móvil que el amor á la patria, y sin mas recompensa que una estéril y momentánea gratitud.

Ocurrió la primera sublevacion el año 52, poco despues de la revolucion del 27 de Abril, muy luego de haber hecho en-



trega de la Comandancia á la persona determinada por el nuevo Gobierno. En el acto de estallar la sedicion se comunicó á todo el Regimiento, compuesto, entonces, como de seiscientas plazas: saliendo los soldados del cuartel á manera de furias, sin respetar la voz de sus oficiales, y dada la señal de saqueo se esparcieron por toda la poblacion, que presentaba el cuadro mas espantoso y aterrante.

Yo no sabría describir la confusion y pánico que reinaban; tampoco podré decir lo que hice para contener ese motin: pero sé que me presenté con denuesto en medio de ellos y los impuse con mi presencia. Son notorios los riesgos que corrí, y tambien que conseguí calmar el tumulto, y atrayendo al mayor número, les persuadí venir á presentarse á las órdenes de D. Ramon Clara, como en efecto, lo verificaron.

Aun fué mas tremenda y horrosa la segunda sublevacion, que tuvo lugar uno ó dos años despues, gobernando el Dr. Guzman, y siendo Comandante de aquel punto el Coronel D. Pedro Avila: repetidas veces desprecié aquel dia los peligros mas inminentes, y puse mi vida á la salvacion de mis conciudadanos.

Esporcidos ya los amotinados por toda la plaza, con las armas en la mano, en medio de los tiros, del desórden y la algarazara, que ofrecían una escena infernal, no trepidé tampoco en presentármeles y en oponerme yo solo, sin mas compañía que mi yerno, á la sublevacion; con súplicas y amenazas, con palabras y con hechos, atropellando é hiriendo, protegido, sin duda, por la Divina Providencia, conseguí un momento dominar la situacion, y logré, tambien, hacerlos entrar al cuartel.

Creía ya todo concluido, cuando desgraciadamente se esparce entre ellos la voz de que el Gefe reunía algunos ciudadanos para apresarlos é imponerles castigo. Estalla de nuevo y con mayor furia el motin; atropellan la puerta, y desbordándose como un torrente, al cual no hay diques que puedan contener, se precipitan fuera, y corren con rapidez al po-



trero, á apoderarse de los caballos, y montar, para venir sobre la marcha á saquear la poblacion.

Con no menos actividad que ellos, reunía yo unos pocos hombres, que no pasaron de nueve, y acompañado del Comandante, les salí al encuentro; regresaban ¡ya y se dirigían á la Villa, cuando me les presenté por segunda vez: no sé en qué lenguaje les hablé, ni qué fué, sino era mi entusiasmo, lo que dió eficacia á mis palabras. Recuerdo que varias veces llevé las manos al pecho, para indicarles que podían hacer fuego y matarme si se les antojaba; mas, no se atrevieron; muchos de ellos me contestaron gritando que no querían hacer tal cosa y se pasaron á mis filas: pero permaneciendo los demás pertinaces y en número crecido, para dispersarlos, fué necesario dar un combate sangriento, y hacer una carnicería.

Y bien: quien con menosprecio de su vida ha redimido tantas otras: ¿No tendrá derecho para implorar se prescinda de las dos, que despues, en momentos de conflicto y obedeciendo imprudentemente, quizá, una órden superior, mandó quitar á personas oscuras? Quien con tanto patriotismo como abnegacion, puso dos veces en seguro el haber y las fortunas de una poblacion: ¿No debiera esperar el que sus moradores le dispensen los sacrificios que les haya impuesto, no para sí, sino en sostén de la causa que consideraba justa, y en cumplimiento de lo que creía su deber? Por último: quien con su esfuerzo y su denuedo, salvó el honor de mil esposas y mil vírgenes: ¿No podrá exigir que se desprecie la calunnia de haber deshonrado á una mujer oscura é insignificante?

¡Apelo á los nobles sentimientos del pueblo cordobés!
¡Apelo al liberalismo é ilustracion de los vencedores! Apelo, en fin, á la ley, á la rectitud y á la conciencia del Sr. Juez.

Pero yo me he distraido demasiado, y mucho mas de lo que puede serme permitido; espero se me disimulará, y vuelvo al asunto.



Otro delito de que me acusa el Fiscal, es el de engrillamiento de varias personas. No hay en el Derecho un delito especial conocido bajo esta clasificacion: el engrillamiento es, sin duda, circunstancia agravante de una prision injusta, y esta viene á ser ataque contra la seguridad personal: mas no comprendo por qué el Fiscal haya querido hacer sobre los engrillamientos, un capitulo particular de la acusacion, pues, no debo suponerle el ruin propósito de exagerarla multiplicando los cargos para abultar la causa.

Si he mandado practicar algunas prisiones por lo regular muy breves y sin emplear tales engrillamientos, sino en pocos casos y muy especiales, ha sido, porque se hacia necesario al lleno de mis instrucciones. Despues de haber cambiado, con arreglo á ellas, la situacion de una manera violenta, á causa de la resistencia que encontré, para asegurar aquella, consideré indispensable prender por el momento, algunas personas enemigas de causa, influyentes y sospechosas.

Estas medidas, solo tenían un objeto político y fueron puramente precaucionales.

Irusta y Perez no han sido engrillados. Lo fué Ortiz por pocos dias: pues, habiendo ejercido la Comandancia del Departamento, no podia dejarle en libertad sin grave peligro, mucho mas cuando habia hecho resistencia y se le rindió á viva fuerza.

Muy luego, sin embargo, mandé quitarle las prisiones; pero recibiendo en seguida comunicacion del Presidente, en que se me recomendaba la mayor seguridad de su persona, hube de revocar aquella orden, y permaneció preso unos dias mas, hasta la llegada del General Saá.

Siento, sobremanera, el recordar las amenazas é intimidacion que hice á Ortiz y Perez, reconociendo, con franqueza, que fueron un desman. Si alguna disculpa pudiese dar al respecto, consistiría en que, siendo impórtante y urgentísimo averiguar el objeto de la mision del Coronel Ortiz, y lo



que hubiese de verdad en la noticia alarmante de una próxima invasion que se anunciaba del Coronel Baigorria, incorporado, segun se dijo, á una fuerza porteña que aparecía al Sud, carecia absolutamente, de otros medios de averiguacion.

Por lo demás, es evidente que jamás tuve ánimo de realizar las amenazas, pues, cabalmente, al tiempo de capturarlo, le acababa de salvar á Ortiz la vida, de manos de un indio que intentó matarlo. Prueba, tambien, que no me proponía vengar á Perez, el que rechazé, enteramente, su propuesta de ceder todos sus intereses al Estado, segun lo refiere él mismo. Si mi objeto hubiese sido vengarme de mis enemigos, haciéndoles sufrir esas prisiones y todas las demás, no habrían sido tan cortas, que ninguna de ellas quizá, habrá excedido de diez dias.

. VI

Mas, el Fiscal, no solo las reputa injustas, sino que me niega toda facultad para ordenarlas en calidad de un simple Comandante de las milicias de un Departamento, en cuyo puesto era no mas que un intruso.

Yo he obedecido al Presidente á quien como Gefe Nacional me ligaban deberes especiales: de él ha emanado mi nombramiento tambien: si ultrapasó ó no sus facultades, es cuestion que no está sujeta á este Tribunal, mucho menos habiendo el Congreso aprobado la conducta de aquel. El Fiscal no ha demostrado lo que dice, y me abstendré de contestarle en esta parte, observándole á mayor abundamiento, que el Gobierno de la Provincia había mandado se cumplieran las órdenes que comunicase el Presidente.

Se equivoca el Fiscal, limitando mis derechos y facultadas á los de un mero oficial de milicias; pues, además, ha debido considerarme Comandante de armas y Gefe de una plaza de guerra en tiempo de peligro, que tal vino á ser, en efecto, la Villa de Rio Cuarto como punto fronterizo, desde que, retirándose el Coronel Baigorria, se abandonó el Fuer-



te Tres de Febrero; y con las fuerzas de la Carlota y Reduccion, se estableció un nuevo canton en dicha Villa, donde toda la Guardia Nacional ha permanecido constantemente en Asamblea ó servicio activo, y todos los ciudadanos, sin distincion de clase, se hallaban sobre las armas.

Considéreme en este concepto el Fiscal; medite seriamente en las obligaciones y responsabilidad de un puesto semejante, y vea si es posible desempeñarlo sin ninguna especie de jurisdiccion: de la naturaleza de mis deberes, infiera la extension de mis derechos. Estoy seguro de que, no me negará, entonces, la facultad de ordenar prision, que ejerce el último Pedáneo. Examine las Ordenanzas del Ejército y disposiciones legales de la materia, y hallará, lo repito, que mis atribuciones, en vez de ser tan limitadas como piensa, son tan extensas cual no se hubiera imaginado; quizá, se sorprenderá si encuentra que dicho Comandante puede penar, no solo á los soldados de Guarnicion, mas tambien todo delito con tendencia á turbar el orden público, y segun los casos, hasta con el último suplicio.

