



ALBERTO PALOMEQUE

Fiscal de Cámara en la provincia de Buenos Aires

COMENTARIOS  
:: Y CRÍTICA ::

AL NUEVO CÓDIGO  
DE PROCEDIMIENTO

:: :: PENAL :: ::

DE LA PROVINCIA  
DE BUENOS AIRES



BUENOS AIRES  
1916





COMENTARIOS Y CRÍTICA  
AL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL



# COMENTARIOS Y CRÍTICA

AL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

POR

ALBERTO PALOMEQUE

FISCAL DE CÁMARA EN LA PROVINCIA DE  
BUENOS AIRES

Donación del Dr. ALBERTO M. JUSTO



400282



61060

BUENOS AIRES  
1916

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	
Nº. DE ORDEN	50.961
UBICACIÓN	J 1270J

---

Imp. Ramón Sopena, Provenza, 93 a 97.—Barcelona



AMIGO  
VAL O'CONNOR







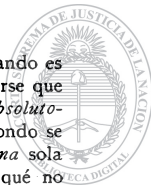


El nuevo código de procedimiento penal introduce una reforma de trascendencia, sobre la cual conviene llamar la atención. Se declara que cuando la Cámara de Apelaciones revoca una sentencia *condenatoria* del Juzgado del Crimen, *absolviendo* al procesado, no se concede al ministerio público el derecho de apelar para ante la Corte, introduciendo el recurso de inaplicabilidad de ley (art. 342). En cambio, cuando la sentencia fuese *absolutoria* en primera instancia, pero *condenatoria* en segunda, el procesado tiene el derecho de introducir el recurso de inaplicabilidad de ley (art. 341).

Esta distinta manera de resolver el punto, según quién sea el agraviado, da motivo para que se trate de averiguar cuál sea la causa de la disparidad en la resolución.

Es muy loable que el legislador se preocupe de garantizar la libertad del procesado, pero esto sin menoscabo del derecho de la sociedad a defenderse.

En presencia de dos fallos contrarios, ¿por qué negar el recurso al ministerio público, cuando el úl-



timo es absolutorio, y sí concederlo al reo cuando es condenatorio? Con ese criterio podría sostenerse que tampoco puede el fiscal apelar la sentencia *absolutoria* de 1.<sup>a</sup> Instancia. Y esto, porque en el fondo se sostiene que la cosa juzgada la constituye una sola sentencia, cual es, la de la Cámara. ¿Por qué no lo sería la del juez del crimen?

No alcanzamos a comprender la razón de esta disparidad de criterio, pues tan respetable es el derecho del uno como el de la otra. Lo natural es que un tercer tribunal resuelva el caso, admitiéndose el recurso para ante la Corte. Ésta ha sido la jurisprudencia constante, en materia de recursos de inaplicabilidad de ley, entiéndase bien, cuyos buenos resultados se han notado en la práctica. En más de un caso, procesados, quizá verdaderos asesinos, absueltos por las Cámaras, han sido condenados por la Corte, así como otras veces han sido declarados inocentes.

Las leyes deben reformarse cuando la práctica ha demostrado su inconveniencia. Si es bueno que en la duda se absuelva a un inocente, es malo que quede la duda sobre la culpabilidad cuando hay un fallo que absuelve y otro que condena.

El criterio que informa el pensamiento que criticamos, es el del abogado defensor del reo. El legislador parece que sólo ha tenido en cuenta los intereses de uno, con perjuicio de los de la sociedad en general, muy dignos de respeto. Se ha olvidado que no se trata del recurso ordinario de apelación, sino del extraordinario de inaplicabilidad de ley, que nace de la Constitución.

El único propósito que alcanzamos a percibir en



esta reforma, es el de aliviar el trabajo de la Corte. Ésta se queja del peso de la tarea. Pero, en materia criminal, no debe restringirse la acción de los interesados, ya sea la del reo, ya la de la sociedad. Está bien que así se haga en lo civil, porque, al fin y al cabo, sólo están en juego los intereses privados. Pero, sucede lo contrario; los recursos se han restringido en lo criminal, y ampliado en lo civil. Basta comparar los artículos citados del código de procedimiento penal, con los 318 y 319 del código de procedimiento civil. En éstos no se limita el recurso. Se concede con amplitud, no sólo contra *las sentencias definitivas*, sino contra las pronunciadas en los incidentes.

Con el criterio restrictivo, se llega hasta desconocer, en lo criminal, el derecho a deducirse el recurso de inconstitucionalidad, cuando no se trata de sentencia definitiva o con carácter de tal.

En el código anterior había un artículo muy fundamental que declaraba que «para la interposición de este recurso (el de inconstitucionalidad) no se requiere que se trate de sentencia definitiva» (artículo 563).

Esta disposición fundamental, que salvaguardaba los derechos de las partes, ha desaparecido del nuevo código.

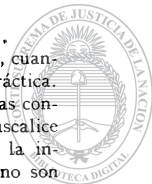
Los recursos extraordinarios sólo pueden interponerse contra la sentencia definitiva o la que haya recaído sobre un artículo, termina la causa y hace imposible su continuación; en los incidentes sobre falta de jurisdicción, cosa juzgada, amnistía o indulto, prescripción y exención de pena en los casos del art. 140 del código penal (art. 348).



Con este sistema restrictivo, se llega al punto de desconocer los recursos contra los fallos de las Cámaras en los casos de sobreseimiento o de declararse la nulidad de los procedimientos de primera instancia o de la sentencia pronunciada en la misma (artículo 348 citado).

Sin embargo, en estos casos exceptuados puede haberse violado la Constitución, la cual rige para todos los hechos, ya se trate o no de sentencia definitiva.

Creemos que debe criticarse esa facultad omnímoda dada a las Cámaras en los casos de sobreseimiento y de nulidad del procedimiento o de la sentencia. No debe negarse el recurso de inaplicabilidad. No es justo que al procesado absuelto en primera instancia se le obligue a seguir un nuevo proceso porque haya una nulidad de forma, alegada de oficio por la Cámara. Debe intervenir la Corte para que dirima el caso dudoso. Las nulidades, en los procesos que van a la Cámara, no deben afectar a los reos. Si hay nulidad, responsabilícese al juez que cometió las faltas, pero no que las purgue el desgraciado o la sociedad. Conocemos casos en los que, debido a ello, han estado en la cárcel, durante mucho tiempo, algunos desgraciados, ¡que luego han sido declarados inocentes! Y conocemos otro, en que, por haberse omitido la firma en un informe médico, escrito, sin embargo, todo él de puño y letra del facultativo, se declaró nulo el peritaje, ¡pero para declarar *inocente* al verdadero asesino! cuando lo natural hubiera sido llamar al perito para que dijera si aquello era suyo o devolver el sumario al Inferior para que subsanara la falta.



Nuestra tradición procesal no debe alterarse, cuando sus resultados han sido benéficos en la práctica. La facultad omnímoda dada a las Cámaras, las convierte en un tribunal único, sin que nadie fiscalice sus fallos absolutorios. Todavía necesitamos la intervención de esa Corte. Nuestros tribunales no son un modelo de virtud, y la ley por sí sola no tiene el poder de moralizar a los hombres encargados de la justicia. Es malo, pues, revestirlos de las facultades extraordinarias de absolver, sin que pueda apelarse su fallo.

Hay en ese código una reforma, o, más bien dicho, una declaración, que ya se hacía muy necesaria. La práctica de nuestros tribunales la reclamaba. En numerosos casos se ha constituido el tribunal violando la ley. Personas que no podían desempeñar las funciones de camarista, se han permitido hacerlo, suscribiendo sentencias nulas, sin que las partes tuvieran conocimiento de la intromisión del funcionario sino después del fallo. Las repetidas reclamaciones ante la Corte no han dado resultado en la generalidad de las veces. Por arte de birlibirloque se introducían en los procesos individuos que no eran los llamados a intervenir, y, por más esfuerzos que hacía el litigante, nunca prosperaba su recurso, a título de que el caso no estaba dentro del art. 172 de la Constitución. El recurso de inaplicabilidad de ley no prosperaba, por más que se demostrara que cuando el art. 172 de la Constitución hablaba de un *Tribunal colegiado* llamado a entender en la causa, era indispensable saber previamente si estaba constituido con arreglo a la ley. El poderío de juzgar no dimana sino de la *investidura legal*, y no del hecho

*material* de aparecer alguien subscribiendo la sentencia, sin que siquiera se hubiera hecho saber su intromisión indebida en el proceso.

Esto es lo que el nuevo código pone bien en claro, para evitar la repetición de ese hecho. A nuestro juicio no tenía necesidad de decirlo, porque no puede suponerse que un tribunal se constituya violando la ley, arrogándose un individuo el poderío de juzgar. Pero, el hecho rudo ha obligado al legislador a declarar lo que constitucionalmente está implícita y explícitamente estatuido. El art. 349 dispone, pues, que «el recurso de inaplicabilidad procede también cuando el tribunal que ha dictado la sentencia de última instancia *ha sido constituido con violación de la ley*».

El doctor Jofré ha hecho bien. Sin duda algún caso práctico de su larga vida profesional se lo ha aconsejado.

Continuemos ahora con algunos puntos.



## FACULTAD DE RECUSAR



La Cámara 3.<sup>a</sup> de Apelaciones de la Provincia, en La Plata, ha resuelto un caso interesante, digno de estudio, siendo sensible que los ilustrados magistrados no hayan expuesto toda la argumentación en abono de su tesis.

El caso es el siguiente:

¿Puede el ministerio público recusar con causa a los jueces y magistrados?

La Cámara citada dice que no, fundada en el artículo 54 del código de procedimientos penales, que hasta ha poco regía.

En ese artículo se dice que los magistrados «*pueden* ser recusados por el querellante, el procesado o su defensor, y el responsable civilmente, *al presentar su primer escrito, o dentro de los tres días siguientes al del llamamiento de autos*, en su caso»; pero que siendo «la causa sobreviniente, o jurando el recusante haber llegado recién a su conocimiento, *puede hacer uso de este derecho en cualquier tiempo*, antes de pronunciarse sentencia o resolución».



Como se ve, el artículo no dice que *sólo* las personas ahí enumeradas puedan recusar a los jueces y magistrados.

La excepción al principio fundamental de que toda persona que interviene en un proceso, aunque sea accidentalmente, tiene el derecho de recusar al juez o magistrado, debiera establecerse en la ley para que pudiera negársele.

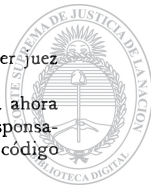
El ministerio público es una parte interesada en todo proceso, a punto que puede ser recusado. De ahí que el legislador nos diga que «*los representantes* del ministerio fiscal podrán ser recusados por las causas determinadas en los artículos anteriores, con excepción de la designada en el inciso 5.º» (art. 51, código citado). Esa excepción es para cuando el fiscal «es o ha sido denunciante o querellante del que lo recusa», como dice ese inciso 5.º

Si los fiscales pueden ser recusados, considerados como partes, y muy esenciales, por cierto, es lógica la consecuencia de que pueden recusar a su vez a los jueces, como partes en los juicios.

La ley no supone que *sólo* sean partes en los procesos el reo, el defensor, el querellante y el responsable civilmente, pues, como puede verse en el art. 50 del dicho código, por repetidas veces se habla, con motivo de las recusaciones, de *alguna de las partes, de alguno que sea parte en la causa*. Y entre esas *algunas de las partes* está el representante del ministerio fiscal.

Y, que es parte, lo acaba de declarar la Corte, como se verá más adelante. En efecto, ella ha declarado que el ministerio fiscal, como cualquier litigante, está sometido a correcciones disciplinarias, que





puede imponer, no ya la Corte, ¡ sino cualquier juez o magistrado !

Con el criterio que combatimos, resultaría ahora que ni el querellante, ni el defensor, ni el responsable civilmente, citados en el artículo 54 del código anterior, podrían recusar a los jueces.

Sólo el reo podría hacerlo ; porque en el art. 26 del nuevo código únicamente se nombra al procesado, si bien es verdad que más adelante, en el artículo siguiente, el 27, ya se nos habla obligadamente del defensor también.

No, la enumeración no ha tendido a designar quiénes pueden recusar, ni a excluir a las demás partes no nombradas. Un propósito ha guiado como allí se ve : el de consignar *la oportunidad* en que *esas partes pueden* deducir la recusación, ya con causa, ya sin causa, cuando esta última se admitía (arts. 26 y 27 del código actual y 54, 55 y 56 del código anterior).

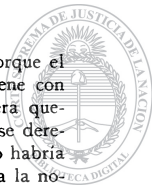
Conviene hacer presente que el querellante ha desaparecido en el nuevo código, razón por la cual no se le nombra, si bien se le da una intervención especial (art. 80).

En este caso, ¿ por qué no podría recusar ?

El legislador ha comprendido que podía hacerlo, y más adelante, en el citado art. 80, le reconoce ese derecho explícitamente, para evitar dudas, dada la intervención restringida del querellante.

Esto prueba que aquel artículo 26 no exceptúa a *las demás partes* cuando allí sólo nombra *al reo*, a los efectos de designar la *oportunidad* para éste alegar la causa de la recusación.

El legislador no ha considerado necesario decir



quiénes son las partes que pueden recusar, porque el principio general es que todo el que interviene con interés en un asunto puede hacerlo. Si hubiera querido que el ministerio público no gozara de ese derecho, así lo habría consignado en la ley. Esto habría sido un absurdo, porque sería echar por tierra la noble misión del ministerio fiscal. Este tiene, no el derecho, sino *el deber*, de vigilar por el cumplimiento de las leyes. Si hay un juez o magistrado que no se excusa, el fiscal debe pedir el cumplimiento de la disposición legal.

El legislador ha declarado energicamente que « los jueces de la Suprema Corte y Cámaras de Apelación, que se encuentren en alguno de los casos del art. 22, *se excusarán dentro de 24 horas de pasados los autos al acuerdo* ; que el presidente, en su caso, se excusará inmediatamente que la causa sea puesta a su despacho ; y que siendo el motivo sobreviniente, el vocal a quien corresponda debe manifestarlo en primera oportunidad » (art. 33 del nuevo código y 72 del anterior).

Luego, si hay un magistrado que no se excusa, debiendo excusarse, es deber del ministerio fiscal deducir la recusación, y traerlo al terreno legal a quien de él se separa. Esto es lo que manda el artículo 65, inciso 4.º, del código de 1896, vigente, en esta parte, de acuerdo con los arts. 818 del código anterior y 459 del actual. En efecto, el art. 65 citado dice terminantemente: que corresponde al ministerio fiscal « *vigilar el fiel cumplimiento de las leyes y reglas del procedimiento* ».

Luego, cuando un magistrado es íntimo amigo o pariente, etc., etc., del reo o de alguna de las par-

tes, el fiscal tiene el deber de recordárselo al magistrado para que se excuse, lo que, en el fondo, importa recusarlo. Es así como se enaltece la noble misión del ministerio fiscal.

Ahora bien, ¿hay algún recurso para ante la Corte contra el fallo de la Cámara de Apelaciones que declara que el ministerio público no puede recusar a los magistrados?

Es lo que dilucidaremos en el capítulo siguiente.



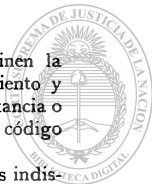


¿Es apelable para ante la Corte el auto de la Cámara que declara que el ministerio público, en materia criminal, no tiene el derecho de recusación, es decir, de obligar a los magistrados a que se excusen cuando hay justos y legítimos motivos para ello?

El recurso de inaplicabilidad de ley es extraordinario. Se rige por leyes especiales. De ahí que el legislador haya sentido la necesidad de definir lo que «*se entiende por sentencia definitiva a los efectos de la procedencia del recurso*». En su virtud, ha dicho que se entiende por tal, y a ese efecto, «la que aunque haya recaído sobre un artículo, termina la causa y hace imposible su continuación» (arts. 549 del código anterior y 348 del código actual).

Las disposiciones, pues, sobre el recurso ordinario de apelación, no se aplican al caso extraordinario. Basta que la resolución recaída en el incidente cierre la discusión para que la sentencia sea definitiva a los efectos del dicho recurso.

El legislador, consecuente con ese criterio, ha indicado expresamente cuáles son los incidentes que



no son objeto de ese recurso, aunque terminen la cuestión. Esos son los relativos al sobreseimiento y a la nulidad de procedimientos en primera instancia o del fallo pronunciado en la misma (art. 348, código actual).

Como se ve, el recurso de inaplicabilidad es indiscutible.

Sin embargo, se ha presentado algún caso en la práctica; y los tribunales, incluida la misma Corte, han creído interpretar bien la ley restringiendo el dicho recurso.

«Las resoluciones que recaigan en el incidente de recusación causarán ejecutoria», decía el art. 71 del código anterior; luego, de aquí se deducía que no había ningún recurso para ante la Corte.

Esto se ha alegado durante la vigencia del código viejo. Hoy se ha suprimido ese artículo en el nuevo código. Lo único que en éste se dice ahora, es: «Cuando en el escrito de recusación no se alegare determinadamente alguna de las causas comprendidas en el art. 22, o se presentase fuera de la oportunidad, designada en las disposiciones precedentes, será desechada por el juez o tribunal, *sin darle curso*» (artículo 30).

No se dice, como se ve, si es o no apelable *ordinariamente* la resolución recaída sobre *el fondo de la causa de recusación*. Sólo la niega cuando no se han llenado ciertas formalidades mencionadas en el articulado.

Sobre la sentencia definitiva pronunciada respecto al *fondo* de la cuestión, no lo deniega.

El principio general es que toda providencia es apelable, salvo que la ley diga lo contrario *expresamente*.



*mente*. Los jueces superiores se han creado para deshacer los yerros que puedan cometer los inferiores. Esta misión no la llenan sino cuando el legislador no les ha querido dar jurisdicción, coartándoles la que ampliamente tienen por la Constitución y las leyes de su creación.

Sin embargo, este principio fundamental se desconoce en el código vigente, tratándose del recurso ordinario de apelación, pues en el art. 295 se dice que «sólo se otorgará de las sentencias definitivas», y que «las *demás resoluciones* sólo son apelables cuando *expresamente* se declara procedente el recurso en este código, o se acuerda el de nulidad».

Como se ve, el legislador ha alterado el principio general. Ahora, todo auto interlocutorio es inapelable, salvo que *expresamente* se conceda.

Es sensible que se haya alterado la doctrina. Es más lógica la que sostiene que la apelación no procede sino cuando expresamente se deniegue, por razones especiales. Toda providencia que cause agravio debe ser apelable, salvo denegatoria *expresa*.

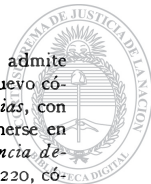
Pero esta disposición legal rige sólo para el recurso *ordinario* de apelación. El *extraordinario* de inaplicabilidad de ley, ya hemos visto que no se deniega, sino que se concede en los *artículos* que terminan la causa y hace imposible su continuación. Se considera la resolución sobre el artículo como si fuese una *sentencia definitiva*. Luego, hasta podría sostenerse que por el mismo art. 295 citado sería apelable, porque la sentencia es *definitiva* para la ley, y el recurso *ordinario* procede en este caso.