VII

En tercer lugar, se me reconviene por la destitucion de las autoridades del Departamento; lo cual dice el Fiscal hallarse comprobado por las declaraciones corrientes desde fs. 24 hasta fs. 92. En efecto, hay varias declaraciones que lo refieren así: pero, además, de que todos los testigos son enemigos, como llevo expuesto, han podido equivocarse, y se han engañado probablemente á cerca de esto, induciendo tambien en error al Fiscal.

Aquellos han visto, ciertamente, cesar en dicho Departamento, las autoridades antes existentes; y de aquí han inferido, no sé con qué motivo, que yo las había destituido. Pero se engañan, lo repito, pues, no ha sucedido así: yo no he destituido autoridad alguna, ni especialmente, las que menciona la acusacion: Jueces de 1ª Instancia, Receptores de Ha-



cienda y Gefe de Policía; fué el Gobierno quien las quitó y reemplazó con otras personas, sin intervencion mia.

Es notorio, que el Presidente Dr. Derqui mientras ejerció el mando de la Provincia, nombró Comandantes y Jueces en todos ó la mayor parte de los Departamentos; y esto debe constar de los Registros de Secretaría. Lo es así mismo, y debe constar tambien, el que despues de la marcha del Ejército, quedando la campaña en completo desquicio, quiso, sin duda, el Gobierno reorganizarla, y en todas partes nombró Jueces, Comandantes, Receptores, etc., haciéndolo tambien en el Rio Cuarto, donde, además, nombró Gefe de Policía. Soy, pues, inculpado é inocente en este cargo.

Tampoco es cierto lo que indican otros testigos, haber yo disuelto, de hecho, la Municipalidad, poniendo de soldados dos de sus miembros, D. Manuel Irusta y D. Sinecio Ferreira, despues de lo cual no se atrevieron á reunirse. Y aunque el Fiscal parece no haber dado crédito á una suposicion tan temeraria, debo, con todo, rectificar ese hecho.

La Municipalidad no se reunió ni antes ni despues de ser enrolados Irusta y Ferreira, sin que yo le haya opuesto obstáculo alguno, por efecto, quizá, de las circunstancias, y no porque se le haya prohibido. Cuando llegó al Rio Cuarto el General Saá, los expresados individuos, (Ferreira, sin ser Juez, ha sido comisionado para formar este sumario) se hallaban detenidos en calidad de sospechosos; y como aquel ordenase poner en libertad todos los presos, enrolándolos en la Guardia Nacional, lo fueron tambien ellos efectivamente; pero no siendo esta medida disposicion mia, y habiendo sido, por otra parte general, no puede decirse que he llevado en ella por objeto disolver la Municipalidad.

VIII

Arreos de hacienda de propiedad particular. El hecho en que se funda este cargo, es cierto é innegable, Sr. Juez: mas, considero injusto hacer pesar sobre mí, la responsabilidad de

la forma irregular y abusiva, en que se han sostenido las fuerzas de mi mando, y en general, todas las de la Confederacion.

Allí serán culpables las Cámaras y el Ejecutivo Nacional, que declararon la guerra á Buenos Aires, ó no supieron preaverla, cuando las rentas y el crédito público se hallaban, enteramente agotados; á menos que se persuadieran de que la miseria de los pueblos no debe hacerles abdicar sus derechos. Pero supuesta la existencia de la guerra, en apoyo de una causa que creíamos justa, era preciso sostenerla á toda costa y de la manera posible ó consentir en la humillacion de la Patria.

Además, el Regimiento que bajo mis órdenes se mandó regresar y quedó estacionado en la Villa del Rio Cuarto, con motivo de una invasion de indios ocurrida cuando marchaba el Ejército, tenía por objeto resistir esas invasiones, y por esto su permanencia era de absoluta necesidad.

Ahora, pues, no habiéndose pagado un medio á la tropa, no dándosele tampoco un vestido, sino se le hubiera racionado al menos de carne, indudablemente dicho Regimiento se habría disuelto muy luego, y quedado la frontera, la Villa y la Provincia toda á merced de los indios. ¿Qué hubiera sido, entónces, de esos mismos hacendados que ahora se dicen perjudicados?

En atencion á esto fué, que con suma repugnancia, me resolví á imponer auxilios sucesivos por cuenta de la Nacion, segun me lo prevenian las órdenes del Presidente, del General Saá y del Gobierno de la Provincia; á quien, además, reclamé varias veces se proveyese á aquella Guarnicion de otra manera, la última en nota oficial que le dirigí por conducto de D. Rogaciano Narvaja. Pero, como poco despues ocurriese la revolucion, no pude insistir en mi separacion, porque en momentos de peligro, no apareciese una defeccion deshonrosa.

Los únicos arreos, propriamente tales, que he mandado practicar, han sido á los Sres. Ordoñez y Echenique, por órdenes especiales del General Saá. Estos sugetos que el Fiscal





llama pacíficos ciudadanos, se encontraban precisamente sublevados con las armas en las manos, dando muestras mas bien de un carácter belicoso, que de inclinación al sosiego.

Aquel pensó, entonces, que si era necesario el que todos los vecinos en general, sufragasen á los gastos y sostén de la tropa, era todavía mas justo que esta carga pesase, especialmente, sobre los que sublevándose, habían ocasionado grande aumento de dichos gastos. No debe haberse equivocado, ni habrá sido injusta esa medida, cuando, despues el General Pannero, reconocido por todos, con mucha razon, por un Gefe de orden, ha observado igual conducta: y no ha tenido reparo alguno para confesarlo, en un informe que publicó la prensa dias pasados.

Pero, en fin, si de ese proceder surgiese alguna responsabilidad; por reclamos y notas oficiales del Gobierno de San Luis, parece que de allí se han traído tres mil cabezas de ganado pertenecientes á D. Juan Saá y otros vecinos, con las cuales se habrá indemnizado ya completamente á los perjudicados; al menos si el reparto se hubiese hecho con la debida equidad.

Hablamos de arreos de hacienda: y á propósito de esto, dice el Fiscal: «Delito muy comun entre nosotros, que es preciso castigarlo con la inflexibilidad de la ley.» ¡Digamelo á mí el Fiscal, cuando en diversos arreos se me acaban de sacar cerca de mil vacas, fuera de las embargadas judicialmente! Si pues, al Acusador lo animase verdadero espíritu de rectitud y amor á la justicia, aquí, no mas, encontraría abundante materia para un nuevo proceso.

IX

Persecuciones contra varios individuos. En este lugar, vuelvo á observar al Fiscal que, en Jurisprudencia no se conoce bajo el nombre de *persecuciones*, ningun delito especial, como lo noté tambien en el artículo engrillamientos, y que es injusto el multiplicar arbitrariamente los cargos hasta hacer-



los llegar á nueve, repitiendo los mismos con diverso nombre; pues, las persecuciones se refieren á los delitos de que me acusa por separado.

Así es que, tratando este capítulo, no hace otra cosa que reproducir lo ocurrido con los *ciudadanos pacíficos*, aunque sublevados y guerrilleros, D. Cruz Echenique y D. Victorino Ordoñez, respecto de los cuales me refiero á lo que dejo expuesto.

X

Imposicion de contribuciones forzosas y extraordinarias. Yo no he sido el autor de tales contribuciones; hasta que el Gobernador fué al Rio Cuarto, nadie habia pagado lo mas mínimo, bajo este título, á pesar de los apuros que he sufrido: mas, tan luego como él llegó, es cierto que las impuso, dirigiéndose, por sí mismo, al efecto, al Comandante accidental Martinez Rosas, que quedó en la Villa durante mi ausencia.

Es por esto, que los contribuyentes que han declarado en el sumario, cuando hablan al respecto, solo culpan de las contribuciones y de la prision, que con tal motivo sufrieron, al Gobernador, de quien procedía esa órden: dice D. Manuel Sanchez, á fs. 22, cuad. 1^o; D. Gregorio Blanco, á fs. 72 vta, cuad. 3^o, y D. Manuel José Irusta, á fs. 83, cuad. citado. Ha sido disposicion del Gobierno, lo repito, la de sacar contribucion; y lo único que yo hice á este respecto, por exigencia suya, fué recomendar el cumplimiento de la segunda órden que iba á expedir, en razon, de que habian surgido dificultades sobre la manera de ejecutar la primera.

Hubo, pues, una segunda órden, y esto se encuentra suficientemente comprobado; por lo cual, es extraño el oír decir al Fiscal que no consta en el proceso que haya existido alguna; mucho mas, cuando la expresada órden, acompañada de las más duras instrucciones, corre en copia dada por el mismo que la ejecutó, en autos á fs. 177 vta., cuad. 3^o, donde me remito.