Pero, no ha de olvidarse que el recurso *ordinario* denegado por el código anterior, y aun por el actual,



a estar a su silencio, es el que recae sobre el *fondo de la causa de recusación*, después de producida y estudiada la prueba en la sentencia definitiva. Esta es la sentencia que *causa ejecutoria*, según decía el artículo recordado del código anterior, en virtud del cual hemos visto resolver el punto de que aquí hablamos, es decir, si el ministerio público *tiene personería*, o facultad legal para recusar a los miembros de una Cámara, o sea, para obligarlos a que cumplan la ley, excusándose. Esta es una cuestión que no versa sobre la *causa de la recusación*, que era lo único inapelable, según la antigua legislación. Se trata de otra cuestión: la de la personería del ministerio público, la de si tiene facultad para hacer cumplir los preceptos imperantes, o si debe guardar silencio ante la violación de leyes de orden público. No se trata, por parte del juez, de estudiar la prueba presentada sobre la causa de recusación, y luego fallar. Nada de esto se discute en el presente caso, al promoverse *de oficio* la cuestión de la facultad del ministerio fiscal. Lo que *causa ejecutoria* es la sentencia sobre *el fondo*, no la dictada sobre la facultad legal del ministerio público para obligar a los jueces a que se excusen, resuelta *de oficio*, sin discusión al respecto. Por consiguiente, es inaplicable el artículo citado, aun en el caso de tratarse de un recurso ordinario de apelación. La cuestión sobre personería del ministerio público no es la cuestión de recusación. Se trata de una excepción dilatoria sobre personería, para cuya resolución se aplican los artículos especiales que entonces regían el caso: «El auto resolviendo el artículo *será apelable en relación* dentro del tercer día» (art. 671, código anterior).





Pero hay más. La cuestión de personería admite el recurso ordinario de apelación, según el nuevo código, porque ella, como todas las demás *previas*, con excepción de la incompetencia, deben proponerse en el escrito de defensa y resolverse en la *sentencia definitiva*, que es apelable *ordinariamente* (art. 220, código de procedimiento penal vigente).

Queda, pues, demostrado que en materia penal es apelable para ante la Corte el auto de la Cámara, que declara que el ministerio público carece de facultad y de personería para obligar a los magistrados a que cumplan con la ley que les mande se excusen cuando median justas y legítimas causas, las que deben estudiarse por el juez competente, cuyo fallo, entonces, sobre *el fondo*, sería inapelable.

Y todo esto, porque, como lo recordamos en nuestro artículo anterior, el ministerio público tiene el deber de «vigilar el fiel cumplimiento de las leyes y reglas del procedimiento».

## CAUSAS DE RECUSACIÓN



El legislador nos enumera en el nuevo código de procedimiento penal las causas de recusación. Estas *sólo* pueden ser las allí indicadas (arts. 21 y 22). Con este adverbio *sólo*, cierra la puerta a toda otra causa de recusación muy digna de estimarse. *Lasciate ogni speranza!*

El codificador, en esta parte, nada ha innovado. Ha dejado las cosas como estaban. Sin embargo, bien pudo hacerlo teniendo en cuenta antecedentes judiciales, alguno de ellos muy llamativo e interesante, hecho público en no muy lejana época.

En 1906 se reformó el código de procedimiento civil, y en él se consignó que era causa de recusación la *enemistad*, odio o resentimiento por hechos conocidos, *con el letrado*. Otro tanto en cuanto al parentesco de consanguinidad y afinidad, dentro del cuarto y segundo grados respectivamente, *con el letrado* (artículo 397, incisos I y II, C. P. C.). El código de procedimiento penal de 1896 reconocía esta última causa, haciéndola extensiva al *representante* de alguna

de las partes, pero no de la de *enemistad con el letrado* (art. 53, incisos 2 y 13), y ya veremos por qué.

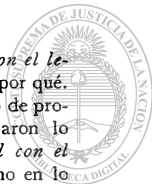
Luego, cuando vino la reforma del código de procedimiento penal, en 1906, las cosas quedaron lo mismo. Para nada se habló de la *enemistad con el letrado defensor del reo*, como se había hecho en lo civil (art. 50, código anterior).

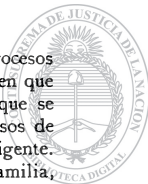
Viene ahora la nueva reforma y nada se innova.

Tenemos, pues, que un funcionario puede ser enemigo del defensor del reo, y está obligado a intervenir en la causa, porque la ley dice imperativamente que «sólo pueden ser recusados por las causas enumeradas en esta ley». Y lo que decimos de la enemistad, lo mismo lo decimos de la amistad íntima, nacida, por ejemplo, del vínculo de consanguinidad o afinidad entre las esposas del funcionario y del letrado, como sucede en el caso público y notorio en Babía Blanca, de un miembro de la Cámara de Apelaciones con tres letrados de aquel foro.

El legislador no ha creído conveniente incorporar al procedimiento penal lo que existe en lo civil. Ha sido un error, pues no sólo ha debido incluir lo de la *enemistad*, sino ampliar el pensamiento y extenderlo hasta la *amistad íntima* con el letrado. En materia criminal el verdadero dueño del proceso es el defensor. Éste se encuentra vinculado al reo por ministerio de la ley. Es el defensor obligado del delincuente. Hay, pues, una razón más poderosa que en lo civil para declarar que es causa de recusación la amistad o enemistad con el defensor.

Es sensible que el legislador no haya incorporado al código el llamado *derecho de abstención*, tan útil en la práctica, con el cual se evita que hombres dig-





nos, de verdadera sensibilidad, entiendan en procesos donde su delicadeza está en juego. Hay casos en que un juez no puede caballerescamente declarar que se encuentra comprendido en algunos de los incisos de la ley, como lo manda el art. 33 del código vigente. Un secreto, que afecta la dignidad de una familia, puede impedirselo. Puede suceder que quien se presente litigando ante él sea nada menos que el hijo del magistrado, cuya revelación arrojaría una mancha sobre determinada familia. Existen en la vida hechos de delicadeza suma, no previstos en la ley, que colocan al juez en el caso de pedir se le conceda el derecho de abstenerse en el conocimiento del asunto. Ese derecho de abstención es reconocido en varias naciones. Entre nosotros debiera consignarse en el código, ya que se ha persistido en el vetusto sistema de enumerar las *únicas* causas que pueden dar derecho a que un juez se excuse o se le recuse, con olvido del sinnúmero de hechos que decisivamente influyen para arrastrar a un hombre a faltar a sus deberes, cuando está de por medio la pasión.

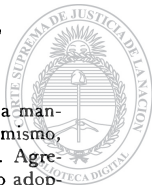
El mejor sistema, y el mejor procedimiento, a nuestro juicio, habría sido el de no enumerar las causas de recusación, sino dejar al litigante el derecho de exponerlas, fueran cuales fueren. Al pie de este escrito vendría el informe del juez o magistrado, quien debería manifestar si, a pesar de todo, deseaba continuar interviniendo en el conocimiento de la causa. Si el recusado era un juez, la Cámara, sin más trámite, resolvería, fundada en su conciencia de hombre, si la causa la consideraba noble y admisible. Si lo consideraba así, y de los antecedentes e informes del juez aparecía probada, resolvería en el mismo

auto. Si no, pediría la prueba y luego fallaría. Igual procedimiento debería seguirse, pero ante la Corte, cuando fuera recusado un camarista. ¡Debería desaparecer ese procedimiento de dar a *los compañeros* del recusado intervención en asunto tan grave!

Creemos haber demostrado que en el sistema de enumeración de las causas de recusación, han debido incluirse las relativas a la amistad o enemistad con el defensor del reo, y que mejor habría sido dejar amplia libertad al interesado para alegar la que tuviera, confiando la solución a la conciencia del hombre pun-donoroso.



## RECUSACIÓN DE SECRETARIOS

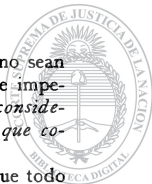


Es sensible que en el nuevo código se haya mantenido una disposición que riñe con otras del mismo, y con lo que, a nuestro juicio, dicta la razón. Agregaremos más, que está en pugna con el criterio adoptado por el propio codificador.

En el art. 25 se dice que « los secretarios de la Suprema Corte y de las Cámaras de Apelación *no son recusables*, pero que deberán manifestar toda causa de impedimento que tuvieren, para que, tomada en consideración por la Corte o Cámara que conozca del pleito, provea lo que corresponda ».

Nadie puede desconocer la influencia que tiene un secretario de la Corte o de la Cámara, en los procesos. No hay más que recordar las palabras del doctor don Ezequiel A. Pereyra, pronunciadas, al respecto, en la Constituyente de 1873. El nos decía, en aquellos días, cuáles eran las atribuciones importantes de esos secretarios, en especial los de la Suprema Corte, como puede verse en la sesión del 19 de septiembre de 1873.

De aquí que el legislador, al sancionar el código,



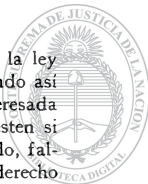
nos haya dicho que esos secretarios, aunque no sean recusables, *deberán* manifestar toda causa de impedimento que tuvieren, para que *tomada en consideración* por la Corte o la Cámara, *provea lo que corresponda*.

A estar a la letra del artículo, parecería que todo queda librado a la voluntad del secretario, es decir, que de él dependería intervenir en la causa del padre, del hijo, del enemigo, del deudor, del acreedor, de su esposa, etc. ; es decir, que si él no denuncia el impedimento, nadie puede alegarlo.

¿ Será esto cierto ante la ley y ante la razón ? ¿ Si un funcionario *debe* hacer una cosa, y no la hace, será posible que ese *deber* no esté en relación con un *derecho* por otra parte ?

Todo deber es correlativo de un derecho. Si el funcionario está *obligado* a manifestar la causa de recusación, fiando el codificador en su caballerosidad, mas no lo hace, el litigante tiene el *derecho* de denunciar la falta al cumplimiento de su *deber*, y decirle al tribunal : « Lo que el funcionario no hace, yo lo hago, y vengo a comunicar a V. E. que el secretario oculta la circunstancia de ser hermano, acreedor, padre, hijo, etc., del procesado, por lo que no puede intervenir en el juicio. » Ante semejante denuncia, no habría tribunal de hombres honrados que no se alarmara, y no llamara a su secretario para averiguar el grado de verdad, y resolver. Si no lo hiciera, tendría la parálisis de la complicidad. ¡ Sería tan culpable como el ocultador !

De aquí resulta que es una anomalía aquello de decir que no son recusables los tales secretarios, pero que están en el *deber* de manifestar las causas de



impedimento. Si lo están, son recusables ante la ley cuando a sí mismos no se denuncian, incurriendo así en doble falta. Y si no lo hacen, la parte interesada tiene el derecho de obligarlos a que manifiesten si hay causas de impedimento. Y si al manifestarlo, faltan a la verdad, el dueño del litigio tiene el derecho de así expresarlo al Tribunal para que éste averigüe el hecho.

Alguna sanción ha de tener la ley, cuando obliga al funcionario a hacer aquella manifestación, y éste no la hace, o la hace falsamente. Y esa sanción está prevista en el art. 66 del código que estudiamos, cuando dice que «un secretario que demora la notificación, el libramiento de oficios, la remisión de expedientes al juez o tribunal a quien corresponda, o cometa otras faltas análogas, será apercibido la primera vez por su superior inmediato y suspendido hasta por quince días en caso de reincidencia».

Tenemos, además, que es una incongruencia de la ley admitir la recusación del *secretario de primera instancia*, y no admitir la del de la Corte o Cámara (art. 32).

En el caso, creemos que no se ha detenido el pensamiento del codificador a meditar bien el punto, y ha tomado las cosas tal como estaban, sin darle mayor importancia al hecho. Si se hubiera pensado hondo, estamos seguros que se habría buscado el medio de conciliar el deber en que está el funcionario de manifestar la causa de impedimento, con el *derecho* que tiene el litigante a exigir se haga esa manifestación, que, en el fondo, viene a ser el derecho de recusación.

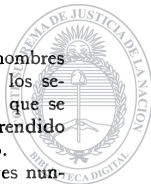
Terminamos sosteniendo que el artículo en cues-



ción no puede dar derecho a un tribunal de hombres honrados para decir: «No siendo recusables los secretarios, no podemos dar curso al escrito en que se pide se manifieste si el funcionario está comprendido entre algunas de las causas de impedimento».

Y esto, porque el cumplimiento de las leyes nunca queda a voluntad de las partes, según lo dice un artículo del código civil. ¡Y esta resolución inconcebible ante la lógica, y ante la moral, la hemos visto sostener ante nuestros tribunales!

Lástima que el talentoso doctor Jofré, autor del nuevo código, no haya desentrañado la causa de ese mal para ponerlo en evidencia y así arrojarlo al fondo del olvido procesal.



## LOS CAREOS Y LA INDAGATORIA



El codificador ha creído necesario se interroge al procesado por su nacionalidad, lo que no se hacía a estar al art. 387 del código anterior (art. 121, nuevo código). Sin embargo, esa exigencia no se lleva hasta el testigo (art. 144), respetando así lo expuesto en el código reformado (art. 333, código anterior). Creemos que hubiera sido útil mandar se preguntara a los testigos por su nacionalidad.

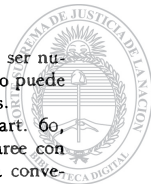
Muy atinada es la redacción del artículo relativo a los careos. Con ella se pone punto final a una cuestión que ha tiempo se planteó en nuestros tribunales. Se recordará que la Cámara de Apelaciones de Costa Sur sostuvo que eran nulas las sentencias pronunciadas por el señor juez del crimen, a causa de no haber careado, en algunas de ellas, a los testigos, entre sí, o con el reo. El juez citado sostuvo, en publicaciones que entonces tuvieron su popularidad, que era un error evidente el de la Cámara, pues si bien la ley hablaba de careos *entre testigos* que discordasen, en cuyo caso el juez «*procederá* a carearlos», y del careo con el procesado que «*podrá* tener lugar de



oficio o a petición del reo» (arts. 256 y 262 del código de 1896), no había disposición que expresamente declarara nulo el procedimiento. Luego, reformado este código, en 1906, sólo se mantuvo el artículo que hablaba del careo de los testigos, y suprimió el referente a los procesados con éstos. Y ahora, en 1915, se nos dice, que toda vez que durante la instrucción, el juez estimase que por medio de los careos puede llegar al descubrimiento de la verdad, «podrá proceder a practicarlos» (art. 150, código actual).

Esta es la verdadera solución del caso. No deben limitarse los careos. El juez puede decretarlos cuando lo estime, y con cualquiera. Y lo hará durante la instrucción. No tiene más norma de conducta que la trazada para la averiguación de la verdad. Si estima que a ella puede arribarse, lo decretará; si no, no. Esta amplia libertad dada al criterio del juez es la más acertada. En la instrucción de un sumario prima mucho el talento del juez instructor, el cual no debe estar coartado en sus procedimientos.

La tesis sostenida por el doctor Jofré es la misma que sostuvimos cuando éramos juez del crimen en Bahía Blanca. El resultado de aquella disparidad de ideas, entre el juez y los magistrados, fué, que con tales nulidades pronunciadas, de oficio, por la Cámara, en los juicios de los *cacareos*, como entonces se dijo, los procesos demoraran, con perjuicio de los procesados, y, para descrédito de la administración de justicia, sin que las cosas cambiaran en absoluto. Felizmente, ahora el punto se ha aclarado y a nadie se le ocurrirá decretar de oficio la nulidad por falta de careo. Y lo ha aclarado el doctor Jofré, no porque no estuviera claro en el anterior código, desde que no

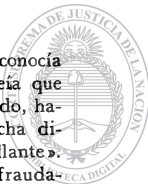


había un artículo que *expresamente* declarara ser nulo el procedimiento seguido, en cuyo único caso puede *de oficio* hacerse tal declaración por los jueces.

Esa declaración está de acuerdo con el art. 60, que autoriza al acusado «para pedir se le caree con los testigos de cargo». Si el juez no estima conveniente ordenar, de oficio, el careo, o si el interesado no lo pide, en uso de un derecho indiscutible, nadie podrá en adelante declarar la nulidad, ni ningún interesado pedirla. Sólo en el caso de hacer uso de su *derecho* el *reo*, estará el juez en el *deber* de acceder a ello.

Muy plausible es la resolución de poder el particular damnificado concurrir al acto de la indagatoria del prevenido (art. 80, inciso 30), aunque no se admita al querellante en los juicios que dan lugar a la acción pública. Esta es la buena tesis. Recordamos que fué la sostenida por el señor juez doctor Gallegos en la capital, la cual no prosperó entonces, porque la Cámara la revocó. El doctor Gallegos se fundaba en el texto del art. 203 del código de procedimiento penal. La Cámara sostuvo que «la indagatoria, al mismo tiempo de ser un medio de defensa, es medio de descubrir la verdad», de donde se desprendía, decía, «que solamente el juez, secretario y ministerio fiscal, pueden presenciarse». Esto era un error, pues el damnificado está en muy buenas condiciones para ayudar a descubrir la verdad. La Cámara consideraba innecesaria la presencia del querellante, y tenía en cuenta, sólo *el interés* del acusado. Creía que la presencia del querellante «podía alterar la serenidad del reo e impedir la libertad de sus respuestas».

Con este criterio, bien podían suprimirse los  
COMENTARIOS.—3



reos y las audiencias públicas. La Cámara reconocía que no había ley que lo prohibiera, pero creía que «la reserva del sumario y el interés del acusado, hacían más que conveniente, necesario, que dicha diligencia fuera recibida en ausencia del querellante».

Todo esto se habla en la querella por defraudación seguida por don Domingo Nocetti contra doña María Vaini de Berisso. ¡Felizmente, aquellos argumentos no han hallado eco en el espíritu del doctor Jofré, y el particular damnificado podrá, no sólo asistir a la indagatoria, sino solicitar diligencias, pedir embargo, recusar, activar el procedimiento, apelar y decir de nulidad del sobreseimiento y de la sentencia absolutoria de Primera Instancia (art. 80), y hasta recusar !

Tratemos ahora este punto :

¿ Puede ser recusado un juez cuando tiene interés en una sociedad anónima ?

El código dice que no. Veamos.

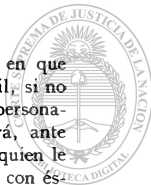
## SOCIEDADES ANÓNIMAS Y JUECES



El inciso 10 del art. 22 del código nuevo, al igual del anterior, nos dice que es causa de recusación, «*tener comunidad o sociedad con alguna de las partes, excepto si la sociedad fuere anónima*».

Es opinión generalmente admitida que el juez poseedor de acciones de una sociedad anónima no puede ser recusado. No hay un vínculo personal que lo pueda llevar a faltar al cumplimiento de sus deberes. Esto es muy cierto en teoría, pero no es eso lo que sucede en la práctica. Si bien las personas jurídicas son independientes de los individuos que las administran, el hecho real y verdadero es que sus directores o gerentes son quienes influyen en todas sus resoluciones, donde aparecen las pasiones personales.