Ni tampoco es sencillo, en mi concepto, resolver si hay algun caso en que, una Legislatura Provincial, ó con su autorizacion, el Poder Ejecutivo, pueda establecer y mandar recaudar un impuesto extraordinario; ó si, por el contrario, no existe caso alguno en que esto se le permita, porque la prohibicion sea absoluta; pues, si es cierto que aquella facultad corresponde al Congreso, á quien está reservada por el art. 17 de la Constitucion, tambien lo es, que con arreglo á la misma y á los principios generales de la Jurisprudencia, en circunstancias extraordinarias, no rigen la reglas comunes.

Así, en tiempos normales y en general, solo la Nacion puede reunir milicias, crear y mantener ejército; solo el Presidente lo comanda; y únicamente con prévia autorizacion de las Cámaras puede movilizar aquellas; (véanse los artículos 66 y 81) y sin embargo, pueden llegar casos imprevistos y urgentes, que no admitan dilacion y en que no sea posible consultar al Congreso, en los cuales tambien, segun la Constitucion, tanto la Federal (art. 195) como la Provincial (art. 28), es permitido á un Estado en su defensa, hacer todas aquellas cosas, usando atribuciones deferidas, por lo regular, á las autoridades nacionales.

Ahora, pues, á quien se permite el fin, se deben tolerar los medios. Desde que el levantar y sostener ejército, movilizar milicias, etc., no entra en las atribuciones ordinarias de una Provincia, no se ha suponer que en su presupuesto tenga designada una cantidad, ó votada una partida, para costear los gastos que aquellas operaciones demanden: será, pues, indispensable echar mano de un recurso pronto, que habrá de ser, precisamente, un empréstito, ó una contribucion forzosa; porque no se conocen otros medios de proveer á una necesidad de esta clase: y si el primero no fuese realizable por falta de crédito, no quedará otro que la contribucion.

Además de esto: si se supone urgente el caso, en términos que no sea dable consultar al Congreso y pedir su autorizacion para movilizar las milicias, pues, en eso se funda cabalmente la disposicion que examinamos, resulta, que tampoco



será posible dirigirse á las Cámaras Nacionales solicitando que voten la contribucion, porque si esto fuera factible, debería recabarse tambien igual autorizacion para todo lo demás. Tendremos por resultado, que será la Provincia misma, la que haya de imponer dicha contribucion, es decir su Legislatura con el Ejecutivo, y el uso de esta facultad será, entonces, legítimo, porque será necesario.

Pero, demos, Sr. Juez, que fuera dudoso y cuestionable un punto que á mí me ha parecido sumamente claro. En duda, el súbdito debe presumir legales y obedecer las órdenes del Superior. Demos mas: supongamos que no fuera así como he creído, y que yo me hubiese equivocado; hay, por lo menos graves razones en favor: el asunto resultaría árduo, mucho mas para mí que soy campesino y soldado, en quienes se tolera la ignorancia del Derecho.

Tales han sido los hechos ocurridos y los principios á que he arreglado mi conducta en la materia de que trata este artículo. He concluido; y para abandonarlo, réstame solo advertir que lo que en el Rio Cuarto se realizó de esta contribucion, segun he visto ahora en el proceso, fué una cosa la más miserable é insignificante.

XI

Estupro perpetrado en la persona de Elena Giles. ¡He aquí la mas ruin calumnia y la mas cobarde impostura, que para humillarme han fraguado mis enemigos! ¡No conozco á aquella mujer! ¡No he ido una sola vez á la casa en que se dice perpetrado el crimen en el tiempo que se le designa! ¡Me espanta el contemplar todo el abismo de iniquidad de que es capaz el corazon de ciertos hombres! Y me asombra la ligereza, por no decir parcialidad, con que el Fiscal ha dado crédito á una intriga tan grosera, prohiendo el cargo que de ella surge: no como quiera, sino sosteniéndolo á todo trance, hasta con citas inexactas y textos escatimados, segun lo haré ver muy luego.



Desea, y me convendría ser extenso en este punto para refutar completamente un cargo tan grave, tan desdorado y tan feo; un crimen, en fin, que, con mucha razón, llama horrendo el Fiscal; pero me sirve de obstáculo lo delicado del asunto para el público á quien pienso dar esta defensa, y será, por esto, tan conciso, como pueda, respetando su decoro.

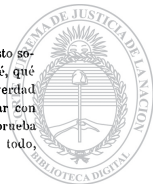
¿Cuáles son, pues las pruebas de tamaña inculpacion? ¿Dónde están las reglas de prudencia y de criterio en el procedimiento?

Esas pruebas se reducen al dicho de las mismas personas interesadas ó denunciadoras, Elena Giles y su padre, unido á la declaracion de un tal Ledesma, borracho consuetudinario, persona vil y despreciable.

Este dice que vió de noche á una mujer, (y no, precisamente, á la Giles como refiere el Fiscal) llorando y con la cara tapada, (mal podría decir quién fuese, si tenía el rostro cubierto) sentada en una cama; y un hombre á su lado solicitando su rendimiento, á quien, por la voz, conoció que era yo, y se retiró: (reflexiónese cuán fácil es equivocarse, tratando de conocer á una persona por la voz ó por los pasos).

Que al día siguiente, yendo á la casa de Giles, lo encontré *con la botella en la mano* (positivamente es un borracho; y, por este motivo, luego de mi llegada lo voté del Regimiento, en que era oficial); y le contó su desgracia culpando de ella á su mujer, contra quien se indignaba. (Nótese y adviértase que esta declaracion en parte es deficiente y en parte se refiere á Giles, en la cual no puede valer como prueba distinta.)

Dicha muchacha y su padre, ambos interesados, segun lo he observado, y declarando con la perspectiva de un dote en pago de su perjurio, contradiciendo á Ledesma, declaran: que la madre de aquella era inculpada ó inocente, y contradiciéndose tambien entre sí mismos, en una circunstancia importante, declara Giles, que nunca llegó á saber de cierto si su hija estaba efectivamente corrompida, porque no tuvo valor de preguntárselo; mientras que la hija, dice: que apenas fué deshonorada volvió á su casa, y se lo comunicó al padre.



¿No es manifiesta la contradicción? ¿No está con esto solo descubierto el fraude y revelada la trama? ¿Qué fé, qué crédito merecen semejantes declaraciones? ¿No es verdad que me he quejado con razón? ¿Si se hubiese de dar con ellas por comprobado el delito, valiera mas no exigir prueba alguna, que torturar el buen sentido! Pero no es esto todo, y hay mucho mas en mi favor.

XII

Evangelista Dévia, citada en estas declaraciones, las desmiente y contradice completamente á fs. 23 del cuad. 3º, negando que yo haya ido siquiera, á la casa en que decían haber estado tres veces con aquella muchacha, y en cuya casa vivía la precitada Evangelista; con lo que echa por tierra ese cúmulo de falsedades.

Y esto, á pesar de que se le ha compelido arbitrariamente con prision para que declarase en el sentido que se buscaba; á pesar, tambien, de que, con la mayor ilegalidad, se le han hecho, en su declaracion, repetidas insinuaciones contra mí; á pesar, en fin, de que la barbarie del comisionado, pues, no encuentro otro nombre que cuadre á una accion tan villana, ha llegado al punto de apremiarla con juramento á confesar, como lo ha hecho, las faltas mas vergonzosas á las personas de su sexo. Esta declaracion es, pues, sumamente importante y de mayor valor por sí sola que todas las otras juntas; porque, si el miedo ha sido capaz de hacer confesar á esta pobre mujer sus propios delitos, ¿cómo no le habría hecho confesar los míos á ser ciertos?

De dónde se infiere: que aún á ser exacta la doctrina establecida por el Fiscal, de que á cualquier mujer que se quele de haber sido deshonrada, para probar el delito y su autor, le basta su propia declaracion; esa doctrina no tendría aplicacion á este caso, pues, son cosas muy diversas considerar en abstracto una declaracion, á considerarla contradicha y desmentida por otra de mayor peso; aquí son tres,



mas, por las razones alegadas no tienen valor alguno, desde que se oponen entre sí mismas.

Pero tampoco es cierta aquella doctrina demasiado chocante al buen sentido y que no tiene ley alguna, ni autor que la apoye; pues, no es exacta la cita de Villanova en que se ha pretendido fundarla, el cual exige otros indicios y otros requisitos.

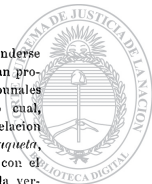
De acuerdo con otros muchos criminalistas de nota, contra lo que decía el Fiscal, requiere tambien como formalidad imprescindible y base del procedimiento en este género de causas, la comprobacion por separado del cuerpo del delito, no por prueba privilegiada, sino por los medios regulares ó comunes.