Cuando un juez o magistrado va a solicitar del gerente de un Banco el préstamo de una suma de dinero, no es la persona jurídica, para él, quien la presta, sino la real de carne y hueso, llamada don N. N. El servicio se lo debe a este caballero, y de ahí su vínculo de amistad o de gratitud. Si mañana se



dilucida en juicio, ante ese juez, un asunto en que está interesado el dicho Banco, es muy difícil, si no imposible, para el magistrado, desdoblarse la personalidad del gerente. Éste será quien aparecerá, ante sus ojos, al repasar las fojas del proceso, y quien le decidirá a faltar a sus deberes. ¡Y si cumple con éstos, fallando en contra de esa sociedad anónima, ya se encargará el gerente del establecimiento de anotarlo en el *index*, para no concederle crédito, y hasta cortarle el que tenía !

Esto es lo que sucede en la práctica. Conocemos casos varios, de los cuales sólo queremos citar uno. El directorio del ferrocarril del Sur envió, por resolución especial, un *pase* en sus trenes a determinado juez del crimen de la provincia de Buenos Aires. Y se lo envió, no porque éste lo *pidiera*, sino porque el dicho funcionario *preguntó* si el ferrocarril estaba a su disposición para el *desempeño de funciones judiciales*. El directorio ordenó al superintendente de aquella zona fuera él personalmente a entregar el *pase*, lo que así hizo, en términos elogiosos y merecidos para el juez. Al poco tiempo, éste pronunció un fallo contra las pretensiones del ferrocarril, y además, tuvo un incidente personal, por otra causa, con el gerente, en esa localidad, de donde dimanó que cesaran todas las consideraciones con el funcionario, quien, debemos apresurarnos a decirlo, *nunca usó el pase*, ni se preocupó de renovarlo al terminar el año, como se lo había indicado el superintendente.

Ahora bien, ¿es posible suponer que ese funcionario, en tales condiciones, conserve independencia bastante para fallar una causa en que esté comprometido el ferrocarril? ¿Es posible que el juez, accio-



nista de un ferrocarril, prescinda de sus intereses personales al resolver una cuestión que afecta a la sociedad?

Lo que en la práctica sucede, es que las empresas de ferrocarril facilitan la locomoción a los funcionarios que le son adictos, y de los cuales necesitan en sus operaciones, llenando de atenciones hasta a los empleados inferiores, como ser, los secretarios de los juzgados federales, donde tramitan los juicios de expropiación de tierras necesarias a su vía. Así estas empresas corrompen o aspiran a corromper la justicia. Son un Estado dentro de otro Estado, como consecuencia de habernos visto en la necesidad de entregar a empresas particulares las vías de comunicación.

La vinculación, pues, con el representante de la sociedad anónima no debe despreciarse. Así como el legislador ha previsto el caso del parentesco, la amistad o enemistad con el *representante* de alguna de las partes, debiera también tener en cuenta el vínculo con el *representante* de la sociedad anónima. Lo que ha de preocupar es la pasión humana, para contenerla.

Una reforma digna de aplauso es la referente a las medidas a adoptarse para comprobar la identidad del procesado.

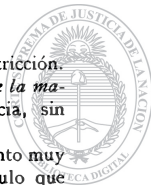
El que deba ser examinado, dice el art. 132, puede elegir el punto en que quiera colocarse entre los que le acompañan, y pedir que se excluya de la reunión a cualquier persona que juzgue sospechosa.

Es una garantía para el procesado. Sin embargo, se dice que «el juez podrá limitar el uso de ese derecho cuando crea que se obra con malicia». Hubiéramos



mos deseado que no se estableciera esta restricción. Al reo debe dejársele libre hasta el *derecho de la malicia*. Toca a los jueces ponerla en evidencia, sin coartarla.

Dicho esto, pasemos a ocuparnos de un punto muy fundamental: si es inconstitucional el artículo que excluye de los beneficios de la libertad provisoria a los autores del delito de simple hurto.



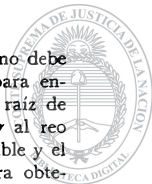
## LIBERTAD BAJO FIANZA



El art. 172 del nuevo código dispone que «no gozarán de los beneficios de la libertad provisoria los autores de delitos de robo o *hurto*».

¿Es constitucional esta disposición? El artículo 19 de la Constitución dice que «será excarcelada o eximida de prisión toda persona que diere fianza suficiente para responder de los daños y perjuicios, fuera de los casos en que por el delito merezca pena corporal aflictiva cuya duración *exceda de dos años*».

Ahora bien, el delito de hurto simple se castiga con *uno a tres años de prisión*, según el artículo 22 de la ley de reformas, número 4189, del Código Penal. Por consiguiente, el procesado tiene derecho a la excarcelación. El propio legislador se encarga de decirnos, en el citado artículo 172 del código, que la detención procede «si se tratare de delitos castigados con pena superior a dos años de prisión *en su término medio*». Luego, como el término medio del delito de hurto simple es el de dos años, es indiscutible que, con arreglo a la Constitución y a la ley, la libertad provisoria procede en el caso.



Ahora bien, por el nuevo código, el juez no debe esperar a que se solicite la excarcelación, para entonces declarar si procede o no, sino que, a raíz de la declaración indagatoria, debe «comunicar al reo si el delito por que se le procesa es excarcelable y el monto de la caución que deberá prestar para obtener la libertad provisoria, cuando no proceda la libertad sin ese requisito» (art. 128).

La situación en que la ley coloca al juez es aparentemente difícil, pues se encuentra en la disyuntiva de violar la Constitución o la ley, de oficio, sin que el litigante haya promovido la cuestión. En este caso, desde que la ley le manda se expida de oficio, declarando si es o no excarcelable el reo, no hay prejuzgamiento, sino un fallo *especialísimo*, dictado sin forma de proceso, y sin oír a las partes interesadas.

Luego, pronunciado ese llamado fallo, ¿es apelable, ya sea por el fiscal, o por el procesado, según sea a quien agravie?

El codificador moderno ha declarado, como ya hemos visto, que «sólo es apelable la sentencia definitiva, y que las *demás resoluciones* sólo lo son cuando *expresamente se declara procedente el recurso en el código* o se acuerda el de nulidad» (art. 295).

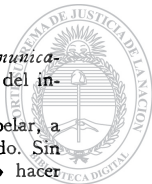
En el artículo citado del código no se declara *expresamente* que sea apelable la manifestación del juez, *comunicando* al reo que no puede ser excarcelado o que puede serlo. Tampoco se dice si esa *comunicación* será verbal, o si se dejará constancia de ella en el acta levantada para la declaración indagatoria. Es de suponerse que así se haga, por ser esa la práctica constante respecto de otros detalles, como el del nombramiento de defensor. Y así debe ser, por

lo que más adelante exponemos, pues esa *comunicación*, o *declaración*, como veremos, es la base del incidente de fianza.

Pues bien, ni el fiscal ni el reo podrían apelar, a estar al vacío que se nota en el artículo citado. Sin embargo, tratando, como es natural, de no hacer contradecir al codificador, o de no encontrarse en un renuncio, se ha de recurrir, para comprender el caso, al título «Libertad bajo fianza o caución». Y allí se hallará que el legislador dice que «si se hubiese DECLARADO, en la oportunidad que determina este código, la procedencia de la excarcelación bajo fianza, se acordará ésta en la forma que se determinará en los artículos siguientes» (art. 388).

Luego, de aquí se deduce que no se trata de una simple *comunicación* al procesado en el acto de la indagatoria, sino de una *declaración*, la cual servirá para iniciar el incidente de excarcelación. Esa declaración, pues, no es ningún prejuzgamiento. Debe venir luego el *auto* que la decreta o deniegue, el cual puede ser reformable de oficio, o a instancia de parte. No causa instancia, pero, eso sí, es apelable dentro de 24 horas, en relación (art. 391).

Luego, ni el fiscal ni el rec tienen para qué apelar la *comunicación* o *declaración* que el juez hiciere en el momento de tomarle la indagatoria al reo. Esto no es sino una manifestación que no causa instancia. Más tarde, cuando se *pida* la excarcelación, vendrá el *auto*, y será entonces la oportunidad para que las partes inicien la cuestión de la constitucionalidad del artículo que niega la libertad provisoria al procesado por el delito de hurto simple. Y, como aquella comunicación o declaración no causa instan-



cia, ni es un prejuizgamiento, el juez qñe la haya hecho puede volver sobre sus pasos al dictar *el auto*, en el expediente respectivo, como dice el citado artículo 391.

De esta manera quedaría preparado el recurso de inconstitucionalidad para ante la Corte, en caso necesario, según fuera el fallo de la Cámara, porque, desde un principio, se habría discutido la constitucionalidad de la ley (art. 157, inciso 1.º de la Constitución).

Dicho esto, nos preguntamos :

¿ Ha debido derogarse todo lo relativo al sobreseimiento provisorio ?

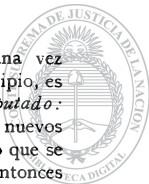


## SOBRESEIMIENTO PROVISORIO



Las consideraciones que vamos a exponer sólo se refieren al caso de haber *algún imputado*, como dice el artículo 381 del moderno código de procedimiento penal.

El codificador ha considerado prudente mantener el arcaísmo judicial del sobreseimiento provisorio, en caso de existir *algún imputado*. Esto choca con el principio fundamental, de tiempo atrás incorporado a nuestra legislación, de que no hay *absolución de la instancia*, es decir, que debe en todos los casos pronunciarse sentencia, condenando o absolviendo. Y esto, sin esas declaraciones indebidas e innecesarias, que hemos visto usar en algunos fallos, de absolver por *no encontrar prueba legal*. A nadie puede ocurrírsele que un juez condene *sin* prueba legal, o absuelva *habiendo* prueba legal para penar. Lo que un juez hace, está fundado en la ley, a la cual únicamente debe atenerse, porque no procede como jurado, como hombre bueno, con su conciencia individual, de la cual para nada ha de hablar en su fallo, salvo que así se preceptuara, como sucede ahora en el caso restringido del procedimiento oral, del cual ya nos ocuparemos.



Mantener el sobreseimiento provisorio, una vez abolida la absolución de la instancia, en principio, es una chocante contradicción. Decirle a un *imputado*: «queda el juicio abierto hasta la aparición de nuevos datos o comprobantes» (art. 382), es lo mismo que se le decía antes al absolverlo de la instancia. Entonces el juez expresaba en la sentencia que no condenaba por falta de pruebas, pero que el proceso quedaba abierto hasta encontrarlas o hasta que se produjera la prescripción de la acción.

Esto último es lo que el codificador hace ahora, aunque restringiendo los términos establecidos en el Código Penal a los efectos de prescribirse la acción para acusar.

En esto no hay una violación de la ley de fondo. El Código Penal sólo puede dictarlo el Congreso Nacional, dado el régimen federal adoptado en nuestra Constitución. En dicho Código Penal se legisla lo relativo a los términos para prescribirse la acción acusadora, por ser el Congreso el único competente para ello. Las Provincias pueden dictar sus códigos de procedimiento, pero no pueden invadir las atribuciones del Poder Federal.

Pues bien, el artículo 80 del Código Penal dice que «el derecho de acusar se prescribe: 1.º Por delitos que tengan pena de muerte, presidio o penitenciaría por tiempo indeterminado, *a los quince años*; 2.º Por delitos que tengan pena de presidio o penitenciaría por tiempo determinado, *a los diez años*; 3.º Por delitos que merezcan pena de prisión, *a los tres años*, y de multa o arresto o inhabilitación, *al año*».

El codificador provincial altera ahora esta prescripción del Código Penal, y nos dice en el artícu-



lo 381 que el sobreseimiento provisorio se convierte «en definitivo si no se avanza la investigación en los plazos siguientes: 1.º *A los tres años*, si se tratare de delito a que habría podido corresponder pena de muerte, presidio o penitenciaria por más de diez años; 2.º *A los dos años*, en las penas de presidio o penitenciaria por tiempo menor; 3.º *Al año* si se tratare de la pena de prisión, y a los *seis meses* en caso de arresto o multa».

No prevé la *inhabilitación*, que fué agregada al art. 80 del Código Penal, de acuerdo con la ley de Reformas número 4189.

A título de legislar el procedimiento del sobreseimiento, se deroga un artículo del Código Penal, y se invade la facultad del Congreso Nacional en materia de prescripción de la acción para acusar. Así se alteran los plazos establecidos, disminuyéndolos de 15, 10, 3 y 1 años, a 3, 2 y 1 años y 6 meses, respectivamente.

El codificador reconoce, en el fondo, que este sistema arcaico del sobreseimiento provisorio, debe desaparecer; por lo que, después de todo, declara que «en cualquier tiempo, el acusado podrá someterse a juicio para que la causa continúe y se falle con arreglo a derecho». Más aún: que «en ningún caso podrá decretarse el sobreseimiento provisorio sin la conformidad del procesado, quien deberá manifestarla en el acto de la notificación. Si estuviere disconforme, el sobreseimiento quedará sin efecto y la causa seguirá adelante. Esto último es sin perjuicio del recurso de apelación o nulidad» (arts. 380 y 382).

En las cuestiones criminales está de por medio no sólo el interés del particular, sino el interés pú-





blico. Se trata de leyes de orden público, dictadas para garantizar la libertad, el honor, la propiedad de las personas. No son renunciables, ni aun aquellas que *aparentemente* puedan referirse sólo al interés del individuo. La sociedad le garante, porque a ello está obligada, sus libertades y sus derechos, y *no le permite* que los renuncie, porque dentro de ellos está el orden público. Aunque *el imputado* diga: «Yo quiero permanecer con la espada de Damocles encima, y acepto el sobreseimiento provisorio, renunciando hasta el derecho a la prescripción de la acción para acusar, y aun la de la pena»; la sociedad le contesta: «Usted no puede renunciar las leyes de orden público, ni permanecer en la cárcel aunque lo quiera; el legislador ha abolido la absolución de la instancia, y, por consiguiente, no es su voluntad, la que debe imperar, sino la de la ley, que manda que todo habitante debe ser absuelto o condenado al pronunciarse la sentencia definitiva, que tal lo es la del sobreseimiento definitivo, de carácter irrevocable, como lo dice el art. 382 del código vigente.»

Creemos, pues, que es indiscutible que se ha invadido la facultad del Congreso Nacional, y que debe desaparecer del código el sobreseimiento provisorio en caso de haber *algún imputado*.

Planteemos ahora esta cuestión:

¿Debe paralizarse un proceso criminal en el caso de tratarse de una cuestión prejudicial perfecta, es decir, que se inicie el juicio de adulterio y aun no se haya declarado el divorcio por la autoridad civil, o se tratare de la validez o nulidad del matrimonio o de la calificación de las quiebras de los comerciantes?

Será lo que estudiaremos en el próximo capítulo.

## CUESTIONES PREJUDICIALES

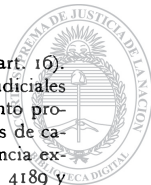


El codificador declara que procede el sobreseimiento provisorio «en el caso en que se hiciera lugar a una cuestión prejudicial perfecta» (art. 379, inciso 4.º).

Es de advertirse que para este caso no rige lo relativo a la prescripción para acusar (art. 381).

El codificador no indica el procedimiento a seguirse, en caso de no iniciarse el juicio ante el juez civil. Antes, la suspensión del proceso duraba hasta la resolución de la cuestión previa, fijándose un plazo que no excediera de dos meses para que las partes acudieran al tribunal civil o contencioso-administrativo competente, transcurrido el cual, sin que el interesado acreditara haberlo utilizado, el proceso se llevaba adelante. Las únicas cuestiones prejudiciales perfectas, de carácter civil, eran las enumeradas taxativamente en el código. Su decisión por el juez de lo civil servía de base al de lo criminal (arts. 45 y 46, código anterior).

En el nuevo código se dice que «la competencia de los tribunales encargados de la justicia penal no se extiende a las cuestiones a que se refiere el artícu-



lo 1104 del código civil y 18 de la ley 4189» (art. 16).

Estas, como se ve, son las cuestiones prejudiciales perfectas que ahora autorizan el sobreseimiento provisorio. El anterior código sólo hablaba de las de carácter civil en general, y el nuevo hace referencia expresa a ellas cuando cita el art. 18 de la ley 4189 y el art. 1104 del código civil.

El art. 1104 del código civil nos dice que «no habrá condenación en el juicio criminal, antes que la sentencia civil hubiere pasado en cosa juzgada» y que las cuestiones prejudiciales serán *únicamente* las que versaren sobre la validez o nulidad de los matrimonios y sobre la calificación de las quiebras de los comerciantes.

Es conveniente recordar que el legislador civil reconoce que la sentencia en lo criminal puede ser distinta a la pronunciada en lo civil, aunque ésta conserve todos sus efectos (art. 1106).

Desde luego, resulta que por el nuevo código se considera cuestión prejudicial la relativa a la calificación de la quiebra del comerciante. Esto es un error. Al citarse este art. 1104 ha debido exceptuarse esa parte. Antes de la actual ley de quiebras el juicio sobre la calificación de éstas estaba entregado a lo civil. El mismo juez de comercio entendía de ella. De ahí que al dictarse el código civil se declarara aquello. Pero, hoy, con la nueva ley de quiebras, sancionada por el Congreso el 23 de diciembre de 1902, ley número 4156, ya no entiende en el dicho juicio sino la autoridad criminal (art. 1513, ley citada). No hay, pues, ninguna cuestión prejudicial perfecta de esa índole sometida a la autoridad civil. Puede discutirse ante el juez del crimen cualquier cues-

tión contra un comerciante fallido sin aguardar a fallo alguno en lo civil. No hay posibilidad de sobreseimiento provisorio.

El art. 18 de la ley 4189 dispone que «no podrá intentar la acción penal mientras no se declare el divorcio por causa de adulterio. La sentencia no producirá efecto alguno en la causa criminal que se intente».

Las consideraciones que pasamos a exponer se aplican no sólo al caso del adulterio, aquí citado, sino al de la validez o nulidad del matrimonio.

Siempre hemos creído que es de materia procesal la declaración de si procede o no dar entrada a la acción en juicio. Esto no es ninguna cuestión de fondo. Declarar si se da entrada a la demanda, es un punto clavado de procedimiento. De aquí que opinemos que ninguna influencia tienen los artículos citados, a los efectos de impedir la demanda ante los tribunales del crimen de las provincias sin antes resolverse la cuestión en los de lo civil. Así lo comprendió el legislador en el código anterior, por lo que dijo que se llevaría adelante el proceso en caso de vencerse el término acordado para iniciar el juicio ante la autoridad civil, sin haberlo hecho. Nos parece anómalo que se mande esperar el fallo a pronunciarse en lo civil, cuando la misma ley civil declara que su fallo ningún efecto tendrá en lo criminal. Nos explicaríamos el hecho, si después de pronunciada la sentencia en lo civil se prohibiera discutir la culpabilidad o inocencia en lo criminal. Pero, si no sucede así, ¿para qué esperar a un fallo que no tendrá influencia en lo criminal?

Optamos por la doctrina radical, implícitamente  
COMENTARIOS.—4



comprendida en el código anterior, de llevar adelante el proceso aunque el punto se discuta ante la autoridad civil, todo ello de acuerdo con el principio fundamental de ser improrrogable la justicia criminal.



## LA INFORMACIÓN DE ABONO

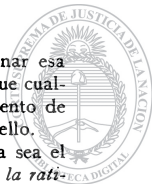


Conviene llamar la atención sobre una reforma fundamental.

Por el art. 242 se autoriza, *a pedido de parte* la ratificación de los testigos del sumario, cuando la causa está en plenario. En este caso, puede suceder que *«alguna de las partes* no se hubiere conformado con la declaración de los testigos, por lo que si éstos hubieran muerto o estuvieran ausentes, deberá practicarse la información de abono, la que consistirá en la justificación de dos o más personas de probidad, las cuales depondrán sobre el concepto de veracidad que les merecía el testigo ausente o muerto. Sin dicha información esas pruebas no podrán oponerse a *la parte* que hubiese observado las declaraciones» (art. 243).

Este artículo existía en el código anterior, pero decía que la información debiera producirse *a petición de parte*, sin declarar que la falta de esa información daba derecho *a la parte* para que no se le opusieran las declaraciones citadas. Ahora, basta que *algunas de las partes* no se conforme con las declaraciones, para que *se deba* producir la información de abono, sin la cual nada valdrán esas deposiciones de los testigos.

La información, pues, debe producirse *de oficio*. No es necesario que la pida la parte, como sucedía

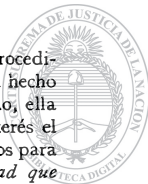


anteriormente. Queda a cargo del juez ordenar esa medida, sin perjuicio, como es natural, de que cualquiera de las partes pueda pedir el cumplimiento de la ley, y mucho más quien tuviera interés en ello.

La ley autoriza a *alguna de las partes*, ya sea el fiscal, el procesado y su defensor, para pedir la *ratificación*. No hace excepción, pues dice que se ordenará a *pedido de parte*, pudiendo concurrir a la ratificación las personas nombradas (art. 242). Y aun agregaríamos nosotros, el responsable civilmente, de acuerdo con el art. 80, que lo autoriza para «solicitar las diligencias útiles para comprobar el delito y descubrir a los culpables; asistir a las declaraciones de los testigos, con facultad para tachar y repreguntar a éstos; activar el procedimiento y pedir el pronto despacho de la causa». Y sostenemos esto, a pesar del art. 82 que declara que el responsable civilmente no *reviste el carácter de parte*. No será parte para todo el juicio, pero sí para los casos mencionados, entre los cuales está comprendido el de la *ratificación* de las declaraciones, desde que se le autoriza para pedir las y ofrecerlas. Quien puede lo más, puede lo menos.

Ahora bien, el fiscal, que es *parte* en el juicio, puede, a su vez, manifestar que no está conforme con las declaraciones. En este caso, si no se produjera la información de abono, de oficio, tampoco podrían oponérsele.

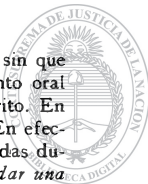
Tenemos, pues, que puede haber una *chicana* por parte de ambas partes. Les bastaría con permanecer en la inacción a fin de ver si el juez se olvida de ordenar la información de abono. De esa manera conseguirán inutilizar lo que les perjudique.



En nuestra opinión, era más práctico el procedimiento anterior. Debe darse valor a lo que han hecho los funcionarios. Si una parte ataca lo actuado, ella debe producir la prueba contraria. Es su interés el que está en juego, y ella sabrá buscar los testigos para esa información *sobre el concepto de veracidad que merecía el testigo muerto o ausente*. El juez no puede conocer esos testigos, mientras el interesado puede buscarlos.

Debemos dejar constancia de que ese artículo sólo rige el *procedimiento escrito*. Cuando se trata del *procedimiento oral*, en causas graves, entiéndase bien, se autoriza, parece que sólo al reo, pues no se habla del fiscal, para que exprese *las pruebas del sumario con las que no se conforma* (art. 221). En este caso no hay información de abono. La razón es muy sencilla. Esos testigos deben concurrir a la audiencia pública, citándoseles, como lo manda el art. 269, inciso 2.º. Alguien sostiene que sólo se citarán cuando el fiscal ofrezca esa prueba. En verdad que así parece fuera, a estar a los arts. 267 y 268 en que se trata de la *prueba ofrecida* por las partes para recibirse en la audiencia pública. No habla la ley de lo que se hará con la del sumario, *no aceptada* por el reo. No dice, como en el *procedimiento escrito*, que se producirá una información de abono, so pena de rechazarse. Lo natural es que el reo, que ataca esas declaraciones, sea quien pida las medidas del caso, para que esos testigos vengán a la audiencia, y no el fiscal que no los impugna. Esto no quiere decir que los magistrados no deban ordenar la presencia de esos testigos para su ratificación en la audiencia. La manifestación de no conformarse el reo con las





declaraciones, impone esa medida de oficio ; sin que la no comparecencia tenga en el procedimiento oral el mismo efecto que en el procedimiento escrito. En el juicio oral no hay información de abono. En efecto, si bien « las declaraciones y pruebas recibidas durante el sumario *no pueden servir para fundar una sentencia condenatoria*, se exceptúa de ello el caso de haberse hecho imposible la reproducción en el juicio oral de alguna diligencia de prueba recibida en sumario » (art. 277, inciso 5.º). En este caso, puede el reo, en la audiencia pública, producir su contrapueba para demostrar que la declaración del ausente o muerto es sospechosa, y hacer sus consideraciones legales y morales, que luego apreciará *en conciencia*, el Tribunal, al pronunciarse su veredicto. De esta distinta manera de resolver, en conciencia, en un caso, y legal, en otro, dimana la diversa forma de proceder.

Creemos haber demostrado que era más racional el código anterior en cuanto a la manera de recibir la información de abono ; que es muy radical la medida de rechazar la prueba por falta de esa información ; que esas declaraciones debieran estudiarse y apreciarse, comparándolas con los demás antecedentes del proceso, para así saber el grado de veracidad del testigo muerto o ausente ; y que en el procedimiento oral deben citarse para la audiencia pública a los testigos con los cuales no se ha conformado el reo, y allí reproducirse toda la prueba que ha sido impugnada, sin necesidad de que el fiscal así lo solicite, pues éste sólo debe hacerlo, cuando hubiere ofrecido *nuevas pruebas*, de acuerdo con el art. 267.

## EL JURY DE IMPRENTA



La reforma fundamental que se nota en el *Código Jofré* es la relativa al *procedimiento oral*, como allí se dice. Ella no es radical, si bien se da tímidamente un paso en el camino para llegar hasta ella. Sin duda el autor ha tenido que luchar con dificultades, y ha transado, dejando a las generaciones futuras la tarea de plantar definitivamente la bandera en la cumbre de la montaña. No vaya a creerse que nuestro codificador ha establecido el verdadero jurado del cual habla el art. 176 de la Constitución. De ninguna manera. La obra del ilustre Rivadavia se derrumbó, y así queda. Este prócer, que había tenido ocasión de palpar los buenos efectos de las ideas liberales en algún país europeo, estableció el jurado para las cuestiones de imprenta. Este era el principio de una gran reforma nacional. Después de ella vendría el jurado en materia criminal, para llegar a lo civil y comercial.

En efecto, esa tendencia altamente democrática, la heredaron las generaciones que vivieron en contacto con los hombres de Mayo y del Congreso del



año 26. Y así el espíritu liberal de los Vélez, Mitre, Rawson, López, Ocantos, etc., brilló en la Constituyente de 1873, declarándose allí que el Jurado era el llamado a entender en todos los juicios, fueran civiles, comerciales o criminales, sin hacer distinción, en cuanto a estos últimos, si eran o no correccionales. Es verdad que la expresión *crimen* usada en el art. 174 hace suponer que sólo se refirió a lo criminal, inspirado el constituyente en la doctrina norteamericana del *gran jurado*. Otro tanto declaró respecto a los abusos de imprenta. Los entregó al Jurado, que conocería del hecho y del derecho *con arreglo a la ley de la materia*.

La constitución de 1873 fué luego reformada, en 1889, y la idea liberal de Rivadavia sufrió eclipse. La libertad de la prensa quedó sometida *a la ley de la materia*, como lo había dicho la Constitución del 73. Se declaraba, como allí, que correspondía al Jurado conocer del hecho y del derecho con arreglo *a la ley de la materia*» (art. 11).

Cuando esto mismo se había declarado en la Constitución de 1873, ello no dió motivo para que a alguien se le ocurriera sostener entonces que porque la legislatura no dictara una *nueva ley de la materia*, esto es, la del procedimiento ante jury, quedaba sin valor la del año 28, y no existían los abusos de la libertad de imprenta para acusarse ante el Jurado respectivo. De ahí que, desde 1873 a 1891, hayamos visto funcionar el Jurado, constituido de acuerdo con la lista formulada por la Municipalidad ante la Corte, vigentes ambas Constituciones, la de 1873 y la de 1889. Lo natural y lógico es, que mientras la legislatura no dicta la nueva ley de procedimiento ante el



Jurado, el juicio se rija por la ley existente, que en nada se opone al principio constitucional, como lo sostuvo la Constituyente de 73, y aun la de 1889.

La Constitución de 1889 no ha declarado que queda paralizada la justicia en cuanto a los abusos de la libertad de imprenta. Tan no lo dijo, que en su artículo 221 estableció que «*desde el 1.º de enero de 1891*, los abusos de la libertad de imprenta sólo podrán ser enjuiciables con arreglo a la ley que reglamente las prescripciones pertinentes de esta Constitución». El constituyente, pues, de 1889, no derogó la ley rivadaviana sobre la manera de proceder ante el Jurado. Lo único que hizo fué calcular el tiempo que necesitaría el legislador futuro para dictar esa *ley de la materia*; y supuso que con *un año y un mes* tendría el suficiente para ello. Y de ahí que, desde el 1.º de enero de 1891 recién se regiría el procedimiento por la nueva ley a dictarse, lo que indudablemente fué un error o una trampa tendida al sentimiento popular; pues bastó decir, como en 1873, que la legislatura dictaría la ley de la materia.

Ha transcurrido un cuarto de siglo, y aun no se ha dictado la ley de la materia, contrariando así la tradición revolucionaria de Mayo, y la jurisprudencia legislativa desde 1828 a 1891, es decir, echándose por tierra sesenta y tres años de vida democrática útil, durante los cuales el jurado popular dió benéficos resultados, impidiendo dictaduras e impunidad de atentados por parte de los funcionarios. Hoy todo ha quedado entregado al misterio y a la chicana de los tribunales. El funcionario público no se preocupa de presentarse ante el Tribunal Popular a fin de llenar el propósito del constituyente cuando éste dice:



«...el *jurado* admitirá la prueba como descargo, *siempre que se trate de la conducta oficial de los empleados o de la capacidad política de personas públicas*» (art. 11 citado).

Es de sentirse que el doctor Jofré no haya aprovechado la ocasión propicia que se le presentaba para incluir en su código *la ley de la materia*, a fin de hacer cesar la situación antidemocrática en que vive la progresista Provincia de Buenos Aires. Se dirá que esa ley de procedimiento no puede preceder a la ley de fondo que establezca las penas. Esto se contesta, aun en el supuesto de ser pertinente el argumento, diciendo que en esa ley la legislatura ha podido ocuparse de ambas cosas—del fondo y de la forma—por estar íntimamente vinculados. Por otra parte, la ley es más de forma, pues en cuanto al fondo sólo hay que especificar el valor de la multa, o en su lugar, los días de arresto para quien abusare de la prensa. Pero, ya que así no se ha hecho, bueno sería que el doctor Jofré se preocupara del proyecto de ley respectivo, a fin de hacer cesar este malestar moral.—Las denuncias por la prensa contra los malos funcionarios no deben ir a los tribunales ordinarios a ser resueltas en el misterio y por medio de influencias. Mantener este estado de cosas es atacar, en el fondo, la libertad de la prensa, amordazando al periodista. Este teme, y con razón, a esa justicia ordinaria.

Expuesto esto, estudiemos lo que se llama *procedimiento oral* en el nuevo código, para juzgar los casos *graves* en materia criminal.

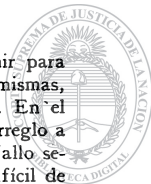
## LA ÚNICA INSTANCIA



El art. 176 de la Constitución dice que «toda causa por hecho calificado de *crimen* por la ley será juzgada con la intervención de dos jurys; uno que declare si hay lugar o no a acusación, otro que decida si el acusado es o no culpable del hecho que se le imputa».

El constituyente de 1873 ilustró el asunto. Demostró, de una manera concluyente, que era indispensable hubiera dos jurys, el uno que declarara si el hecho era acusable, y el otro que declarara que el reo era culpable, es decir, el jury de prueba. Reconoció los inconvenientes de que un mismo tribunal declarara las dos cosas a la vez.

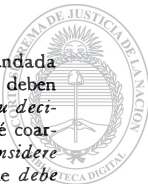
Por el nuevo código no se pone en vigencia el precepto constitucional, que era lo que, a nuestro juicio, debía hacerse cuanto antes. Sin duda, el codificador ha tenido en cuenta no sabemos qué dificultades inconfesables opuestas para poner en práctica esa idea fundamental, no obstante los 42 años transcuridos, y ha optado por un procedimiento que no nos satisface. Ha creado una *única instancia*, dando a las Cá-



maras de Apelación la facultad de intervenir para declarar si está o no probado el hecho, y ellas mismas, en seguida, condenar, aplicando el derecho. En el primer caso pronunciará un Veredicto, con arreglo a su *conciencia humana*, y en el segundo, un fallo según su *conciencia legal*. Esta dualidad es difícil de concebirla. No se ha tenido en cuenta la naturaleza humana. El hombre acostumbrado a mirar las cosas con *ojo jurídico*, es muy difícil que se despoje de ese criterio en el proceso donde va a entender como juez de derecho. La justicia, para él, está en la letra de la ley, y no en el buen sentido común. De ahí que el constituyente hablara de jurys que declararan si era acusable primero, y si era culpable, después. Entregó las cuestiones a la conciencia del pueblo, y no a la de los jurisconsultos acostumbrados a examinarlo todo con el escarpelo de la ley escrita, es decir, con esa segunda naturaleza forjada por el hábito.

Por el nuevo código, es la Cámara el único juez de la causa. Ella es la que recibe la prueba en *única instancia*, planteándose y votando «las cuestiones esenciales relativas al cuerpo del delito, a la participación de los procesados en el hecho, a la existencia de eximentes, a la concurrencia de atenuantes, y agravantes», dictando luego la sentencia cuando el veredicto hubiese sido condenatorio. Y en esta sentencia «se plantearán las cuestiones de derecho *que considere necesarias* el tribunal, siendo las únicas esenciales las relativas a la calificación legal del delito y al pronunciamiento que corresponda dictar» (arts. 280 y 284). \

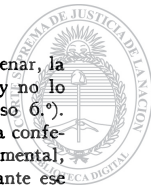
Creemos que es dar demasiada latitud a la facultad del tribunal. No ha debido olvidarse aquello que



dice nuestra Constitución, en su art. 172, fundada en un apotegma irrecusable, de que los jueces deben ante todo resolver *las cuestiones sometidas a su decisión*. Bueno es que en materia criminal no esté coartado el juez para plantear las cuestiones *que considere necesarias*, pero es bueno también declarar que *debe* resolver las que las partes han sometido a su decisión.

Lo que no nos explicamos, es la disposición (art. 277) que, en principio general, dice que «las declaraciones y las pruebas recibidas durante el sumario no pueden servir para fundar una sentencia condenatoria». Este artículo parece que rigiera para el procedimiento escrito y para el procedimiento oral, pues está colocado en el *Título III—Disposiciones comunes*, rigiendo así ambos procedimientos. Quiere decir, que todo lo actuado en el sumario es inútil, salvo las excepciones indicadas en ese artículo. Hay necesidad, pues, de reproducir en la audiencia pública todo lo actuado en el sumario. Y si esto es imposible, ¿qué resulta? ¡Que vale, es decir, que se puede fundar en ella una sentencia condenatoria! (art. citado, inciso 5.º). Desde luego, lo mejor habría sido declarar que cuando el reo impugnara la prueba producida en el sumario, se le admitiría su contraprueba en la audiencia pública, la cual se apreciaría por el tribunal al pronunciar su veredicto. Algún valor han de tener las actuaciones suscriptas por los funcionarios encargados por la ley de instruir los sumarios. ¡Y que lo tienen, lo prueba que valen cuando no se pueden reproducir en la audiencia pública! ¿Por qué vivir en esa eterna desconfianza de los funcionarios públicos creados por la ley? ¿Por qué aquella diferencia, in-





concebible, de admitir como prueba para condenar, la *confesión prestada ante el juez del crimen*, y no lo actuado ante este mismo? (art. citado, inciso 6.º). ¿Acaso no es lo más fundamental y grave la confesión? ¿Por qué, pues, dar fuerza a lo fundamental, a lo principal, y no a lo accesorio, actuado ante ese mismo juez del crimen, como encargado del sumario? Y si sólo se ha querido dar fe al juez del crimen, pero no a la policía, la que también está encargada por la ley de formar el sumario, ¿por qué no se ha hecho la excepción, clara y terminantemente, diciendo que todo lo actuado ante el juez del crimen, vale, pero no así lo hecho ante la policía? ¡Tal como está, sólo vale la confesión!

Creemos, pues, que hubiera sido mejor dejar las cosas tal cual estaban, porque, al fin y al cabo, es la Cámara la que sentencia, según la prueba producida en la audiencia pública, único detalle que altera el procedimiento actual.

La reforma debía hacerse de acuerdo con el artículo 176 de la Constitución.

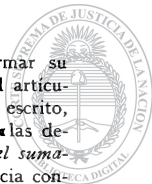
## LA AUDIENCIA PÚBLICA Y EL SUMARIO



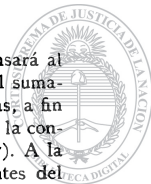
Una vez que haya resuelto sobre la pertinencia de la *nueva* prueba ofrecida, se señalará la hora para la audiencia pública, ordenándose la citación de los *testigos*, *peritos*, etc.

Ahora bien, ¿deberán citarse, sin que las partes lo pidan, a todos los *testigos*, etc., que aparecen en el sumario, sobre todo cuando el reo no se ha conformado con lo que de este último resulta? ¿el auto de la Cámara sólo puede referirse a la admisibilidad de la prueba *nuevamente* ofrecida?