Hé aquí, en resumen y como muestra de la comun opinion de los demás autores, las palabras de aquel en el mismo lugar citado por el Fiscal. «Semejante privilegio (el de prueba « excepcional) es de advertir que no es absoluto, sino coartado « á la prueba del sugeto que cometió el propio estupro; pues, « por lo que hace á la física existencia del mismo delito, no « se resisten los medios regulares de comprobarlo; es decir, « para mas claridad, que el delito de fácil y regular com- « probacion, y el delincuente de difícil comprobacion.» (Villanova, *Materia Crim. For.*, tom. 3º, obst. 11 § 23. Tejedor *Curso de Dro. Crim.*, lib., tit. y cap. 3º, Nº 368. Elizondo, *Prac. Univ.*, *For.* tom. 4º, pág. 342, Nº 10; Matheu de Ré *Crim. contrv.* 51, 52 y 53. *Ley* 8, tit. 14, Part. 3ª.

XIII

Haber hecho azotar á varios individuos. Sobre esto, supone el Fiscal, que esta pena se encuentra abolida por la Constitucion; que aquellos eran inocentes, y que yo carecía de toda autoridad para imponerla.

Aunque, respecto á la abolicion de dicha pena, en virtud de la Constitucion, haya habido controversia en este Foro, sosteniendo muchos que no había sido abolida para los delitos



comunes; pues, el artículo referente al caso, debía entenderse solamente de las causas políticas; en cuyo sentido se han pronunciado, también, varias sentencias, así de los Tribunales inferiores, como de la Exma Cámara de Justicia: lo cual, podría dar margen á cuestiones, especialmente con relacion á los soldados, para quienes subsiste el castigo de *baqueta*, según está declarado; y éste tiene bastante afinidad con el de azotes: á pesar, de todo esto digo, no desconoceré la verdad de la opinion contraria establecida por el Fiscal.

Pero, á su vez, si quiere ser sincero, no debe negarme tampoco, que reconocida, por todos y desde el principio, la inconveniencia de la abolicion de la pena de azotes, mucho mas, cuando, careciendo el País de presidios y cárceles correccionales, no hay con qué reemplazarla; dicha prescripcion constitucional jamás ha tenido riguroso cumplimiento, sino en los Tribunales civiles, en los ejércitos, al menos.

Así ha sido; que aun despues de publicada la Constitucion, no ha habido Gefe que para moralizar la tropa, no haya empleado los azotes. El General Urquiza, el General Pederneira, el General Paunero, el Coronel Paz, etc., etc., todos ellos han usado de esta pena, y lo que es mas, sin que, en muchos casos, los pacientes pudieran, con razon, considerarse agraviados.

Tal fuera ciertamente, el caso en que siendo acreedores por el delito cometido, á la última pena, se les impusiera solo la de azotes: cual sucedió con los autores del motin militar acaecido en el Batallon Olascoaga, pocos dias despues de recibirse del Gobierno el Coronel Paz, á quienes pudiendo, con mucha justicia, hacer fusilar, se limitó á mandar azotar. Habría sido arbitraria la pena, si se quiere, mas, no podrá, con razon ni con verdad clasificarse de rigurosa y cruel.

Esta consideracion ha sido la que ha determinado mi conducta, cuando he mandado aplicar iguales castigos á varios individuos, que no eran inocentes como los reputa el Fiscal, sino criminales en sumo grado según las LL., y criminales también, según las nociones de justicia admitidas general-

mente; y que en donde quiera rigen los derechos de la guerra; véamoslo.

XIV

En primer lugar, se menciona á Lorenzo Rodríguez que recibió cien azotes, de orden mia. El motivo de esta medida, fué el haber producido gran alarma por toda la poblacion, en circunstancias delicadas, propalando falsamente la noticia de la próxima llegada del Coronel Baigorria con una indiada: cosa que no podía tener otro objeto que hacer decaer los ánimos, desalentar la tropa y propender á causar algun tumulto. Es clasificada por la Ordenanza en los Tratados 2º, tit. 1º y 8º, tit. 10, como una especie sediciosa y contraria á la disciplina: se castiga con baqueta y presidio, y aun con la muerte, segun el caso; y le fué comprobada á Rodríguez por las declaraciones contestes de Justo Lucero y Abelino Lopez, segun él mismo lo confiesa.

Estanislao Cruz fué azotado por conducir correspondencia enemiga, siendo chasque de los Sres. Echenique que se habían sublevado en la Sierra, cuyo delito es penado con el último suplicio por el artículo 45, tit. 10, Tratado 8º de las Ordenanzas.

Rosa Sariago, que es otro de los que fueron castigados, so pretexto de conducir para mí unas comunicaciones las mas frívolas; era enviado por don D. Adolfo Ortiz en realidad, á imponerse del estado de las cosas y de los ánimos, número, disposicion de la tropa, etc.; siendo, además, desertor del núm. 7 de línea. En uno y otro concepto, de desertor y espía, merecía pena de muerte, con arreglo á los artículos 67 y 91 del tit. 10, Trat. 8º

Pedro Medina y Vicente Martinez, que así mismo han sido azotados por orden emanada del Gobernador, aparte de haber andado sublevados y capturádoseles en flagrante delito, eran reos de un asalto con armas y en cuadrilla contra el Juez D. Francisco Cabral, y acreedores, por las LL., á la última





pena, que efectivamente, se impuso á dos de sus compañeros (LL. 2, tit. 18 y 7, título 22, lib. 8º, R. C.)

Por último, los siete individuos de tropa á quienes se hizo azotar en el campamento de Tegua, y cuyos nombres no recordo. Habiéndoseles mandado en comision, saquearon la casa de D. Pedro Molina del Rio Tercero, desertándose en seguida: eran, pues, reos de un doble delito: robo con fuerza y desercion en campaña, para los cuales está determinada, tambien, pena de muerte. (Real orden de 31 de Agosto de 1772, art. 91, tit. 10, Trat. 8º de las Ordenanzas del Ejército.)

Que por lo que hace á la falta absoluta de jurisdiccion que me supone el Fiscal, ya he notado en otro lugar, que este error proviene del carácter de simple oficial de milicias, que, equivocadamente, me atribuye; siendo así que además, ha debido considerarme como Comandante de armas y Gefe de una plaza fuerte, en tiempo de guerra, que tal vino á ser, efectivamente, la Villa del Rio Cuarto en la situacion pasada; á quien, no solo la Ordenanza, mas aun, hasta el Derecho comun que no puede ignorar el Fiscal, conceden amplias atribuciones y jurisdiccion penal; véase la ley 9, tit. 18, Part. 2ª, y en ella Greg. Lop. gls. 6ª.

Aquí hubiera terminado este artículo, si la acusacion, agregando una circunstancia agravante y fea en el castigo de Pedro Medina, la cual, á serme imputable, denotaría realmente crueldad, no me pusiera en la necesidad de responder, tambien, sobre esto.

Aquella circunstancia es, la de haber sido azotado el mencionado Medina, al lado del cadáver de su hermano, cuya ejecucion acababa de presenciar. Yo estaba ausente, y veo por el proceso que, efectivamente, se hizo así. Pero, como en este se registra tambien en copia á fs. 116 vta. del cuad. 3º la orden para que aquel fuese castigado, y esta no contiene una ni otra circunstancia, síguese que ello ha sido un exceso por parte del ejecutor, cuya torpeza ó grosera inadvertencia son de lamentarse, inas que no pueden hacerme responsable de hecho ageno.



Tambien Lorenzo Rodriguez me imputa injustamente en su declaracion un acto de ferocidad; pues dice, que habiendo sido castigado, pidió permiso para permanecer en el cuartel hasta la noche, en que pudiese retirarse á su casa, evitando la vergüenza de mostrarse en público de di, lo cual le permitió el oficial; mas como luego fuese orden mia para que se le pusiese en libertad, tuvo que sufrir el sonrojo que queria evitar.

Que yo mandé ponerle inmediatamente en libertad, es positivo; mas esta orden en nada se oponia á esa solicitud de Rodriguez que he ignorado completamente. Esa orden solo importaba que habiendo ya sufrido la pena, no debia permanecer preso ó detenido contra su voluntad, mas de ninguna suerte, el que de su grado no pudiera permanecer algunas horas en el cuartel. Rodriguez se ha equivocado comprendiendo mal lo que yo mandaba; y el cargo que me dirige es injusto.

XV

Hemos llegado, Sr. Juez, al noveno y último de los cargos contenidos en la Vista Fiscal, el mas grave sin duda, de todos ellos, y el único que el Acusador público, ha clasificado de capital. Hasta aquí creo haber llenado mi tarea y demostrado cuanto se habia desfigurado la causa, cuán abultadas é injustas han sido en su mayor parte las reconvencciones que se me dirijen no obstante las ventajas de todo género con que lucho, y la deficiencia del proceso en lo que pudiera favorecerme.

Procuraré hacerlo tambien en este punto y con mayor esmero, atendida su importancia, por lo cual habré necesariamente de ser estenso, aun á riesgo de fatigar al Sr. Juez, cuya indulgencia y atencion reclamo por medio de esta disculpa anticipada. Y para proceder en orden estableceré primero los hechos, demostrando despues el derecho que les es aplicable.