En nuestra opinión, la Cámara no necesita que el fiscal de Cámara pida la concurrencia de los testigos del sumario. Todo lo actuado durante éste debe reproducirse en la audiencia pública, cuando ello ha sido impugnado. En ésta, la Cámara, como juez de *única instancia*, instruye el sumario, rehace la causa en público, para formar su conciencia de hombre bueno, como también para que el pueblo forme su juicio. La Cámara procede como jurado, y necesita, para dictar su fallo en conciencia, *ver* y *oir* a los testigos del hecho, repreguntarlos, y aclarar, por su intermedio, los detalles del suceso. Só-

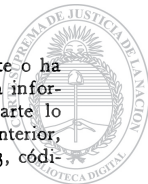


lo así, reproduciendo el hecho, podrá formar su *conciencia* de hombre bueno, como lo dice el artículo 282. De nada vale lo que allí aparece escrito, pues el art. 277 terminantemente dice que «las declaraciones y las pruebas recibidas *durante el sumario* no pueden servir para fundar una sentencia condenatoria», salvo los casos allí exceptuados. Al hablar de éstos, nos dice el legislador que, entre otros, se exceptúa cuando «se ha hecho imposible la *reproducción* en el juicio oral de alguna diligencia de prueba recibida en sumario». Luego, si en la audiencia no debiera *reproducirse* todo lo actuado en el sumario, la ley no nos hablaría en estos términos. Esa reproducción es indispensable, aunque las partes hubiesen aceptado las pruebas recibidas durante el sumario, a que se refiere el caso de excepción del inciso 2.º del art. 277. La ley dice que en caso de haberse aceptado las pruebas recibidas durante el sumario las declaraciones pueden servir para condenar. Pero, esto no quiere decir que no se han de *reproducir* en la audiencia; no basta que las partes digan que ellas las aceptan. El juez no condena sólo por la voluntad de los litigantes. Necesita formar su juicio concienzudo; ver, oír, repreguntar, entrar a lo hondo en la conciencia del testigo, para formar la suya, después de esa inspección espiritual tan valiosa a punto que el codificador ha mandado que antes de pronunciar sentencia se oiga a los procesados, sea en el procedimiento escrito, sea en el oral (arts. 7.º y 279, código de procedimiento penal). Los jueces deben averiguar si el hecho es tal cual las partes lo manifiestan. Por eso en el código anterior había un artículo, que no sabemos por qué ha desaparecido del actual, donde se de-



cía que «la confesión del procesado no dispensará al juez o a la autoridad encargada de instruir el sumario, de practicar todas las diligencias necesarias; a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito» (art. 407). A la audiencia han de traerse todos los antecedentes del sumario, aunque no los pidan las partes; cuerpo del delito, objetos hallados, etc., etc., para allí discutir, escudriñarlos, verlos todo el mundo, y formar la conciencia popular de quien preside y de quien asiste. Es la justicia del pueblo por el pueblo y para el pueblo. No se ha de presentar el hecho descuartizado, porque las partes no lo pidieren. Lo que aparece en el sumario, debe aparecer en la audiencia, donde va a reconstruirse la escena criminal. No se trata de escamoteos curiales, de distingos escolásticos, de hermenéutica legal, sino de amplitud de alma, de buen sentido y de conciencia humana.

El procedimiento oral es distinto, en esta parte, del procedimiento escrito. En el escrito es necesario que la *parte pida* la ratificación de los testigos del sumario para que el juez la ordene. Allí terminantemente se dice así, agregando que «en el caso de que alguno de los testigos examinados en el sumario *haya muerto o esté ausente* y alguna de las partes no se hubiese conformado con su declaración, deberá practicarse la información de abono, la que consistirá en la justificación de dos o más personas de probidad, las cuales depondrán sobre el concepto de veracidad que les merecía el testigo muerto o ausente. Sin dicha información esas pruebas no podrán oponerse a la parte que hubiese observado las declaraciones» (art. 243).



En el procedimiento escrito, si está ausente o ha muerto el testigo, *de oficio* debe producirse la información de abono. No es necesario que la parte lo pida, por el nuevo código; antes, por el anterior, era necesario que la parte lo pidiera (art. 473, código anterior).

Pues otro tanto pasa en el oral. No es necesario que la parte pida la comparecencia de los testigos impugnados. Esta impugnación obliga a la autoridad, sin que lo pida el fiscal, a citar a los testigos, con la única diferencia, en el oral, de que si no es posible *reproducir* esa prueba en el jurado, ella se admite sin necesidad de información de abono.

Hoy, por el nuevo código, es el juez quien debe ordenar, *de oficio*, las diligencias sumariales. Y es en la audiencia pública, en el juicio oral, en la *única instancia*, donde realmente se hace el sumario; donde se hace todo para formar la *conciencia* del juez.

Creemos, pues, que aunque el reo se haya conformado con las pruebas del sumario, la Cámara debe citar a todos los testigos que aparecen declarando en él para reproducir la escena del crimen y formar la *conciencia* que llevará a todos a pronunciar el Verdicto. No ha de olvidarse que en los jurados es la impresión la que resuelve. De ahí esas absoluciones criticables ante la razón fría, pero no ante el calor del sentimiento.

## HABEAS CORPUS



A medida que avanzamos en el estudio del nuevo código, mayormente nos sentimos atraídos.

El título relativo al recurso de *habeas corpus* trae novedades que pugnan con los preceptos de la Constitución, el código anterior, la jurisprudencia de más de medio siglo de las Cortes Nacional y Provincial, y la interpretación auténtica hecha por ciudadanos de las letras como Mitre, López, Sáenz Peña y Rocha.

El art. 18 de la Constitución dice que «toda persona *detenida* podrá pedir se le haga comparecer ante el juez más inmediato, y expedido que sea el auto por *autoridad competente*, no podrá ser detenida contra su voluntad, si pasadas las 24 horas no se le hubiese notificado por *juez igualmente competente*, la causa de su detención».

Cuando se discutió este artículo en la Constituyente del 73, el general Mitre recordó que estaba fundado en la ley inglesa del *habeas corpus*, palladium de las libertades en Inglaterra, y base de todo el sistema judicial inglés, como lo afirma y lo de-



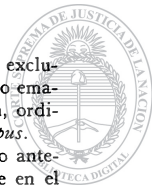
muestra elocuentemente el sabio historiador J. R. Green en su *Historia del Pueblo Inglés* al describirnos la lucha del rey Juan con los barones hasta obtenerse la Magna Carta en 1215 a 1217. Mitre, con noble sentimiento, recordó que lo propuesto era inspiración de aquella alma grande de Keen, que había querido que el *habeas corpus* se incorporara a nuestra Constitución.

Durante la discusión del precepto constitucional se declaró terminantemente que ese recurso sólo procedía cuando una autoridad *incompetente* se había atrevido a coartar la libertad individual. Nadie podría arrancarlo a una autoridad competente, decían Mitre, López, Sáenz Peña y Rocha, como puede verse en el Acta de la sesión del 21 de julio de 1871.

Este criterio constitucional es el mismo que han desarrollado escritores de la talla de Agustín de Vedia, en su obra *Constitución Argentina*; Amancio Alcorta, en *Garantías Constitucionales*, y Jerónimo Cortés, en su *Exposición de la Reforma de la Constitución de 1870*.

Las Cortes de la Nación y de la Provincia han declarado, por repetidas veces, que el dicho recurso, de acuerdo con las Constituciones respectivas, sólo procede cuando se trata de una detención ordenada por *autoridad incompetente*.

De conformidad con esta tesis universalmente aceptada para ese único caso, a fin de garantizar la libertad individual, se admitió el recurso especial, extraordinario, del *habeas corpus*, cuyo fin es simplemente discutir la *constitucionalidad* o *inconstitucionalidad* de la detención, como decía el doctor Cortés. Es un recurso que emana de la Constitución, y



no de los códigos de procedimientos, limitado exclusivamente al caso allí previsto. Todo lo que no emane de él, podrá dar lugar a un recurso común, ordinario, de apelación, pero no al de *habeas corpus*.

En este sentido, el legislador, en el código anterior, al ocuparse del *procedimiento* a seguirse en el recurso de *habeas corpus*, no se extralimitó. Redújose a legislar el procedimiento, pero sin entrar a alterar el criterio constitucional, y a mezclar asuntos que son de la índole común y ordinaria. De ahí que, en concordancia con lo que Alberdi sostuviera de no derogar o alterar los principios constitucionales al reglamentar éstos, el *habeas corpus* sólo procedía cuando la detención o prisión hubiera sido ordenada verbalmente o no emanare de autoridad competente (art. 768, código anterior). No salió de la Constitución, y se limitó a legislar sobre *el procedimiento* a seguirse cuando un individuo es detenido sin orden escrita o de autoridad competente, violándose los artículos 13 y 18 de la Constitución.

Pero, en el nuevo código se va muy lejos el legislador, dando a los casos comunes, sometidos a la autoridad competente, un alcance constitucional que no deben tener, alterando todo el mecanismo judicial ordinario. En efecto, el legislador adopta el sistema casuista. En vez de decir, de una manera amplia, que el recurso procede cuando se han violado los artículos 13 y 18 de la Constitución que declaran que la persona sólo puede ser detenida por orden escrita de juez competente, salvo el caso de infraganti delito, nos hace una enumeración de catorce casos, la mayoría de las cuales no tienen nada que ver con el *habeas corpus* admitido por la Constitución. Se tra-

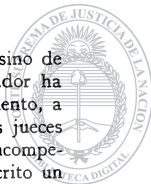




ta, en su inmensa mayoría, de casos comunes, en que no se discute *la constitucionalidad o inconstitucionalidad* de la detención, único punto a resolverse por el juez, como lo dicen los escritores y constituyentes mencionados. Con excepción de los incisos 1.º, 2.º, 5.º y 13 que se refieren a los arts. 13 y 18 de la Constitución, lo demás no es del resorte constitucional.

A título de *reglamentar el procedimiento* del recurso, se han inventado casos resueltos por la *autoridad competente*. Cuando un juez *competente* dicta una orden de prisión; cuando la detención se prolonga más de 24 horas, por orden de autoridad competente; cuando un juez quiere encausar a una persona dos veces por el mismo delito; cuando el juez competente detiene a un individuo amparado por la ley de amnistía o indulto; cuando el juez competente entiende de causa donde está prescripta la acción o la pena; cuando el denunciante o querellante carece de personería y se trata de delito que no da lugar a la acción pública; cuando se sigue un proceso de ultraje a las buenas costumbres, sin que lo denuncie parte interesada; cuando se trate de faltas cometidas por persona domiciliada, o si ofreciere fianza, no teniendo domicilio; cuando se deniegue el beneficio de excarcelación bajo fianza; cuando la orden de prisión dictada por juez competente, pero escrita, no reuna los requisitos indicados en el código; cuando todo esto se hace *ante juez competente*, no hay garantía constitucional que discutir, porque no se han violado los artículos constitucionales. Entonces, el procedimiento a seguirse es el común, es decir, *apelar* el auto para ante la Cámara, la cual confirma-

rá o revocará. No es caso de *habeas corpus*, sino de aplicación de las leyes ordinarias. El legislador ha debido limitarse, en un código de procedimiento, a reglamentar la forma de hacer valer ante los jueces la garantía constitucional violada por juez incompetente o no haber decretado la prisión por escrito un juez competente. De ahí no ha debido salirse.



## ACCIÓN POR PERJUICIOS



Ya que hemos examinado la parte fundamental de lo relativo al recurso de *habeas corpus*, bueno es que, para terminar con esta materia tan importante, tratada someramente, como lo reclama un artículo de diario, que no lleva otro propósito que vulgarizar entre el pueblo profano ideas de buen gobierno, digamos cuatro palabras sobre otros puntos tan interesantes como aquél.

El art. 429 manda que «si el juez o tribunal revocase la orden de detención o prisión, *ordenará*, si procediere, que pasen los antecedentes al ministerio público, y *éste estará obligado a deducir querella contra el autor del abuso*, a fin de hacer efectiva su responsabilidad. En este caso, el *funcionario* culpable deberá indemnizar los perjuicios que haya ocasionado».

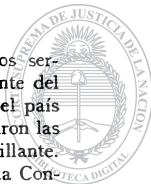
Parece que esta acción debe iniciarla el ministerio público, pues en seguida se dice que «el detenido o preso *podrá igualmente* deducir acción civil para pedir las indemnizaciones o los perjuicios que la violación o menoscabo le haya causado».

En todo esto hay una confusión de ideas, por lo

que conviene aclararlas. Para ello mucho nos servirá la ilustrativa discusión de la Constituyente del 73, la obra más fecunda que se ha hecho en el país hasta ahora no superada, en la que se destacaron las personalidades argentinas de aquella época brillante. La obra de esa Constituyente completó la de la Convención Nacional *ad hoc* de 1860.

El art. 48 de la Constitución declara que «los individuos que sufran los efectos de toda orden que viole o menoscabe estos derechos, libertades y garantías, tienen acción civil para pedir las indemnizaciones por los perjuicios que tal violación o menoscabo les cause, contra el empleado o funcionario que la haya autorizado o ejecutado».

Como se ve, por la Constitución la acción civil corresponde única y exclusivamente a la persona damnificada. Es ella la que tiene interés. Para nada ha de mezclarse el ministerio público. Es una cuestión esencialmente privada, en la que el orden público no está comprometido. Lo que es de interés público, la libertad individual, eso sí, y a petición del interesado, se ha de resolver, y hasta de oficio, si el caso atentatorio llegara a conocimiento del juez competente; pero, en cuanto a la acción civil concedida contra el autor del menoscabo, ésa sólo pertenece al particular. El Estado no es tutor de los individuos, sino para protegerlos cuando ellos, y no otros, para hablar del caso, son los que reclaman los perjuicios. Es un error, pues, si es que aquel párrafo ha querido autorizar al ministerio público para tal cosa, como parece ser, dado el siguiente en que recién se habla del particular, de quien, se dice, *podrá igualmente* deducir acción civil.





Según el artículo citado, la acción de perjuicios sólo procede contra el *funcionario*, con olvido de que el artículo 48 de la Constitución la hace extensiva al *empleado* que ejecuta la orden, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la sesión de la Constituyente que en seguida mencionaremos.

Es otro grave error aquel de disponer que «el ministerio público está obligado a deducir querella contra el autor del abuso, cuando el juez o tribunal revocase la orden, y así lo *ordenase*».

Ni el juez ni el tribunal pueden imponerle una línea de conducta al ministerio público. Este es independiente en sus funciones. Todo lo que puede hacer el juez o tribunal es mandar que pasen los antecedentes al ministerio, en todos los casos, para su conocimiento, que es lo que sucede al notificársele el fallo.

El sabrá lo que ha de hacer, dentro de la independencia en que gira. El juez o tribunal no tienen otra misión que la de estudiar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la detención. De ahí no pueden ni deben pasar, pues su jurisdicción es especial, extraordinaria, limitada a ese punto. No tienen que mezclarse a punto de prejuzgar sobre el delito que haya podido cometer el empleado o funcionario, inhabilitándose para cuando llegue el momento de discutir al respecto. El ministerio público sabrá, al notificarse del fallo recaído en el recurso de *habeas corpus*, lo que deba hacer, pues la ley manda que se le dé conocimiento para *ponerse en condiciones de deducir sus recursos legales* (art. 427).

Ese artículo tan extenso, tan amplio, va contra la Constitución. Si es un juez el que ha dictado la



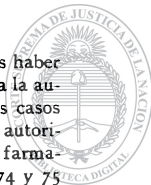
orden inconstitucional, no puede ser sometido a una querella, por el agente fiscal, dentro de diez días, porque así lo *ordene* otro juez o tribunal. No puede ser sometido a los tribunales ordinarios por medio de una querella interpuesta por el agente fiscal. Sólo pueden ser llevados ante el Jury de Enjuiciamiento por el Procurador General de la Corte, salvo la parte interesada. Lo único que puede ejercitarse contra el juez, y eso por el particular, y no por el ministerio público, es la acción civil por daños y perjuicios, como lo demostró el convencional doctor don Vicente López en la Constituyente del 73, en la sesión del 15 de septiembre de 1871, en su lucha con el general Mitre y el doctor Elizalde, hasta conseguir que en el art. 48 de la actual Constitución se hiciera extensiva la acción civil por perjuicios, no sólo contra el empleado, sino contra el *funcionario* que hubiese autorizado o ejecutado la orden inconstitucional.

En el recurso de *habeas corpus*, pues, sólo debe resolverse la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la detención, sin que el juez o tribunal tenga facultad para imponer al ministerio público la obligación de acusar dentro de diez días al *funcionario* autor del abuso, ni menos para perseguirlo por los perjuicios causados.



Hay dos artículos del código aparentemente contradictorios. Nos referimos a los artículos 12 y 221. En el 12 se dice que «si en un mismo juicio hubiere varios procesados, podrá cualquiera de ellos pedir que se forme causa por separado a su respecto, siempre que esta medida pueda evitar retardos, dificultades o abreviar la prisión preventiva de algunos de los inculpados». En el 221 se dispone que «en las causas graves el procesado manifestará si prefiere ser juzgado en única instancia y en juicio oral. Esta regla no se aplicará cuando no estuviesen conformes todos los acusados».

El artículo 12 se refiere a cuando se sigue el *procedimiento escrito*. Entonces, si un acusado demuestra que la continuación del juicio, en unión con los demás prevenidos, le causa perjuicio a él, retardando la solución, dificultándola o aumentando la prisión preventiva, puede pedir al juez se siga su proceso escrito por separado, sin que los demás acusados puedan obligarlo a continuar la *via crucis*. Un ejemplo aclarará el caso: se trata de un asesinato en el cual

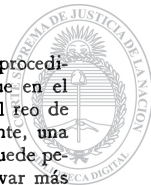


toda la participación de uno de los acusados es haber presenciado el hecho y no haberlo comunicado a la autoridad, o de tener conocimiento de él, en los casos en que deba denunciarlo, como sucede con la autoridad o empleado público, médicos, parteras, farmacéuticos, etc., a que se refieren los arts. 73, 74 y 75 del código. Como es natural, estos delincuentes no están en el caso de esperar al fallo sobre el hecho principal, por lo que tienen el derecho de pedir el proceso por separado. En ese caso, queda librado al buen criterio del juez la solución del punto. No basta la voluntad del reo, sino que el juez estudiará la justicia de la solicitud, y resolverá sin recurso alguno, según el artículo 12 citado. Es el juez quien se impone.

Ahora bien, se produce el hecho de estar concluido el sumario, y llega el momento de pasarlo a plenario, deduciéndose la acusación del ministerio público. En este instante el reo de causa grave, puede, al contestarse la acusación, pedir que se le juzgue en *única instancia y en juicio oral*. Entonces, si todos los demás acusados, no estuviesen conformes, el juicio se seguirá por escrito.

Así como en el caso anterior no basta la voluntad del peticionante, sino que ha de tenerse en cuenta la del juez, sin recurso alguno, aquí, por el contrario, es la voluntad del acusado la que resuelve el punto. Es necesario que los coprocesados estén de acuerdo para alterar el procedimiento, es decir, cambiar de jurisdicción. Nadie tiene el derecho de imponer a otro ser juzgado en *una sola instancia*, correr el albur de ser condenado por una sola sentencia, cuando se tienen dos instancias por delante, en las que la esperanza confía. Esa doble garantía de acier-





to debe primar. En un caso se altera todo el procedimiento, mientras en el otro no. Justo es que en el uno resuelva el juez sobre la utilidad para el reo de ser juzgado por separado; en cuyo expediente, una vez desprendido del principal, el procesado puede pedir se le juzgue en *única instancia* para activar más su causa, sin que nadie exista para oponérsele. Y en el otro caso, es muy justo que sea la voluntad de *todos* los acusados la que se imponga, para cambiar de procedimiento jurisdiccional, corriendo la aventura de una sola sentencia. De esta manera se concilian ambas disposiciones, aparentemente contradictorias. En un caso, aun no se ha llegado al plenario, y puede pedirse se forme proceso por separado; y en el otro, hay que aguardar al plenario, y en el acto de contestarse la acusación optar por el juicio oral. Luego, en el primer caso, el juez resuelve sin apelación, mientras en el otro, basta la oposición de uno de los acusados.

Olvidamos en el artículo anterior criticar aquello de imponer pena de 500 pesos y suspensión del cargo durante sesenta días al funcionario que no cumpliera con la orden de deducir querella (art. 430).

Esta crítica nace como consecuencia de lo allí expuesto.

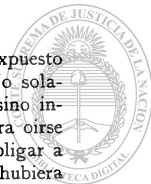
Otro tanto puede decirse de aquel artículo que niega el derecho de recusar en el recurso de *habeas corpus*, aunque sin perjuicio de que el juez «que se considere inhibido así lo declare» (art. 427).

Y ¿si no se inhibe, le quedará el derecho al interesado para denunciarlo por no hacerlo?

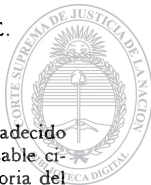
Eso no debe quedar a la voluntad del juez, tratándose de un hecho tan grave cual la libertad indi-

vidual. Al respecto reproducimos lo ya expuesto cuando estudiamos el derecho de recusar. No solamente debe tener ese derecho el interesado, sino intervenir el ministerio público, a quien debiera oírse en ese juicio, gozando éste del derecho de obligar a los jueces y magistrados a que se inhiban si hubiera para ello legítimas causas.

Si un magistrado es enemigo, amigo, pariente, acreedor, deudor, socio, etc., del reo, y no se excusa, ¿no importa ello una afrenta para la justicia?



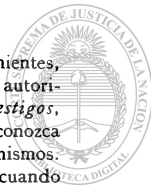
## EL RESPONSABLE CIVILMENTE. PRODUCCIÓN DE PRUEBA



Bueno es dejar constancia de un error padecido en el art. 242. Ya se ha visto que el responsable civilmente tiene derecho a «asistir a la indagatoria del prevenido y a las declaraciones de los testigos, con facultad para tachar y repreguntar a éstos» (art. 80, inciso 3.º), como asimismo solicitar las diligencias para comprobar el delito y descubrir a los culpables, recusar, activar el procedimiento, pedir pronto despacho de la causa, apelar y decir de nulidad del auto de sobreseimiento y de la sentencia absolutoria de primera instancia (artículo citado). En una palabra, puede decirse que es parte en el juicio, no obstante declararse lo contrario en la ley.

Creemos que la reforma debió ser radical, no permitiéndose al particular sino el derecho de comunicar al ministerio público los antecedentes que tuviera, para que éste los hiciera valer si lo creía procedente.

Ahora bien, permitir todo aquello, y no autorizar al responsable civilmente para concurrir al acto de la ratificación de los testigos y hacerles, por interme-



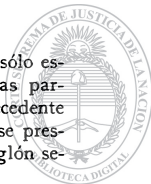
dio del juez, las preguntas que estimare convenientes, es una omisión de la ley. No se concibe que se autorice para «*asistir a las declaraciones de los testigos*, con facultad para tachar y recusar», y se desconozca el derecho de asistir a la *ratificación* de los mismos. Y esto es lo que resultaría del artículo 242 cuando habla de que «el agente fiscal, el procesado y su defensor pueden concurrir a la ratificación de los testigos del sumario» sin mencionar al perjudicado civilmente. Creemos que es una omisión la padecida, y que esto no privaría al civilmente responsable del derecho que le reconoce el art. 80, a fin de armonizar las disposiciones de la ley. La *ratificación* no es sino una consecuencia de la *declaración* prestada a solicitud del perjudicado civilmente, por él presenciada al producirse.

Los artículos que hablan de la manera de producirse la prueba en el juicio oral, necesitan un comentario.

Puede suceder que el defensor no se conforme con las pruebas del sumario (art. 221) y ofrezca nueva prueba, además de la que haya ofrecido al contestar la acusación escrita del agente fiscal (art. 3.º). Tanto el fiscal como el defensor deben ofrecer su prueba al acusar y defender (arts. 3, 217, 223 y 229).

Pero, como después del escrito de defensa, o en el mismo, el defensor puede optar por el juicio oral, resulta que la ley le autoriza para ofrecer *nueva prueba* a recibirse en la audiencia pública, lo mismo que al ministerio público (art. 267).

Alguien podría sostener que sólo el ministerio público tiene el derecho de ofrecer nueva prueba, porque en el citado art. 267 sólo se habla del fiscal y no



del defensor. Esto sería un error, porque no sólo establecería una irritante desigualdad entre las partes, no permitiendo el aporte de cuanto antecedente se tuviera al acto de la audiencia, sino que se prescindiría de lo que el legislador ha dicho a renglón seguido.

En efecto, la Cámara, dice el artículo siguiente, el 268, «examinará las pruebas propuestas *por una y otra parte*, y declarará cuáles son las pertinentes». Podría decirse que cuando habla de *una y otra parte* se refiere a las pruebas que el defensor presentó con su escrito de defensa, a las que ofreció el fiscal en su acusación y a las que nuevamente solicitó el ministerio público de acuerdo con el art. 267.

La argumentación sería más aparente que real. Del hecho de autorizar al fiscal para producir *nueva prueba*, no puede deducirse que la otra parte no tenga el derecho de ofrecer prueba también antes que la Cámara resuelva sobre el pedido del ministerio público. Dentro del término acordado a éste (tres y cinco días respectivamente, según fuese el agente fiscal o el fiscal de Cámaras, art. 267) podría el defensor ofrecer también nuevas pruebas. Y sobre la recepción de éstas y de las ofrecidas al acusar y defender es que deberá recaer el auto de la Cámara sobre *cuáles son las pertinentes* (art. 268).

*Resuelto lo anterior*, es que la Cámara señalará el día para los debates, ordenando *se cite a los testigos, peritos*, etc. (art. 269).

## RECUSACIÓN Y EXCUSACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO



¿Puede ser recusado el representante del ministerio público por enemistad, odio o resentimiento con el defensor del reo?

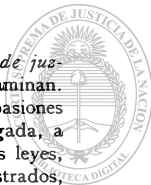
En materia civil no hay duda. Esta duda subsiste, sin embargo, en materia criminal, porque el codificador no la incluyó entre las causas de recusación, como ya lo hemos dicho en líneas anteriores (art. 22, código de procedimiento penal). Sin embargo, entrando más hondo en la materia, se llega a la conclusión de que el ministerio fiscal puede excusarse por cualquier *motivo*, sin necesidad de que la causa esté expresamente indicada en el código. Tratemos de demostrarlo. •

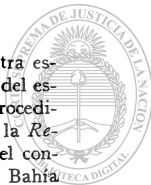
La doctrina lógica es que solamente los jueces, es decir, aquellos que juzgan, que condenan, pueden ser recusados. Esos son los únicos de quienes ha de temer el litigante, porque de ellos depende la resolución del juicio. Por consiguiente, en principio general, no son recusables las partes, y mucho menos quienes no son sino defensores de la ley, de la sociedad. Estos no son dueños del asunto, sino repre-

sentantes de la sociedad. No tienen *poderio de juzgar* como para influir en el fallo. Sólo dictaminan. Pero, como pueden sentirse atraídos por pasiones personales, y son una parte especial, encargada, a su vez, de vigilar por el cumplimiento de las leyes, contraloreando la acción de los jueces y magistrados, de ahí que se produzca el fenómeno llamativo y curioso de poder recusarse *a quien es parte* en el juicio. Esto es llamativo y curioso en la legislación moderna, pero no en la sabia codificación española, en la que esa tendencia ya existía, por razones de alta moralidad; desde que la misión del defensor, desde los tiempos de Cicerón, era un apostolado. La legislación española permitía hasta la recusación del abogado que era enemigo del litigante contrario, porque consideraba indigno de un apóstol de la justicia hacerse cargo de causas contra los enemigos. No podía permitirse que un defensor se valiera de su misión noble para andar buscando pleitos contra sus adversarios, y así, parapetado detrás de su cliente, saciar sus pasiones personales. Puede verse lo que al respecto nos enseñó el sabio y honrado jurisconsulto doctor don Miguel Esteves Saqui en las primeras páginas de su notable y concienzuda obra *Procedimientos judiciales*.

Pues bien, esa tradición legislativa es la que informa la sana doctrina de poder ser recusado el representante del ministerio fiscal.

Ella se habría completado si se hubiera sostenido que no puede intervenir, cuando menos con posterioridad a la instrucción del sumario, el letrado que motivara la excusación del ministerio público, es decir, que no se separaría de la causa quien hubiera





prevenido en su conocimiento, como se encuentra establecido en muchas legislaciones. Así resulta del estudio detenido del art. 398 del código de procedimiento civil, hecho por nosotros, publicado en la *Revista Notarial* de La Plata, y presentado en el concurso de los señores Beaux y Cadebó de Bahía Blanca.

Nos fundábamos para ello en la ley 7.<sup>a</sup>, tít. 22, lib. 5.<sup>o</sup> de la Nov. Rec. ; en Manresa, tomo 1.<sup>o</sup>, páginas 407 y 408 ; y en el comentario autorizado del ilustrado catedrático de procedimientos civiles en la Universidad de Montevideo, doctor don Pablo De María, al analizar el art. 789 del código de procedimientos del Uruguay, que dice que «después que un juez haya empezado a conocer de causa en que no estaba impedido, no podrán intervenir en ella los abogados y procuradores cuya intervención pueda producir la separación del juez por cualquiera de las causas expresadas en este capítulo».

El doctor De María decía que «en tales casos no son los jueces o auxiliares los que deben abstenerse de conocer, sino los letrados a quienes está prohibido, y tienen, por tanto, impedimento legal, para ejercer la abogacía en esos asuntos. Los jueces están en el deber de no admitir los escritos ni la intervención de letrados que se hallen en ese caso, mandando a la parte que se valga de letrado hábil en quien no concurra tal impedimento legal».

Esta doctrina ha sido sostenida por el Tribunal Supremo de España, según circular de 20 de febrero de 1862.

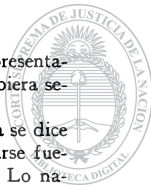
Nosotros habríamos establecido la excepción que la antigua legislación española admitía, del caso en

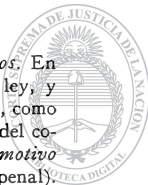


que el padre o el hijo, respectivamente, se presentarán como defensores el uno del otro. Aquí debiera separarse el funcionario.

En el nuevo código de procedimiento nada se dice al respecto. Parecería que quien debe eliminarse fuera siempre el funcionario, y no el abogado. Lo natural es que no entre quien puede dar motivo a la recusación o excusación. De ahí que en la práctica hayamos visto hechos indecorosos. Conocemos, entre otros muchos, éste que bate el *record* de la malicia o del error por parte de magistrados y de letrados. La Cámara había pronunciado sentencia y mandádola copiar. Lo supo uno de los letrados, al parecer pariente del magistrado. Y ¿qué hizo? Redactó un escrito pidiendo *pronto despacho*. Lo suscribió un letrado, amigo de él, pero enemigo de la Cámara, pidiendo, por medio de un *otrosí*, se excusara aquélla dada la enemistad. El medio era ilegal, ya que no ilícito el hecho de prestarse un letrado a semejante argucia, por no emplear otra palabra; pero, ¡más estúpida fué la actitud de la Cámara, pues ante el pedido de *pronto despacho* mandó suspender la copia de la sentencia y admitió la recusación!

Ahora bien, el art. 21 del código de procedimiento penal para nada habla del ministerio público. Aquí dice que «*los jueces*, cualquiera que sea su grado o jerarquía, *sólo* podrán ser recusados por las causas enumeradas en esta ley». Son los jueces los únicos que *sólo* pueden ser recusados por las causas expresadas en el art. 22. No dice otro tanto de los fiscales. Esta distinción se explica, pues nace de la naturaleza de las funciones que cada uno desempeña. Para excusarse el juez, se han restringido *las causas*; mas para





excusarse el fiscal, se han ampliado *los motivos*. En un caso se habla de *causas expresadas* en la ley, y y en el otro de *motivos no expresados* en la ley, como va a verse. Otro tanto sucede cuando se trata del comisario de policía, empleándose la expresión *motivo atendible* (art. 23, código de procedimiento penal).

Cuando el legislador habla de la RECUSACIÓN de los *jueces y magistrados* siempre se refiere a la *causa* designada expresamente en el art. 22, porque son ellos los únicos que pueden ser recusados por tales causas, según el citado art. 21. Siempre se emplea la palabra *causa*. Así se lee en los arts. 26, 27, 28, 29, 30, 33, 34 y 37. Para los *jueces* se sigue un procedimiento especial. Si han desconocido la verdad de la causal invocada, se recibe la causa a prueba, y se falla por la Cámara. Si no se ha desconocido, se pasa el proceso, por quien se excusa o es recusado, al juez que se considera competente, pudiendo éste elevar los autos a la Cámara en caso de competencia negativa. La Cámara, como se ve, sólo entra a conocer de la causa de recusación cuando ésta se ha desconocido, tratándose de jueces o magistrados.

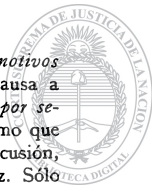
Pero, cuando se trata del comisario de policía, del secretario de primera instancia y del ministerio fiscal, ya no se habla de las *causas expresadas* en el artículo 22, ni se sigue el mismo procedimiento que para resolver en el caso de los jueces y magistrados. No hay *prueba*, no hay *causa*, ni interviene determinada-mente la Cámara. El comisario de policía, sólo puede ser RECUSADO *con motivo atendible*, y se resuelve breve y sumariamente por el juez del crimen; el secretario de primera instancia, por *el hecho en que se funde*, resolviéndose sin más trámite por el juez;

y el ministerio fiscal por *las causas determinadas en el art. 22*, entendiendo el tribunal o juez que *estuviere* conociendo de la causa (arts. 23, 24, 31 y 32, código de procedimiento penal).

Ahora bien, esto es para la RECUSACIÓN, *cuya causal no se reconozca por el funcionario*; pero existe el caso de la *excusación*, que es distinto, en el cual no hay discusión, desde que la parte y el fiscal están de acuerdo con el motivo de excusación. En este caso, la ley ha hecho una diferencia, y ha dicho: «cuando los jueces y magistrados se *excusen* deberán hacerlo por *encontrarse en alguno de los casos del art. 22* (arts. 33 y 34, código de procedimiento penal); pero cuando lo hacen los representantes del ministerio fiscal, y los secretarios de primera instancia, éstos manifestarán ante el tribunal o juez que conozca del proceso, *los motivos de excusación que tuviesen*, DEBIENDO DÁRSELES POR SEPARADO y proveer a su reemplazo en la forma determinada por la ley» (art. 35, código de procedimiento penal).

Como se ve, a estos funcionarios les basta con exponer *los motivos que tuviesen*. El legislador no dice, como en los casos de los jueces y magistrados, que han de expresarse algunas de las causas señaladas en el art. 22. Y no lo hace, porque ya ha dicho, desde un principio, que «*sólo LOS JUECES podrán ser recusados por las causas enumeradas en esta ley*». Para los otros funcionarios, como ser, secretarios y ujieres de la Corte y de Cámaras de Apelación (art. 25) y demás ya mencionados, no se hace referencia expresa al art. 22. Basta que manifiesten el *motivo* que tuviesen, cualquier causa de impedimento afectiva de dignidad. Y en el caso del mi-



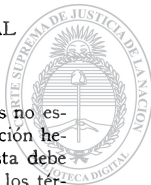


nisterio público, una vez manifestados *los motivos de excusación que tuviese*, no se recibe la causa a prueba, no se discute, sino que *debe dársele por separado*, y proveer a su reemplazo. Es lo mismo que sucede cuando el juez se excusa, y no hay discusión, por lo que se pasa el expediente al otro juez. Sólo si éste promueve la contienda de competencia es que la Cámara entra a resolver. La Cámara no falla sino cuando se desconoce la causa de recusación (art. 37). Mientras la parte recusa, y el funcionario, a la vez, se excusa, o aquélla guarda silencio ante la excusación de éste, la Cámara no tiene juicio de recusación que resolver, sino que *debe dar por separado* al fiscal, como dice el citado artículo 35 del código de procedimiento penal.

Creemos haber demostrado que sólo los jueces son recusables, pero que por una excepción puede serlo la parte llamada ministerio público; que los funcionarios que han prevenido en el conocimiento del asunto no pueden ser separados del conocimiento de él, debido a la intervención posterior del letrado; que las causas expresadas en el artículo 22 no se aplican al ministerio público cuando se excusa, bastándole exponer *los motivos que tuviese, debiendo separársele del conocimiento de la causa*.

Debemos declarar que los motivos deben ser fundados, y no alegarse pretextos indignos de un magistrado, en cuyo caso, el juez o tribunal, no sólo pueden, sino que deben rechazar la petición. Lo único que sostenemos es que el ministerio público puede excusarse de una manera amplia, alegando cualquier *motivo* que tuviese aunque no sea de los expresados en el artículo 22 del código de procedimiento penal.

## LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL



Se sostiene por algunos letrados que ellos no están obligados a contestar por escrito la acusación hecha por el señor agente fiscal, que esa respuesta debe hacerse oralmente, ante la Cámara, a estar a los términos del artículo 272.

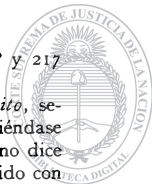
Analicemos el punto.

El artículo 3.º del código de procedimiento penal dice que «el defensor particular y el de pobres al presentar los escritos de defensa, ofrecerán *toda la prueba* que tuvieren en escrito por separado, acompañando los respectivos interrogatorios». Otro tanto manda respecto del «*agente fiscal* cuando desearé producir *prueba en plenario*, al *deducir la acusación*» (art. 217). El defensor, al contestar esta acusación, «*debe ajustarse a lo dispuesto en el artículo 3.º de este código*» (art. 220). El juez, ofrecida esa prueba, «*abrirá un término de diez días para su recepción, el que podrá prorrogarse hasta cuarenta*» (223). Dentro de los primeros diez días del término de prueba, el fiscal y la defensa pueden ofrecer pruebas para desvirtuar o contrarrestar las que hubiesen ofrecido en

los escritos a que se refieren los artículos 3.º y 217 de este código» (art. 229).

Todo esto se refiere al *procedimiento escrito*, seguido entre el defensor y el *agente fiscal*, entendiéndose bien, ante el juez del crimen. El codificador no dice otro tanto cuando habla del juicio oral seguido con el fiscal de Cámaras. En este caso manda que ante la Cámara se lea la acusación, concediendo luego la palabra al acusado y a su abogado para que expongan lo que tengan por conveniente (art. 272). En el juicio oral de nada sirve todo lo actuado en el sumario de instrucción, a los fines de condenar al reo, salvo los casos exceptuados (art. 277, código de procedimiento penal). El fiscal debe ofrecer *nuevas pruebas* a producirse ante la Cámara (arts. 267 y 268, código de procedimiento penal). El orden de procedimiento, pues, es otro. Puede producirse nueva prueba en la audiencia. Este derecho no debe restringirse para la defensa. Así como en el procedimiento escrito se permite a la defensa producir su prueba de una manera amplia para contrarrestar la adversa, llegando al punto de admitirse en 2.ª Instancia hasta el último instante de cerrarse la discusión (arts. 327 y 328), otro tanto sucede en el juicio oral. No hay disposición legal que lo prohíba, tanto más cuanto que ese fallo hace cosa juzgada, puesto que no se concede el recurso ordinario de apelación.