Este cargo consiste en la fusilacion de Juan Alvarez y Gregorio Medina, individuos á quienes no conocia, sin que por consiguiente haya podido abrigar respecto de ellos prevencion, enemistad, ódio, rencor, ni otra pasion ó interés particular, que suelen ser el móvil de todo crimen, y que á mí me indujeran á sacrificarlos, á no inédiar órdenes superiores que me creí en el deber de cumplir.

Esa fusilacion, pues sucedió de la manera siguiente: á mediados del mes de Noviembre del año pasado, dias despues de la revolucion, cuando la Provincia ardia en guerra civil, y la República tola pasaba por una de esas crisis terribles tan frecuentes en nuestra historia, ocultando todavia un denso velo el porvenir del Pais, recibí orden del Brigadier General D. Juan Saá que contenia estas instrucciones:

1ª Perseguir á los que se sublevaran ó intentasen sublevarse hasta rendirlos completamente. 2ª De no dar cuartel á los oficiales que capturase, pues á todos ellos desde Teniente arriba, debia mandarlos pasar por las armas inmediatamente. Al recibir esta orden, Sr. Juez, aunque me pareció en extremo dura, medité tambien que hay casos en que la autorizan las leyes terribles de la guerra: que por consiguiente el darla entraba en las atribuciones de un General; y que el era en fin á quien correspondia valorar las circunstancias.

Así fué que, habiéndoseme dado cuenta muy luego, de que habian caído prisioneros cinco individuos, en el acto de asaltar armados al Juez D. Francisco Cabral, quien los habia rendido y ponía á mi disposicion, entre ellos los mencionados Tenientes Alvarez y Medina, ordené primera y segunda vez, que fuesen pasados por las armas, aunque reflexionando luego sobre la gravedad de esta orden y asaltándome dudas, la hice suspender; y dichos prisioneros fueron traídos á la Villa del Rio Cuarto, donde yo me encontraba, y donde por entonces permanecieron presos.

Poco despues salí con las fuerzas de aquel punto y vine



hasta Téguá en cuyo lugar me incorporé al Gobernador que iba en retirada. Estando campados en dicho parage recibí una nota que desde el Rio Cuarto me dirigia el Comandante accidental que yo habia dejado D. Juan Martinez Rosas, consultándome lo que se haria con los presos que habian quedado.

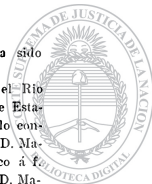
No creí que podia resolver por mí mismo en presencia de un Superior, asunto de tanta gravedad, y lo pasé al Gobernador, informándole la causa de la prision de los espresados individuos y la manera en que habian sido capturados. Es absolutamente falso, lo que de oídas, ha declarado uno de los testigos del sumario; á saber, que yo manifestara que Alvarez y Medina fuesen salteadores y ladrones incorregibles, pues como antes he espuesto, yo no los conocia, y mi informe se limitó á referir exactamente lo ocurrido.

XVI

No ignoraba el Gobernador las instrucciones que yo tenia del General Saá: y de acuerdo con su Ministro, ambos letrados resolvieron que se cumpliesen, siendo fusilados aquellos dos; y que á los otros se les azotase. Entonces, Sr. Juez, no abrigué ya la menor duda de lo que debia hacer, y contestando á Martinez, le comunicué orden en los términos espresados; y que el Gobernador le pasó tambien sin duda, como á mí, pues debia hacerlo así.

No debe extrañarse sin embargo el que la orden escrita no figure en el proceso, pues que tampoco aparece una sola de las demas que me han comunicado, tanto él, como el Presidente Dr. Derqui y el precitado General Saá; y sin duda se han sustraído todas ellas de los papeles del finado Quenon, entre los cuales existian.

Lo contrario supondria un hecho el mas inverosímil, que yo hubiese permanecido durante tanto tiempo, y en que ocurrian sucesos tan notables, en completa incomunicacion con mis Superiores. Ni siquiera consta allí el decreto

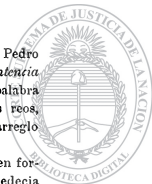


de mi nombramiento de Gefe Departamental, que ha sido notorio y nadie puede ignorar en Córdoba.

Sin embargo, cuantos testigos han declarado en el Rio Cuarto á este respecto, con escepcion únicamente de Estanislao Cruz, á fs. 90, cuad. 3º y que tampoco dice lo contrario: á saber, D. Hilario Arias á fs. 24, cuad. 1º, D. Manuel Sanchez á f. 28 vta., cuad. 1º, D. Gregorio Blanco á f. 74 vta., cuad. 3º, D. Fidel Arguello á f. 81, cuad. 3º, D. Manuel José Irusta á f. 85, cuad. 3º, y D. Pedro Medina á f. 88, cuad. 3º, están unánimes en declarar: que el asunto se llevó al Gobierno á quien di conocimiento, y que resolvió en él como Superior.

Discrepan no obstante en que algunos dicen simplemente que la órden emanaba del Gobernador, mientras que los demas deponen que fué órden mia, con el *visto bueno* de aquel, mas como la órden suscrita por mí, corre en autos á f. 116 vta., cuad. 3º en copia dada por el Comandante Martinez, y ella no lleva tal visto bueno del Gobernador, resulta que su intervencion como Superior, que por otra parte es indudable segun las mencionadas declaraciones, de tantos testigos, nada sospechosos de parcialidad en mi favor, no fué en el sentido que algunos de ellos han creído, sino en el que dejo espuesto.

Comprueba esto mismo el cuñado de Medina, uno de los fusilados, Comandante Montiel, á quien dando satisfaccion el Gobernador, le dijo en Tégua, que habia procedido no mas que por informes; pero sin negarle que la órden de fusilacion fuese suya. El Sr. Coronel Boedo, que sobre el particular le escribe á mi yerno, que él tambien está en esa inteligencia. El Juez de 1ª Instancia D. Rufino Berde, que habiendo sido llamado para autorizar el testamento de Medina, á la capilla donde este se hallaba; y estando reunidos seis ó siete testigos, asegura que se hablaba allí, y se decia públicamente, que la disposicion de fusilar aquellos dos individuos, era del Gobernador. D. Eloy Maldonado Gefe de Policia nombrado por aquel, que refiere haber visto la ór-



den de este para la fusilacion; y en fin, el precitado Pedro Medina hermano del muerto; pues dice oyó leer su *sentencia* y la de su hermano, de la cual recuerda bien la palabra *Brigadier*, y que además, al ponerse en capilla á los reos, les previno el Comandante, que aquello se hacia con arreglo á las órdenes del *Brigadier*.

Entretanto mi mencionada orden no está redactada en forma de sentencia ni cosa que se parezca, pues yo obedecia y no juzgaba; y además tampoco contiene la palabra *Brigadier*, como la sentencia que se leyó á los reos: debiendo notarse tambien, la orden que Martinez les decia tener del Brigadier para fusilarlos, porque sin duda aludia á las instrucciones que he detallado del Brigadier D. Juan Saá: creo pues poder dejar establecido, que yo he procedido en este asunto, en virtud de órdenes superiores. Y esto supuesto veamos cuál pueda ser, en este caso, segun Derecho, mi responsabilidad.

XVII

Es indudable, que si tenia el deber de cumplir las mencionadas órdenes, mi responsabilidad penal por ese hecho será ninguna, porque ni la razon admite colision de derechos ni puede suceder que se delinca, al llenar una obligacion, pues entonces el delito resultaria cometido necesariamente, faltando toda libertad y sin medio alguno, para dejar de delinquir, quien se hallase colocado en situacion semejante.

Ahora ese deber de obediencia la mas sumisa, pronta, puntual y estricta de parte de un militar á las órdenes que *en asuntos del servicio*, (medítese en la estension de esta cláusula y reflexiónese tambien, si el matar ó herir al enemigo pertenece al oficio del soldado) reciba de sus Superiores, está consignado en las Ordenanzas del modo mas terminante, de la manera mas absoluta y bajo las penas mas graves.

Por el art. 7, tit. 10, Trat. 8º se establece que todo soldado, cabo y sargento que en lo que fuese del *Real servicio*,



no obedeciese á un oficial, sea castigado con pena de la vida. En el art. 5 del tít. 17, Trat. 2º se dice: que el cargo mas grave que puede hacerse á un oficial y muy particularmente á los Gefes, es el haber faltado á la Ordenanza, ó dejado de cumplir las órdenes de sus respectivos Superiores; pues que la mas exacta y puntual observancia de ellas es la base fundamental del servicio. Y para omitir otras mil citas con que se tropieza á cada paso en este Código, todas ellas de igual naturaleza; el art. 6º del tít. y Tratado espresados, declara que la falta de obediencia á las órdenes del Superior, es un delito tanto mas grave, cuanto es mayor la graduacion del oficial ó Gefe á quien se dirijan, ó que debiera cumplirlas.

Verdad es, Sr. Juez, que sin haberse cambiado estas leyes, ni modificádose, en lo mas mínimo, porque en la práctica no pueden cambiarse ni modificarse, han surgido á pesar de ello, modernamente teorías filosóficas y doctrinas nuevas, que ni están á mi alcance ni las creo mas que utopías, las cuales pretendiendo restituir su dignidad al hombre, que consideran comprometida en el soldado por una obediencia tan ciega, han procurado mover dudas al respecto, por claras y terminantes que sean aquellas disposiciones. Pero los mismos autores que imbuidos en tales ideas sostienen este dictámen, como el Dr. Tejedor, confiesan sin embargo que la opinion comun, hasta hace poco ha enseñado, tratándose de los militares, la doctrina de la obediencia pasiva (Curso de Derecho Criminal, Part. lib y tít. 1º, cap. 5º, art. 2º, núm. 70).

Y advierta aquí el Fiscal, cuan estraviada y errónea es la opinion de que se manifiesta persuadido, consignándola en la vista como uno de sus fundamentos, que es menos estricta la obediencia del soldado al Gefe, que la del esclavo á su señor, del hijo al padre, del religioso al prelado, del pupilo al tutor, de la mujer al marido, etc. pues no es así. Por el Derecho nuevo, ninguno de estos Superiores podria exigir la vida á sus subalternos, como en muchos casos y especialmen-

te en el del art. 21, tit. 17, Trat. 2º de la Ordenanza, puede el Comandante hacerlo con los suyos.

El Cristianismo ha abolido la esclavitud; y la civilización á medida que avanza, relaja en cierto modo el vínculo de la obediencia que viene á ser cada vez mas suave. Mas, tratándose del soldado, y hablando en un sentido práctico; pues me separo de las teorías que quedan escritas no mas, sucede todo lo contrario: la obediencia mas absoluta es una necesidad inalterable.

«La falta de subordinacion, dice Colon, es el delito mas grave que se conoce en la tropa, y no admite disimulo; porque de la subordinacion y respeto de los inferiores á los Gefes, pende todo el buen orden y disciplina de los Ejércitos.» Se ha comprendido sin dificultad, que el arte de la guerra habrá llegado á su perfeccion, cuando el soldado en lo que concierna á sus operaciones, destituido enteramente de voluntad propia, se convierta en manos del Gefe en un mero instrumento manejable de la manera mas conveniente.

XVIII

Resulta de todo que no puede ser del caso la ley 5, tit. 15, Part. 7ª que alega el Fiscal para responsabilizarme por haber mandado fusilar á Medina y Alvarez, de orden de mis Superiores. Esa ley no habla del soldado, y con mucha razon, porque su sujecion es mucho mas estricta y necesaria que la de cualquier otro subalterno. Esa ley no ha querido sin duda comprender al militar, porque ademas de haberlo omitido, no habria podido decir de él, lo que establece de una manera absoluta respecto á los otros; que no debe matar ó herir por mandato de su Gefe. Aquella ley por último, si se hubiera propuesto coartar ó fijar límites á la obediencia militar, estaria derogada por los citados artículos de la Ordenanza de fecha muy posterior, en donde es visto de un modo muy claro, haberse querido de propósito dejarla indefinida y absoluta.





Pero en fin, si este punto fuere controvertible, pues segun lo he insinuado, no faltan autores y teorías, aunque sin el apoyo de ley alguna, y contra las disposiciones mas explicitas que he citado, los cuales enseñando lo contrario puedan hoy dar márgen á duda; lo que no es disputable siquiera, como evidentemente erróneo; lo que ninguno sostiene; lo que todos impugnan; y habrá de causar espanto á cuantas personas entendidas quieran imponerse de esta causa, es la pretension del Fiscal, que contra la doctrina de los mismos autores que invoca aparentando respetar, ha querido establecer, que la obediencia á las órdenes del Superior no solamente no exime de toda responsabilidad penal, mas tampoco la atenúa.

Porque son cosas muy diversas, Sr. Juez, y que por tanto no se deben confundir, como lo hace el escrito de acusacion, una excusa que desvie toda responsabilidad y una circunstancia, que sin derimirla del todo, atenúa solamente el delito y la pena. Asi es que, cuando el Fiscal, creyendo haber demostrado, que el cumplimiento de las órdenes de mis Superiores con que procedí en la fusilacion de Alvarez y Medina, no me exime enteramente de culpa en aquel hecho, se avanza por esto en seguida á pedir pena de muerte, ha salvado una distancia inmensa, en que he de disputarle palmo á palmo el terreno, hasta convencerle de temeridad.

¿Y cuál es el fundamento sobre que se atreve á caminar tan ligero y tan seguro? Ninguno, Sr. Juez; todo él consistia en confundir las cosas que acabo de distinguir, y que conviene separar con el mayor cuidado. El edificio estaba construido sobre arena; y removida la base, forzoso es que se derrumbe.

El Fiscal alega un principio tan sabido como vulgar de que en materia criminal, mandante y mandatario deben sufrir la misma pena. Esto es exacto, Sr. Juez, mas ni siquiera toca á nuestra cuestion. Aquello es cierto en tésis general, mas esta regla no habia, ni comprende al mandatario súbdito del mandante: seria falsa, si estendiéndola demasiado, se le quisiere aplicar tambien; pues que la circunstancia de mediar

sujecion y deberes de obediencia al mandante, constituye una especialidad segun Derecho, y un caso particular, al menos en el grado de criminalidad y proporcion de la pena que se ha de imponer.

Es por ello que sin contradecirse, unos mismos autores, y entre estos los que ha alegado el Fiscal, á quienes en parte ha respetado y en parte menospreciado, enseñan unánimes y al propio tiempo ambas doctrinas: 1ª Que en los delitos cometidos por mandato ageno, mandante y mandatario deben recibir igual pena; 2ª Que en los delitos graves que cometa el súbdito, obedeciendo aunque indebidamente una orden del Superior, este es principalmente responsable. Aquel si bien no resultará inocente, será con todo menos criminal por falta de completa libertad, y deberá atenuarse ó rebajársele la pena, imponiéndosele una menor que la que comunemente corresponda á la especie del delito perpetrado.

Al hablar del súbdito no mencionan muchos de estos autores al soldado; no porque le supongan de peor condicion que los demas subalternos; sino al contrario, porque reputan su obediencia mas estricta, y esto hace dudar si debiera recibir pena alguna; entrando otros que tratan de aquel, á hacer distinciones arbitrarias, sin norte ni guia en las leyes, hasta perderse en un caos de confusion. De esta suerte autores muy clásicos eximen de toda pena al soldado raso, y solamente la atenúan en los Gefes: siendo que como puede verse en las Ordenanzas, es mas ajustada la obediencia que estos deben á sus Superiores, que la que el soldado les debe á ellos, toda vez que la falta de los Gefes en no prestarla, se supone allí mas grave. Pero dejemos esto y prosigamos donde íbamos.

He dicho que solo en los delitos graves se minora la pena al subalterno, porque en los leves no tiene pena alguna. Y podrá notarse aquí, la inconsecuencia y la falta de Lójica en que habria incurrido el Lejislador, si encontrando la falta de libertad en los subalternos, ó el respeto y consideracion á sus Superiores, razon bastante en los delitos leves, que por orden de estos cometiesen, para salvarlos de toda pena, no





reputase esa misma falta de libertad, en los delitos graves, como circunstancia, digna al menos, de tomarse en cuenta, al efecto de disminuir la responsabilidad y mitigar la pena.

No dejará de ser extraño para quienes no se encuentren iniciados en la ciencia del Derecho, el oír hablar de mandato entre personas independientes una y otra ó no ligadas por el deber de obediencia, de una respecto á la otra; mas su extrañeza cesará, cuando sepan que en Jurisprudencia, mandato no equivale á precepto, sino mas bien á comision, la que se acepta ó renuncia libremente: y que por lo mismo este es un caso muy distinto de aquel, en que ademas concurre un precepto, es decir, la órden de un Superior que prescribiendo un crimen, no debiera ser obedecido; pero que si lo fuese, ese precepto constituiria para el reo una circunstancia atenuante, segun la doctrina espuesta.

XIX

De esta diferencia tan marcada y tan notable se ha prescindido en la vista Fiscal; que por lo que respecta á sus efectos, en los delitos graves, confunde uno y otro caso: pretendiendo con perjuicio mio, que en ambos corresponde la misma pena, sin mas apoyo que la mala inteligencia dada á la precitada ley 5, tít. 15, Part. 7 que aduce intentando probar aquella proposicion. Examinemos pues, cuidadosamente su sentido y su tenor literal.