En nuestra opinión, desde que lo actuado durante la instrucción del sumario, no sirve para condenar al reo, más valiera que se le autorizara para la opción en el momento de la indagatoria.



## RECUSACIÓN DE PARTES. — RECUSACIÓN FISCAL



Es conveniente profundizar esta materia para dejar bien en transparencia el error de nuestros tribunales. En efecto, vamos a hacer un último argumento, de carácter radical, demostrativo de que el defensor *es parte indispensable* en todo juicio criminal, sin el cual no puede marchar la causa, y que, por consiguiente, lo legislado en materia civil, respecto a la recusación por causa del letrado, tiene su razón de ser, y no así en lo penal.

El legislador ha declarado en el Título I—*La Defensa*—que «todo acusado *será defendido* por el defensor de pobres, quien intervendrá en el proceso hasta que sea substituído por *el abogado de la matrícula* que propusiere aquél» y que «el procesado podrá defenderse personalmente si, a juicio del juez, esta defensa no obstare a la marcha del juicio» (arts. 1 y 2, código de procedimiento penal).

Se ve, pues, que el defensor ha de ser *abogado de la matrícula*, cuando fuere particular, y que la ley ha considerado de orden público proveer a la defensa del reo, creando un funcionario al efecto. Estos son, pues,



quienes los representan, por ministerio de la ley. No pueden los procesados ocupar el lugar de los defensores, como lo haría el mandante, el dueño del pleito, tratándose de su mandatario. No pueden nombrar sino a un abogado de la matrícula, para así igualar las condiciones intelectuales del defensor con el acusador público, como lo tiene declarado la Corte en el conocido caso del doctor Servando García, en 1878. Se trata de un desgraciado privado de su libertad a quien el legislador le da un defensor que ocupa su lugar.

En cambio, en materia civil, la Constitución deja amplia libertad de acción al dueño del litigio, pudiendo defenderse por sí mismo. La Constitución, en la cual están fundados los artículos citados del código de procedimiento penal, es la que manda que el reo no puede defenderse por sí mismo. Es del precepto institucional que resulta que el defensor es *parte obligada* en el expediente criminal (art. 175 de la Constitución). Es lo mismo que tiene resuelto la Corte, en inúmeros casos, declarando que la libre defensa sólo existe en causa civil, cuando la parte se presenta por sí misma. En el caso del reo, éste no puede defenderse por sí mismo sino cuando el juez lo autoriza para ello. En la causa de Raúl F. Oyhanarte, por disparo de arma de fuego en La Plata, decía el Procurador General de la Corte que «el presente recurso de inconstitucionalidad lo ha deducido Raúl F. Oyhanarte sin asistencia de defensor ni letrado patrocinante, en cuya virtud no ha debido acordarse, porque la libre defensa que garantiza el artículo 175 de la Constitución sólo puede ejercitarse, de acuerdo con esa prescripción de la ley funda-



mental, en causa civil propia». (Dictamen del doctor Escobar de fecha agosto 18 de 1911, publicado en *El Boletín Oficial*.)

De aquí se deduce una consecuencia fundamental e importante. Como en las causas civiles el abogado no es parte, sino que firma los escritos que el cliente presenta, el legislador ha tenido *forzosamente* que hablar del letrado para saber si, *no siendo parte*, podía recusar al juez, en su calidad de abogado. Si para la ley civil fuera parte, es indudable que no habría tenido necesidad de hablarse *especialmente* de la enemistad, amistad y parentesco del abogado con el juez, a fin de recusarlo. Como no es una misma persona, de ahí la disposición, a fin de equipararlo a la parte. Pero, en materia penal, el defensor forma parte conjunta con el reo, debido al precepto constitucional. Luego, no ha habido necesidad de hacer diferencia alguna. Cuando en el artículo se habla de causas de recusación respecto de *las partes*, se entiende que son relativas al reo y al defensor, porque ambos lo son en la causa; el uno por su interés privado, el otro por el interés público; algo más: por resorte institucional. En este sentido, es inconstitucional el artículo del código de procedimiento penal que faculta al juez para concederle al reo el derecho de defenderse por sí mismo. El juez debe, en primer término, aplicar la Constitución.

¿La víctima es parte en el juicio criminal? Y si es parte, ¿deben excusarse a causa de ella quienes estuvieran comprendidos en el artículo 22 ya citado?

Este es un punto resuelto por nuestros tribunales, sin mayor estudio, siendo, no obstante, interesante y claro.





El ministerio fiscal expuso, en un caso reciente, en el proceso seguido por muerte del doctor don Andrés Herrera, que tenía motivos justos de enemistad con la víctima, por lo que se excusaba. La Cámara no planteó la cuestión como debía. La resolvió, diciendo sencillamente, como si la ley fuera terminante en el sentido del fallo:

*Bahía Blanca, agosto 13 de 1915 (1).*

Autos y Vistos: No estando comprendida la causal de excusación expresada por el señor Fiscal de Cámara entre las enumeradas por el art. 22 del Código de Procedimiento Penal no ha lugar a dicha excusación y en cuanto al pedido formulado por la testigo doña Cesira D. de Galletti, que ha sido presentado por la defensa y como es natural en interés de la misma, no ha lugar tampoco (art. 140, Código de Procedimiento Penal).—*Lucero, Freire, Juliáñez, Antemi, Bartolomé J. Roneo.*

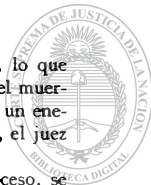
Como se ve, bastaron dos palabras para rechazar una tan legítima excusa.

Estudiemos el punto, que bien lo merece.

La ley autoriza la recusación del fiscal por las causas enumeradas en el artículo 22, entre las cuales está la de la enemistad de *las partes* con ese funcionario (art. 24). Manda más: que «los representantes del ministerio fiscal manifiesten *los motivos de excusación que tuviesen* debiendo dárseles por separado

---

(1) Causa: Galletti Arturo por homicidio en la persona del Sr. Andrés Herrera.



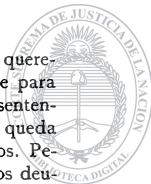
y proveer a su reemplazo» (art. 35). Luego, lo que la Cámara debió plantear, y resolver, era, si el muerto es *parte* en la causa, y si siéndolo, puede, un enemigo de él, intervenir, ya fuera el magistrado, el juez o el fiscal.

Que la víctima es parte esencial en el proceso, se demuestra con decir que no se concibe que pueda haber proceso sin cuerpo del delito. Sin una víctima no habría proceso posible. Es alrededor de su cadáver que gira el juicio. Es ella la que está clamando justicia, y mal puede pedírsela a quienes sean sus enemigos. Con este motivo viene a mi memoria la lección dada por el célebre maestro de Salamanca, don Antonio Gómez, aquel que decía en el siglo XVI que «un infolio es igual a una espada; la posesión de una cátedra equivale al mayor título de nobleza». Gómez plantea esta cuestión: «Ha ocurrido un homicidio y se presentan por separado los herederos, los parientes y la mujer del muerto acusando a su matador. No es posible admitir las tres acusaciones, porque no pueden abrirse a la vez tres procesos sobre el mismo delito. Es necesario elegir una y se pregunta cuál deba ser la preferida. *La acusación de la mujer*—opina resueltamente nuestro autor, confiriéndole por vez primera una prelación,—porque en la mujer concurren la mayor unión y la mayor afectión, y formando una sola carne con su marido, tiene mejor derecho para acusar y para perdonar según su corazón» (1).

El muerto es parte, y está representado por su familia. Nuestro código, aunque ha abolido el sistema

---

(1) Obras de Avellaneda, t. I, pág. 229.



subsistente hasta ayer de dar personería al querellante para acusar, reconoce el derecho de éste para presentar testigo y repreguntarlo, apelar la sentencia absolutoria, y recusar a los jueces, como queda indicado en otra parte de estos ligeros estudios. Pero, aunque no se le reconociera personería a los deudos de la víctima, ahí estaría el fiscal representándolas, pidiendo el castigo. Y ¿sería posible entregar esa representación a quien es enemigo del muerto? Dignamente la rechaza el buen sentido y el sentimiento noble.

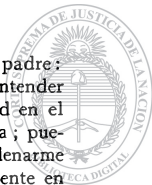
Por lo demás, nada importaría que la familia del muerto abandonara el derecho de venir ante la autoridad a demandar el castigo del asesino. El motivo de excusación no nace de la presentación del deudo, sino de la enemistad con el muerto. El deudo puede tener razones de un orden moral que le impidan presentarse ante la justicia, o no existir; circunstancias éstas que no pueden hacer que no exista lo que existió y existe: ¡la enemistad con la víctima! No se puede prescindir de la personalidad del muerto.

El muerto no existe, se dice. Sí, es verdad; su cuerpo no vive para el futuro; ya no está en el mundo real, pero vive por lo que fué, por su pasado, el cual no desaparece. Es ese pasado el que influye en el proceso. Aunque haya muerto, no por eso ha dejado de ser el hijo, el padre, el amigo íntimo, el enemigo, el deudor, el acreedor, el querellante, etc., del juez o del fiscal, a fin de impedir la intervención de cualquiera de éstos en la causa.

Cuando el padre se excusa de entender en el proceso seguido *contra el asesino* de su hijo, lo hace porque *los muertos mandan*. Sí, los muertos hablan. Es

el muerto que invoca el pasado, y le dice al padre: « Tú no puedes ser juez y parte ; no puedes entender en mi causa ; se trata de estudiar mi actitud en el hecho sangriento, del cual he resultado víctima ; puedo ser quizá el culpable, y tú no puedes condenarme en mi honra que es la tuya ; puedo ser inocente en el hecho, pero tú no eres el llamado a declararlo, pues la absolución sería considerada parcial, como cruel la condena. »

Pues por lo mismo que el padre no puede entender en el proceso contra el asesino de su hijo, otro tanto sucede cuando se trata de alguna persona comprendida dentro de las otras causas de recusación enumeradas en el artículo 22. Allí no hay excepción, ya se trate del juez o del fiscal, en lo fundamental. Y decimos en lo fundamental, porque para el fiscal hay una excepción : no puede ser recusado cuando ha sido denunciante o querellante de quien lo recusa.



## LA PRISIÓN PREVENTIVA Y EL CÓDIGO PENAL



El nuevo código ha venido a concluir con una injusticia, aunque cometiendo una invasión de facultades legislativas a nuestro juicio.

El artículo 49 del código penal, dictado por el Congreso Nacional, dentro de las facultades que le confiere la Constitución Nacional, establece que el cómputo de la pena se hará en esta forma: «El tiempo de prisión preventiva que hubiese sufrido el condenado, se le computará: por tres días de prisión, uno de presidio; por dos días de prisión, uno de penitenciaría; por uno de prisión, otro de la misma pena; por dos días de arresto, uno de prisión; y por uno de esta pena, cuatro pesos de multa» (1).

Ahora bien, el codificador provincial dice ahora,

---

(1) La Ley de Reformas n.º 4.189, dice en su art.º 12 que «ninguna pena corporal podrá ser redimida por dinero» echando por tierra la jurisprudencia humana existente hasta entonces de facilitar la libertad de los encausados por delitos que no merecían dos años de prisión, y estaban excarcelados.

en el artículo 449, que «la prisión preventiva, a los efectos del artículo 49 del Código Penal, terminará a los dos meses de detenida una persona, si a ésta se le impusiere pena de penitenciaría o presidio. La sentencia condenatoria tendrá efecto retroactivo a esa fecha».

El legislador actual resuelve así una cuestión más de una vez promovida y dilucidada en nuestros tribunales. Magistrados hubo que creyeron interpretar el artículo 49 del Código Penal, ley nacional emanada del Congreso, aplicando una disposición del código de procedimiento penal para la Provincia, que decía que los sumarios no debían durar más de treinta días, y las causas terminarse a los dos años. De aquí deducían que el cómputo no debía hacerse como lo mandaba el artículo 49 del Código Penal, ley nacional para toda la República. Como es natural, el raciocinio, que en sí encerraba un fondo de humanidad innegable, pues no era justo decirle a un desgraciado, cuyo proceso ha durado años, sin culpa de él, cada tres días vale por uno, no encontró acogida en la Corte, y ésta, en más de un caso, mandó se cumpliera lo dispuesto en el Código Penal, por cruel que fuera. La curación del mal consistía en que el Congreso Nacional reformara el artículo 49. Esta prescripción no sólo es inhumana, sino injusta, pues se castiga al reo con una triple o duple pena, según el caso sea de presidio o penitenciaría, por una falta que no le es imputable, desde que el proceso no se demora por su culpa.

Se ha creído ahora que porque el legislador provincial ha declarado aquello en el artículo 449 citado, se puede prescindir de lo dispuesto en el artícu-



lo 49 del Código Penal, llevándose las cosas al extremo de declarar que los *condenados*, según el código procesal anterior, tienen derecho a reveer el cómputo de su pena, lo que se está practicando.

Esto es un error gravísimo, pues el estado de la cuestión no ha cambiado; es siempre el mismo. El código anterior mandaba que «el sumario no debe durar más de 30 días», salvo demoras justificadas, y que «transcurrido dicho término, el juez sobreseerá o elevará la causa a plenario»; debiendo «toda causa terminarse en el término de dos años», no computándose las demoras de la referencia (arts. 5.º y 441, código anterior). De aquí se deducía, y con razón, a no haber existido el artículo 49 del Código Penal, que el cómputo de la pena debía hacerse día por día, ya desde los 30 días para la instrucción del sumario, ya desde los dos años para la conclusión de la causa. Estas disposiciones no dicen, en el fondo, ni más ni menos que lo que el artículo 449 del nuevo código, aunque aquí se empleen expresiones distintas. En efecto, ahora se manda que «las causas criminales se terminarán, *a más tardar*, a los tres meses en el juzgado del crimen y en las Cámaras de Apelaciones» (art. 56). Decir que la prisión preventiva termina a los dos meses de detenida una persona, y que la sentencia condenatoria tiene efecto retroactivo a esa fecha, es plantear la misma cuestión ya resuelta por la Corte. Esta ha declarado que el artículo aplicable es el 49 del Código Penal, claro y terminante, diga lo que diga el Código de Procedimiento Penal de la Provincia. La ley del Congreso está sobre la ley provincial, mientras no se pruebe que aquel cuerpo legislativo ha invadido, en esa parte, las facultades de







las Provincias. Parece que no fuera así, desde que la Corte ha resuelto su aplicación. Por lo demás, decir que la prisión preventiva termina a los dos meses de detenida una persona, y que la sentencia tiene efecto retroactivo a esa fecha, no quiere decir que importe derogar el artículo 49 del Código Penal, en el que claramente se dice cómo debe computarse *el tiempo de prisión preventiva*, es decir, que tres días de prisión equivalen a uno de presidio, y dos a uno de penitenciaría. Para interpretar ese artículo 449 como se quiere, es necesario sostener que la Provincia ha tenido facultad para derogar lo que el Congreso sancionó dentro de la órbita de sus atribuciones.

No obstante esta argumentación ilevantable, y la actitud que en nuestro carácter de fiscal de Cámaras asumimos cuando se presentó el primer caso en nuestros tribunales, en causa por cierto llamativa, y en la que la Corte ya, de acuerdo con el código anterior, había resuelto el punto como aquí lo hemos expuesto, sabemos que el caso se falló de una manera contraria, mandando hacer nuevo cómputo de la pena, fundado en el código ahora vigente (1). Esa jurisprudencia es la que prevalece en la actualidad. La respetamos, y no la atacamos, porque, en el fondo, aunque ella viole indiscutiblemente el Código Penal, es humano que así se haga. Es de recordar aquellas hermosas palabras del malogrado doctor Kier, cuando, al demostrar cómo la Legislatura había cometido una inconstitucionalidad por haber mandado suspen-

---

(1) Causa contra los hermanos García por atropello y robo en la casa de la familia de Mongay, en Bahía Blanca. El caso fué resuelto durante nuestro viaje a Europa.

der la ejecución de la sentencia de muerte de Clorinda SarraCan *en nombre del sentimiento público*, decía: «¡Disculpemos a quienes invocaban el *sentimiento público* para no derramar sangre humana, ya que en nombre de ese mismo *sentimiento público* tanta se había derramado por las calles de Buenos Aires en los días negros de la dictadura de Rosas!»

Pero, ¿qué es mejor, nos quedamos preguntando, reformar una ley injusta y cruel, que no se cumple, o valerse de un subterfugio legal para no hacerla efectiva? ¿No sufre la soberanía del Congreso Nacional que la dictó? ¿No sería más leal, más franco, derogarla, pues puede suceder que las demás Provincias de la República, imiten el proceder de la de Buenos Aires y todas ellas deroguen ese artículo del Código Penal? ¿No sería malo sentar este precedente, pues hoy puede ello hacerse humanamente, pero mañana asumir proporciones que se resuelvan en verdaderos y serios conflictos?



## EL JEFE DEL MINISTERIO PÚBLICO



Ya que estamos estudiando el nuevo código, justo es que abordemos una cuestión que hasta ahora se ha planteado en los tribunales de la provincia, pero que conviene se resuelva cuanto antes.

¿Qué es el fiscal de Cámaras, del cual se habla en el código? ¿es un magistrado? ¿es jefe del ministerio público como para dar instrucciones a los agentes fiscales, asesores de menores; defensores de pobres y ausentes?

La cuestión es sencilla. Sólo una confusión lamentable de ideas puede hacer cuestión de lo que la ley y la razón dictan. El fiscal de Cámaras es una personalidad en el organismo judicial. De acuerdo con la ley de su creación, es un magistrado de igual categoría que el camarista en cuanto al sueldo, a las condiciones que debe reunir y a la forma del nombramiento (arts. 7 y 4 de las leyes de 6 de febrero de 1896 y 20 de agosto de 1886).

Está colocado en la categoría del Procurador General de la Corte, cuyas funciones desempeña, con excepción de «las causas de jurisdicción de la Corte»; y esto mismo lo hace cuando lo suple por im-

pedimento del dicho Procurador (art. 64, código de procedimiento penal de 1896).

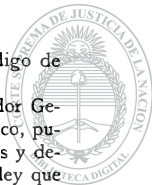
De acuerdo con la ley de 1913 el Procurador General de la Corte es el jefe del ministerio público, pudiendo dar instrucciones a «los agentes fiscales y defensores» so pena de destitución. No dice la ley que pueda darlas a los fiscales de Cámaras. Luego, pues, éstos, que, según las leyes citadas, tienen todas las facultades del Procurador General de la Corte, es indiscutible que son jefes del ministerio en la zona en que actúan, aunque dependientes, a su vez, de su superior jerárquico el dicho Procurador de la Corte.

Estas son las razones que tenemos para sostener que el fiscal de Cámara puede dar instrucciones a los agentes fiscales, sin perjuicio de que éstos, dentro de su independencia de criterio, las acaten o no, aunque ateniéndose a las responsabilidades en que incurriesen.

Conocemos un caso interesante acaecido recientemente en nuestros tribunales, pendiente de resolución ante la Suprema Corte de Justicia. En él se ha planteado la cuestión. Veremos cómo se resuelve. Es de esperarse que triunfen los principios de la independencia del ministerio público, para, dentro de sí mismo, sin necesidad de intromisión de otro elemento extraño a su mecanismo, resolverse las cuestiones sobre superintendencia de sus empleados jerárquicos.