Hablando esta ley del hijo, siervo, religioso y otros súbditos ó que se encuentran sometidos á potestad agena; pero sin comprender calculadamente al soldado, cuya obediencia es todavia mas estricta, y sus deberes de muy diverso género; despues de establecer que aquellos en los delitos leves que cometan por órden de sus Superiores, se eximen de toda responsabilidad penal, continúa asi:

«Pero si alguno de estos deshonorarse ó firiere, ó matase á otro por mandado de aquel en cuyo poder estoviese, no se podría escusar de la pena porque no es tenudo de obedecer

« su mandado en tales cosas como estas; é si lo obedeciere é
« matare, ó ficiere alguno de los yerros sobre dichos, *debe*
« *ende haber pena, tambien como el otro que lo mandó fa-*
« *cer.*»

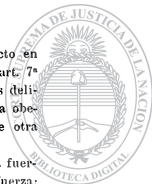
Aquí se establece efectivamente la responsabilidad penal en los delitos graves, tanto del súbdito que los ejecuta, cuanto del Superior que los ordena: mas no se dice ni se indica siquiera, que esa responsabilidad sea la misma ó igual en uno y otro, como seria preciso para que lo fuese la pena. No se dice, lo repito, semejante cosa que á primera vista chocaría al sentido comun.

La cláusula final que se ha transcripto, *debe ende haber pena tambien como el otro que lo mandó hacer*, declara que ambos son criminales, mas no el que lo sean en el mismo grado; que ambos deben recibir pena: mas no que la pena haya de ser idéntica. Las palabras *tambien como* contenidas en esta cláusula, indican que con igual justicia serán penados uno y otro; el que manda y el que obedece, puesto que los dos son delinquentes; pero no que la pena deba ser la misma en ambos. La equivocacion del Fiscal procede de haber tomado la frase, *debe haber pena tambien*, por equivalente de esta otra, *debe haber pena igual*; lo cual viene á dar á esa disposicion un sentido muy diverso de su sentido propio y natural.

Interpretada la ley de la manera que la entiende la vista Fiscal, resultaria inconsecuente consigo misma, y contradictoria de los principios que encontramos claramente consignados en otras leyes del mismo Código.

Inconsecuente consigo misma; pues como antes lo hice notar, si la ley encuentra que en los delitos leves, el defecto de libertad y el respeto al Superior bastan á eximir al súbdito de toda pena, militando la misma razon de falta de libertad y el respeto al Superior aunque el delito sea grave, en consideracion á ella, procediendo en consecuencia, deberia por lo menos, disminuir la responsabilidad del inferior y minorar la pena. Lo contrario fuera una anomalia.





Contradictoria de los principios sentados al respecto en otras leyes: porque en efecto, en la ley 8ª, tít. 10, Part. 7ª hablándose de la fuerza con armas que es uno de los delitos mas graves, encontramos el principio de que la obediencia exime al súbdito de la pena capital, en que de otra suerte incurriría.

En dicha ley se lee: “E si fuere siervo el que fizo la fuerza con armas ú otro yerro que sea contado por tal fuerza; “é la ficiere sin mandado, é sin sabiduria de su señor, ó “con su sabiduria non gélopudiendo vedar, debe el siervo “morir por ende. Mas si lo ficiere por mandado ó con “sabiduria de su señor, entonces non debe ser muerto, mas “debe ser dado á las lavores del Rey.”

Todavía vá mas allá en este particular la ley 4, tít. 14, Part. 7ª, que en el delito de robo que es otro de los mas graves, dá mayor importancia en favor de cualquier súbdito, á la consideracion de dependencia y sujecion; extendiendo esta razon de equidad hasta eximirle de pena; y hacer pesar toda la responsabilidad de ese delito sobre el señor que lo hubiese ordenado.

No debe pues interpretarse la mencionada ley 5, tít. 15, Part. 7ª, en el sentido que le atribuye el Fiscal, de manera que la obediencia en los delitos graves, no pueda alegarse ni como circunstancia atenuante; antes á pesar de ella haya de imponerse la pena ordinaria: ningun autor ni aun los mismos que invoca el Acusador entiende así la ley, ó enseña semejante doctrina.

XX

Los ilustradores de los comentarios de Gregorio Lop. á LL. de Partidas, que en este lugar no hacen mas que traducirlos, aunque al fin de la glosa 25 á la ley 5ª citada, expresándose en términos oscuros y poco menos que ininteligibles, parezcan restringir la doctrina que en el principio establecen, con precision y claridad, no han querido, sin duda, retractarla.



Al principio, pues, de aquella gloza y con aplicacion al caso que nos ocupa, se expresan así: «Sin embargo, el « siervo que obedeciese á su señor, aun en la perpetracion de « delitos graves, será castigado con mas blandura, que si hu « biese obrado sin tal mandato.»

Escríbe, citalo tambien por el Fiscal, sostiene igualmente la doctrina de que en los delitos graves, la obediencia atenúa la responsabilidad y pena del súbdito. La opinion de este ilustrado autor será la mas elocuente condenacion de quien lo invoca, para pedir una pena que él rechaza como injusta.

En su Diccionario de Legislacion y Jurisprudencia, palabra «mandato» dice así: «Hemos dicho que deben sufrir igual « pena el mandante y el mandatario, cuando ambos concurren « libremente á la ejecucion del delito. Pero, ¿que será cuando « el mandatario es una persona, que en el órden comun está « sujeta á los preceptos del mandante? Entonces, el man- « dante es, sin duda alguna, mucho mas criminal que el man- « datario, que por hábito de obediencia ó por temor á su « Superior, ha ejecutado el mandato.»

«No es decir que el precepto del crimen pueda ser una « justificacion para los que le cometen, porque como nadie « tiene derecho á mandarlo, nadie tiene, tampoco, obligacion « de obedecerlo. Pero, una cosa es que no se escuse el ejecu- « tor, y otra que no agrave la posicion y la culpa del que « lo ha dictado. La conciencia humana verá siempre en éste « la parte principal de la obra, y no podrá prescindir de ca- « lificarle con mayor dureza que al ciego y débil instrumen- « to de su maldad. No tenia, es cierto derecho para obligar á « otro á cometer lo que le mandaba; pero, de hecho, se lo « mandaba, y por eso, el otro lo cometió. En el ejecutor se « encuentra un yerro de obediencia, que podrá servirle de « *circunstancia atenuante*, en el que mandaba no se encuen- « tra, sino el mas horrible abuso de poder, dirigido al más « odioso de los objetos.»

Ha alegado, tambien, el Fiscal al Sr. Garcia Goyena. Yo pudiera desviar fácilmente la autoridad de la cita con solo



observar que este autor, aunque muy acreditado, al tratar el Derecho Criminal, se refiere al nuevo Código Español, que no está vigente entre nosotros: mas, como por lo que respecta á la cuestion que vamos examinando, en vez de perjudicarme su opinion, me favorece mucho, acepto de buen grado aquella autoridad.

Este autor, decia, lejos de sostener que en los delitos graves, la obediencia no disminuye la responsabilidad y la pena que regularmente se impondría, á no mediar aquella, enseña todo lo contrario, y su opinion se deduce claramente de lo que expone. Porque, despues de mencionar en el cap. 2º de la Sec. 6ª, tit. y Lib. 1ª, la obediencia á una orden superior, entre las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, especificando los requisitos que debe tener para que produzca este efecto, principalmente al número 197; en el capítulo siguiente, donde enumera las circunstancias que sin dirimir totalmente esa responsabilidad, la atenúan, sin embargo, con referencia á la regla 1ª, artículo 9 del Código, dice:

A estas circunstancias pertenecen las expresadas en el « capítulo anterior, cuando no concurren todos los requisitos « necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos « casos; pues siendo necesaria la concurrencia de todos aquellos requisitos, para que pueda presumirse una falta completa de voluntad ó intencion dañosa, sino concurren alguno « ó algunos de ellos, existe motivo para creer que hubo « solo falta parcial de dicha voluntad.»

Coincide, perfectamente esta opinion con la de los Sres. La-serna y Montalban, en su Derecho Civil y Penal de España, tom. 3º, lib. y tit. 1ª, cap. 2º, Nº 27 y 2, cap. 3º, tit. y lib. citados; por cuya razon de completa uniformidad paréceme inútil transcribirla y la omito.

Ahora, pues, síguese de estas opiniones en el caso que es objeto de este proceso, y sobre el punto que corresponde tratar aquí; que habiendo mediado para la fusilacion de Alvarez y Medina, órdenes de mis Superiores, aunque la obediencia



que yo les presté resultase haber sido indebida, por faltar en aquellas alguno ó algunos de los requisitos necesarios para que fuesen legítimas, dicha obediencia, ya que no constituyese en mi favor una excusa completa, fuera, por lo menos, circunstancia atenuante de la pena. Por esto, no dudo, que si el Sr. Goyena supiese el abuso que se hace de sus opiniones, pidiéndose, en su virtud, lo que, según ellas, resulta ilícito, no dejaría, seguramente, de intentar algún reclamo.

Signe en el orden de las citas aducidas por el Fiscal, la del Sr. Villanova. Pero este autor, como los anteriores, contradice, expresamente sus doctrinas: en mérito de las cuales pretende se me condene al último suplicio, siendo de parecer aquel, que esta pena solo se ha de imponer al mandante; y que al mandatario le corresponde otra extraordinaria y no la comun.

Sus palabras textuales son estas:—«El súbdito que obediencia te al precepto del padre ó Superior, contraviene las leyes y prohibiciones del Derecho natural en materia grave, se hace reo; y él, con el mandante deben purgar la culpa; éste con la pena ordinaria del delito, y aquél con la extraordinaria.»—(Materia Crim. Foren, Tom. 1º, obs. 7, § 1, Nº 28.—Alega otros varios criminalistas, que indica, son del mismo sentir; y que también serán probablemente, los que menciona la *vista* Fiscal, en globo, después de Villanova.

De esa manera, el Fiscal habría podido, ciertamente citar al maestro Antonio Gomez, con el mismo derecho que á los demás, por cuanto, éste impugna igualmente sus ideas en lo que mira á la graduación de la pena. Supliré pues ese descuido del Fiscal, y transcribiré las palabras de Gomez. Dice lo siguiente:

«Pero hay una cosa que notar; á saber: que aunque el súbdito que aceptó el mandato, no se excusa en los delitos graves y atroces, sin embargo, debe ser castigado, con pena menor y no con la ordinaria del delito» (Var. Res. tom. 3º, cap. 3º, Nº 42 ver. *unum tamen est*): donde menciona además muchos otros autores de esta opinion entre ellos Saliceto.

Tenemos en resumen, Sr. Juez. que está plenamente pro-



bado y de una manera que no admite duda, que la ejecución de Alvarez y Medina, fué disposicion Superior. Que al comunicar, yo, esta orden no hacía mas que obedecer. Que siendo la obediencia militar absoluta, segun las Ordenanzas, éstas me eximen de toda responsabilidad. Y, en fin, que aun prescindiendo de ellas, y juzgándose el caso, no mas que por el Derecho comun, cuando se suponga ilegal la orden que hice ejecutar, no corresponde la pena ordinaria, sino otra menor.

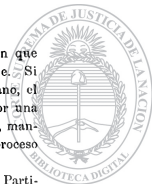
¿Y qué diré de la calidad de alevé pedida por el Fiscal? ;No contento con solicitar pena de muerte, que por sí sola resulta injusta como lo acabo de demostrar hasta la evidencian, ;todavía procura manera de agravarla! ;Quiere aumento de pena donde por Derecho debe disminuirse! ;Se exige nota infamante y condicion que imposibilite toda gracia, sin atencion á una circunstancia atenuante que valeran y respetan unánimes los Jurisconsultos!

XXI

Réstame solo para concluir este escrito que se prolonga demasiado, observar la nulidad, ilegalidades y defectos de formas sustanciales que contiene el proceso, porque con mi silencio sobre ellos no se entienda que los consiento.

En primer lugar, respecto á la muerte de Alvarez y Medina que el Fiscal clasifica y persigue como homicidio, aunque parezca bien extraño lo que voy á decir, es cierto, sin embargo, que no consta lo que se llama por los prácticos, el cuerpo del delito, y que sirve de base necesaria á todo procedimiento jurídico en materias criminales. El cuerpo del delito, decía no se ha tratado de comprobar separadamente, segun lo prescriben todos los AA, y con las pruebas materiales de evidencia que el Derecho requiere; observándose notable deficiencia en el proceso sobre el particular.

En segundo lugar, el sumario levantado por D. Sinecio Ferreira del Rio Cuarto es nulo en todo, ó en su mayor parte,



por cuanto aquel no era Juez; ha sido ilegal la comision que se le ha dado; y él, además, la ha excedido notablemente. Si es contrario á las garantías constitucionales del ciudadano, el hacerlo juzgar por otros que sus Jueces naturales, ó por una Comision especial, no puede ser conforme á las mismas, mandarle sumariar ó procesar en esa forma, porque del proceso depende absolutamente el juzgamiento.

La ley lo prohíbe tambien expresamente: pues, la de Partidas previene al Juez, que cuando hubiese de hacer examinar testigos residentes en paraje diverso del lugar de su residencia, se dirija para el efecto al Juez territorial, cuya disposicion se ha reproducido despues en el Reglamento de Campaña.

Por otra parte, resulta inexacto el hecho, que se ha dado por motivo para adoptarse aquella medida, el de que en ese tiempo no había Juez en el Rio Cuarto, pues, del proceso mismo consta lo contrario; y para demostrarlo basta compulsar las fechas: el despacho de comision lleva la de 2 de Enero, mientras que el 4 aparece actuando en calidad de Juez el ciudadano D. Rufino Verde, á mérito de providencia expedida el 31 de Diciembre. De esto ha resultado la anomalía de que en el Rio Cuarto me sumariaban á un tiempo el Juez del Partido y un otro comisionado; y de que algunos testigos, como D. Manuel Irusta hayan declarado dos veces.

Pero dado que esto pudiese ser legal; que no lo es, el comisionado Ferreira, que para ser designado, no tenía otra recomendacion que la de ser un enemigo conocido, segun lo revela á las claras su mismo proceder, ha excedido notablemente su comision; porque determinándosele en ella con toda *precision*, las declaraciones que debía recibir, él por su cuenta ha agregado otras varias, y señalándose á dicha su comision el término fijo de ocho dias, él ha actuado cerca de un mes; y desde que, lo que se hace contra Derecho es nulo, y lo es igualmente lo que practica un comisionado excediendo, en cualquier sentido, los términos de su comision, por una y otra razon, debe ser nulo el sumario levantado por Ferreira.

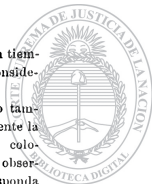


Mas no es esto todo; y en prueba de la justicia con que la ley ha prohibido semejantes comisiones; ó como un ejemplo práctico de la parcialidad y abusos á que dan lugar, resulta, que habiéndose apoderado del archivo de la Comandancia, sin formalidad alguna, de donde ha sacado, sin duda, las órdenes que remite originales; apareciendo en estas todas las que yo he comunicado á mis subalternos, por cuanto ha creído podían comprometerme, no ha mandado las que he recibido de mis Superiores y que deberían servirme de descargo; siendo aun mas extraño que de las mismas que espresa remitir en su oficio de fs. 97, cuad. 3.^a dirigidas á mí por el Presidente y Gobierno de la Provincia, no aparezca en el proceso una sola. Asi es que lucho con mil desventajas.

Aun podría alegar y objetar otros defectos de forma, como el modo irregular en que han jurado los testigos. Irusta y Sanchez á fs. 25 y 27 vta., cuad. 1.^a, sin hacer la señal de la cruz, levantando solamente la mano: y el mismo comisionado D. Sinecio Ferreyra, relativamente al fiel desempeño de su cargo, prestando el juramento sin testigos de actuacion en ese acto, segun aparece en la diligencia de fs. 69, cuad. 3.^a, y bajo la fórmula correspondiente á los litigantes: de suerte que solo consta sobre su palabra que haya jurado; pero no quiero demorarame en ello, contentándome con esta indicacion.

XXII

He terminado, Sr. Juez, la defensa, esponiendo cuanto tenia que decir en mi favor. Impulsado por influencias poderosas é irresistibles para mí, fui obligado desgraciadamente á hacerme visible, aceptando la guarda de un punto importante en época de guerra civil, de trastorno y de desquicio el mas completo. No pretendo que mis actos todos sean intachables; no me jacto de inocente, ni me atrevo á protestar que mi conciencia se encuentre enteramente tran-



quila: difícilmente podría decirlo con verdad, quien en tiempo de revuelta, haya ejercido algun mando de consideracion.

Pero si esto es así, como acabo de confesarlo, creo tambien que la justicia y equidad exigen se tenga presente la situacion difícil y angustiosa, en que me he visto colocado, cuando se trata de apreciar la conducta que he observado; y que seria crueldad verdadera exigirme respuesta siempre cumplidamente, en un análisis general, severo y el mas prolijo cual el que se ha hecho de mis actos.

Es peligroso, ha dicho el Sr. Balmes, pretender juzgar á un hombre, fuera de su época y de las circunstancias que le rodearon. Ruego al Sr. Juez no eche en olvido tan saludable advertencia; y recuerde tambien que la justicia sin misericordia degenera en tiranía; que la verdad y la misericordia se hermanan, la paz y la justicia se besan. (Ley 2ª, tít. 10, Part. 2ª.) Yo espero resignado el fallo.

A V. suplico: que habiéndome por espedido en el traslado comunicado para la defensa, y concluyendo para prueba; en mérito de la que produciré en estado competente de la causa sobre los hechos referidos, se sirva en definitiva y con arreglo á las consideraciones espuestas, resolver lo que corresponda en justicia que imploro, jurando, etc.

Pedro Oyarzabal

CORTÉS