Y en ese mismo juicio se ha planteado un punto interesante; rozándose la independencia del ministerio público.

En estos asuntos parece que aun estuviéramos en el a b c del derecho.





En el código nuevo se da intervención a los jueces y magistrados para tocar al ministerio público, cuando éste debiera ser sagrado en el desempeño de sus funciones, no dependiendo sino de su jefe. Esto es, además, lo digno para los subalternos. Estos debieran preferir siempre depender de los suyos y no de los extraños.

Esta confusión de ideas hace que el legislador declare que un juez o tribunal puede dar órdenes al ministerio público, y hasta separarlo del conocimiento de una causa, con olvido absoluto de su independencia.

Ningún juez o tribunal debe ordenar al ministerio público, y menos separarlo del conocimiento de una causa. Sin embargo, por el artículo 276 del código de procedimiento penal se faculta al presidente de la Cámara para «separar del conocimiento de la causa a los funcionarios inasistentes, sin motivo legal, alegado en tiempo». Fundado en este artículo, el presidente de una Cámara ha separado del conocimiento de la causa nada menos que al fiscal de Cámaras, al jefe del ministerio público. A esto da lugar la intromisión del juez o tribunal. Lo natural y lógico es que nadie pueda tocar al ministerio público sin conocimiento y voluntad del jefe del mismo. Si un subalterno ha cometido una falta, el juez o tribunal debe ponerla en conocimiento del Procurador de la Corte, para que éste, dentro de aquella independencia, resuelva o no su separación. De otro modo no alcanzamos a darnos cuenta de lo que significa la ley de 1913 que declara jefe del ministerio público al procurador de la Corte. Si esto no ha sido declarar la independencia del ministerio fiscal, entonces no había



necesidad de dictar esa ley. Si el jefe del ministerio público tiene la facultad de dar instrucciones a los agentes fiscales, defensores de ausentes, y asesores de menores, so pena de destitución, no se concibe que un presidente de Cámara o un juez le diga al fiscal de Cámaras o al agente fiscal: «Usted acata la orden que le doy de hacer tal o cual cosa, no obstante las instrucciones recibidas, o lo proceso por desacato» (1).

Si el jefe del ministerio público puede dar instrucciones, so pena de destitución, y la Cámara o el juez, a su vez, pueden procesar al empleado del ministerio público, porque no les obedece, invocando las instrucciones recibidas, hay un conflicto, que debe solucionarse, por el empleado, dando cuenta a su superior jerárquico, o poniendo el hecho en conocimiento de la Corte, para que ésta, en virtud de la superintendencia directiva y correccional resuelva el caso; ¡pero nunca obedecer la orden del presidente de la Cámara, sin siquiera dar cuenta a su superior de lo sucedido!

Esto acaba de producirse en el juicio seguido contra Salvador Berenguer, por homicidio, en Bahía Blanca; por lo que el caso está sometido a la Corte, cuyo hecho se ha llevado a conocimiento de ella por el señor fiscal de Cámaras de esa circunscripción judicial.

Este hecho prueba elocuentemente la absoluta necesidad de dictar cuanto antes la ley de organización de los Tribunales, para concluir con semejantes cuestiones.

---

(1) Hecho verdadero.

## PROCEDIMIENTO ANTE EL JURADO

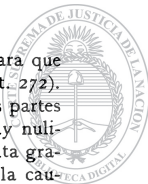


El nuevo código de procedimiento penal de la Provincia de Buenos Aires contiene disposiciones que conviene analizar.

El artículo 267 dice que «si el procesado hubiere optado por el juicio oral el expediente se remitirá a la Cámara, con citación del agente fiscal. Este podrá ofrecer, dentro de los tres días de esta notificación, *nuevas pruebas* para que sean recibidas en la oportunidad debida. También podrá ofrecer prueba el fiscal de Cámara dentro de los cinco días de ser recibidos los autos en el Tribunal, a cuyo efecto se le hará saber la elevación».

Las *nuevas pruebas* se producen en el juicio público, y luego se concede la palabra al fiscal de Cámara y defensores para que «manifiesten lo que estimen conveniente». En seguida, «el tribunal se retirará a deliberar para dar su veredicto».

Bueno es recordar que antes de producirse las *nuevas pruebas*, se lee el escrito de acusación que el agente fiscal presentó ante el juez del crimen y lo que consta del sumario, concediéndose luego la pala-



bra solamente al «acusado y a su abogado para que expongan lo que tengan por conveniente» (art. 272).

Como se ve, el juicio oral se divide en dos partes esenciales, a punto que si no se cumplen hay nulidad de lo obrado, constituyendo el hecho «falta grave para los magistrados que intervengan en la causa» (art. 279). En la primera, se reproduce lo que el agente fiscal ha expuesto en su acusación, y «las diligencias de prueba que no deban producirse en el juicio oral», oyéndose luego al defensor. Sin duda el legislador ha considerado que esta exposición del defensor es la respuesta a la acusación hecha por escrito, en los autos, ante el juez del crimen, por el agente fiscal, fundados, uno y otro, en las diligencias de pruebas hasta entonces incorporadas al proceso. Esto, sin embargo, sería una doble audiencia, pues, como más adelante se expone, parece que la respuesta a la acusación del agente fiscal ya se ha hecho por escrito, por el defensor, ante el juez del crimen. Viene luego la segunda parte del juicio oral, consistente en recibir las *nuevas* pruebas ofrecidas por el ministerio público, único del cual habla la ley, como si privara al acusado de producirlas a su vez, en ese acto, lo que sería un ataque al derecho de la defensa.

Producidas esas nuevas pruebas, «el presidente concederá la palabra por orden al fiscal, al defensor, o defensores, y, por último, al acusado o acusados, para que manifiesten lo que estimen conveniente», después de lo cual, como se ha visto, «el tribunal se retirará a deliberar para dar su veredicto».

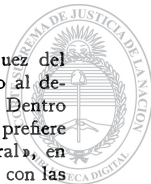
Con estos antecedentes, se comprenderán las observaciones que pasamos a exponer.



Una vez deducida la acusación ante el juez del crimen por el agente fiscal, se le da traslado al defensor (art. 220) por seis días prorrogables. Dentro de este término el acusado «manifestará si prefiere ser juzgado en *única instancia* y en juicio oral», en cuyo «caso expresará las pruebas del sumario con las que no se conforma» (art. 221), debiendo remitirse «el expediente a la Cámara que corresponda con citación del agente fiscal» (art. 267). En este momento, el agente fiscal puede ofrecer *nuevas* pruebas, teniendo tres días para ello. El fiscal de Cámaras puede hacerlo también dentro de cinco días, «a cuyo efecto se le hará saber la elevación» del proceso en el tribunal.

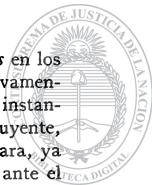
Como es natural suponer, el ofrecimiento de esas *nuevas pruebas*, por parte del ministerio público, tiene que nacer de algún hecho producido con posterioridad a la acusación, por él desconocido cuando acusó, el cual no puede ser otro que el surgido de la defensa presentada por escrito al evacuarse el traslado conferido de la acusación deducida por el agente fiscal. Éste, en vista de lo alegado por la defensa, puede ofrecer *nuevas* pruebas para contrarrestar las *nuevas* pruebas a su vez ofrecidas por el defensor en su escrito de defensa. En efecto, la ley manda que tanto el fiscal como el defensor, deben, al acusar y defender, respectivamente, presentar su prueba, acompañando los interrogatorios (arts. 3.º, 217, 220, 223 y 229).

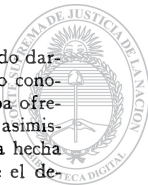
Desde luego se comprende que al examinar «la Cámara las nuevas pruebas ofrecidas *por una y otra parte*» (art. 268), a fin de declarar su pertinencia o rechazo en el juicio oral, la ley se refiere indiscutible-



mente a las que se ofrecieron *por ambas partes* en los escritos de acusación y de defensa, y a las nuevamente ofrecidas después de optarse por la única instancia. Esto demuestra, de una manera concluyente, que cuando el expediente se remite a la Cámara, ya está ofrecida la prueba *por una y otra parte* ante el juez del crimen, en los escritos de acusación y defensa, con sus interrogatorios respectivos. No se refiere solamente a la *nueva prueba* ofrecida por el ministerio público, del cual únicamente habla la ley, en este caso. Cuando el legislador se refiere, en el artículo 268, a la resolución a adoptarse por la Cámara sobre la prueba propuesta *por una y otra parte*, naturalmente que se trata de la ofrecida en la acusación y en la defensa escritas, antes de optarse por el juicio oral, además de las *nuevas* ofrecidas por el ministerio público al tener conocimiento de lo alegado en la defensa, de la en ésta ofrecida y de la opción del dicho juicio oral.

De todo esto resulta, a estar a la economía del código, que es indispensable que ante el juez del crimen se evacúe primeramente el traslado de la acusación del agente fiscal. La prueba ofrecida ante el juez del crimen, en dichos escritos, con más la nueva propuesta por el ministerio público, es la que se diligenciará en el juicio oral, para luego *recién* oírse al señor fiscal de Cámaras. Es en este momento, que aparece la personería del fiscal de Cámaras, impuesto recién de las constancias del sumario instruido en primera instancia y de la prueba producida en el juicio oral. Recién está en condiciones de formar su opinión en conciencia y en ciencia. Hasta entonces nada conoce, pues el expediente no se le ha pasado





en vista siquiera, para estudiarlo. No ha podido darse cuenta exacta de lo que se trata, hasta no conocer el resultado, en el juicio oral, de la prueba ofrecida por el agente fiscal y el defensor, como asimismo la acusación y la defensa, ya sea ésta la hecha ante el juez del crimen, o las alegaciones que el defensor haga en la Cámara antes de recibirse la nueva prueba, para lo cual lo autoriza el artículo 272 ya citado.

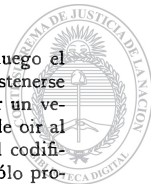
Desde luego, hay un vacío sensible en el código, cuando obliga al fiscal de Cámaras, que no conoce el proceso, a ofrecer nueva prueba, sobre cuya recepción debe recaer un auto previo de la Cámara. No es posible que un funcionario, que aun no sabe si debe acusar, según su ciencia y conciencia, ofrezca, sin antes estudiar el proceso, *nuevas pruebas*, ni siquiera para averiguar la verdad del hecho, y luego recién poder manifestar si acusa o no acusa. El legislador, ya que quiere obligarlo al funcionario a producir nueva prueba dentro del angustioso término de seis días, ha debido mandar que previamente se le pase el sumario para su estudio. Entonces, el fiscal de Cámaras, que viene a ser el único que tiene personería, en la causa, pues ha desaparecido el agente fiscal, y a quien se le encomienda la misión de representar a la sociedad, estaría en condiciones de asumir una de dos actitudes: o acusar, y ofrecer nuevas pruebas, o manifestar que no acusa. En este último caso, el proceso quedaría concluido, o se pasaría al señor Procurador de la Corte para que diera su dictamen, si es que quisiera colocarse a aquel funcionario en la categoría del agente fiscal, como cuando éste no en-

cuentra mérito para acusar y pasa el proceso al fiscal de Cámaras (art. 212).

En nuestra opinión, de acuerdo con lo que hemos visto en algún tribunal europeo, el procedimiento debiera ser el de mandar archivar el proceso, sin más trámite, sin perjuicio de la responsabilidad del magistrado. Este es el camino a adoptarse, porque en el juicio oral no puede imponerse al único acusador, al único representante del ministerio público, al fiscal de Cámaras, la obligación de pasar por la acusación deducida ante el juez del crimen, por el agente fiscal, que sólo debiera producir efecto en el *procedimiento escrito* a seguirse ante el dicho juez, como resulta del título del capítulo respectivo (arts. 220 y siguientes). De aquí que sostengamos la tesis de que en el juicio oral debe leerse, no la acusación que el agente fiscal produjo ante el juez del crimen, sino la deducida ante la Cámara por el fiscal de Cámaras, una vez oído, previa vista del proceso. Mientras tanto sostenemos que, aun dentro del procedimiento adoptado, no obstante el vacío señalado, puede el fiscal de Cámaras, en el acto del juicio oral, no mantener la acusación del agente fiscal, si lo cree en conciencia, y manifestar que no acusa, o que atenúa la pena solicitada, en virtud de esa nueva prueba alegada y producida por la defensa, y aun por él mismo. Y esto último, porque los representantes de la sociedad no tienen sólo el deber de perseguir a los criminales, sino de hacer poner en libertad a los inocentes.

De lo expuesto resulta que en el juicio oral debiera limitarse la autoridad a recibir la prueba declarada pertinente por la Cámara, y, una vez recibida, oír al acusador. Si éste desiste, archivar el proceso ;





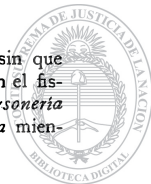
si no, escuchar lo que exponga, y conceder luego el uso de la palabra al defensor. No puede sostenerse que la Cámara sólo tenga la misión de dictar un veredicto absolutorio o condenatorio, después de oír al fiscal de Cámaras y al defensor, como dice el codificador. El pronunciamiento de ese veredicto sólo procede cuando hay acusación, y, ende, defensa.

Falta, pues, declarar en la ley que cuando el fiscal de Cámaras no acusa, ha de archivar el proceso, debiendo previamente dársele vista de él.

Debe reformarse asimismo el procedimiento, estableciéndose que una vez declarado cerrado el sumario, debe el acusado, o el defensor, manifestar por cuál procedimiento opta. Si opta por el escrito, entonces recién se pasarán los autos al agente fiscal; si por el oral, se remitirán a la Cámara, adonde, ésta, mandará se entreguen al fiscal de Cámaras, por un término dado, para que acuse o no acuse. Y éste será entonces el *escrito de acusación*, cuya lectura se hará en el juicio oral a que se refiere el artículo 272 del código de procedimiento penal. De ese escrito de acusación debe darse traslado al defensor, piezas ambas que serán leídas en la audiencia pública, produciéndose luego la prueba ofrecida en dichos escritos. Trabada así la *litis-contestatio*, las partes sabrán lo que han de discutir, y no se expondrán a sorpresas. La prueba tiene que recaer sobre lo que ha sido materia de discusión, y el fallo versar sobre lo mismo, sin perjuicio de plantearse aquellas cuestiones de derecho que considere *necesarias el Tribunal*, como dice el artículo 284 del código de procedimiento penal.

De esta manera quedarían perfectamente separados ambos juicios, el escrito y el oral, y deslinda-

das las atribuciones del ministerio público, sin que el agente fiscal interviniera conjuntamente con el fiscal de Cámaras, produciéndose una *doble personería* en cuanto al ofrecimiento de la *nueva prueba* mientras el defensor es uno solo.

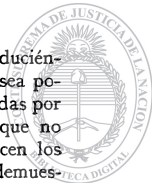


## TESIS PELIGROSA



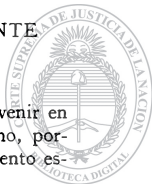
Es de dudosa aplicación el artículo 277 del código de procedimiento penal cuando dice que «las declaraciones y las pruebas recibidas durante el sumario no pueden servir para fundar una sentencia condenatoria». No alcanzamos a comprenderlo. Si esa prueba sirve para absolver, ¿cómo es posible que el juez, al estudiarla, según su conciencia, como dice el código, no la aprecie, si de ella resulta el delito cometido? Si sirve para lo uno forzosamente sirve para lo otro. Más aún: sostenemos que en el caso de no haberse conformado el reo con las pruebas del sumario, según el artículo 221, no basta esto para no tomarlas en consideración. En ese caso, que el reo suministre la contraprueba. Es muy peligrosa la tesis sostenida por el legislador, pues con ella pueden libertarse los criminales. Sin embargo, como es bueno buscar la interpretación sana, creemos que lo que el codificador ha querido con ello, es, sostener lo que antes de ahora hemos apuntado, es decir, que ante la Cámara, como único juez de la causa, se ha de ins-

truir el sumario, en audiencia pública, reproduciéndose, de oficio, todo lo actuado, hasta donde sea posible, sin perjuicio de las *nuevas pruebas* ofrecidas por las partes, si son pertinentes. Si hay algo que no sea posible reproducir, ello vale, como lo dicen los incisos 4.º y 5.º del citado artículo 277. Esto demuestra concluyentemente que el sumario instruido sirve de algo, para condenar como para absolver, pero que su validez o nulidad ha de resultar de la audiencia pública, donde debe reproducirse por mandato del tribunal, sin que nadie lo solicite, como juez instructor.



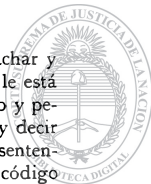


## INTERVENCIÓN DEL QUERELLANTE



Se pregunta si el querellante puede intervenir en el juicio oral, y hay quienes sostienen que no, porque su intervención es sólo para el procedimiento escrito. Nosotros sostenemos lo contrario.

El código tiene, en lo referente al caso, tres Libros. El 1.º lo titula *Disposiciones generales*; el 2.º, *Sumario*, y el 3.º, *Plenario*. Lo estatuido en los dos primeros libros rige para todo el proceso. No hay excepción alguna al respecto. Ahora, cuando se llega al plenario, el cual está basado en lo actuado, de acuerdo con lo dispuesto en los dos libros anteriores, sin discrepancia alguna, se habla del *procedimiento escrito* y del *juicio oral*. Entonces se indica la forma de proceder a la discusión, recepción de la prueba y manera de dictarse el veredicto, durante el juicio oral. No se dice que quedan sin efecto las disposiciones del código contenidas en los dos libros anteriores, que son la raíz, principio y base del proceso. De acuerdo con esas leyes ha intervenido el querellante, quien, sin ser parte, puede, sin embargo, solicitar diligencias para comprobar el delito y descubrir a los culpables; asistir a la indagatoria del prevenido y a las



declaraciones de testigos, con facultad para tachar y repreguntar a éstos ; recusar, en los casos que le está permitido al acusado ; activar el procedimiento y pedir el pronto despacho de la causa ; y apelar y decir de nulidad del auto de sobreseimiento y de la sentencia absolutoria de Primera Instancia (art. 80, código de procedimiento penal). Las palabras de la ley, al autorizar al querellante para todo esto, sin distinción de procedimiento escrito o juicio oral, son las siguientes : « El particular damnificado por un delito de los que dan lugar a acción pública, podrá intervenir *en el juicio penal*, pero sólo con las facultades que este código establece. » Esas facultades son las mencionadas anteriormente.

Ahora bien, el *juicio penal*, como dice el codificador, no es sólo el sumario, sino el plenario. Este puede ser escrito u oral, pero no se restringe, en uno ni en otro, la intervención del querellante. No hay disposición alguna que ordene lo contrario, ya se trate del procedimiento escrito o del oral. Con el criterio que impugnamos, podría sostenerse que el querellante tampoco podía intervenir en el procedimiento escrito, a título de que al hablar de las reglas a seguirse para éste, nada se dice del querellante. Si no se ha hablado de él es porque, no siendo parte, no hay que oírlo para los efectos de la acusación ; pero de ahí no se deduce que queden sin efecto las facultades que el codificador le concede en cuanto a ofrecer prueba y repreguntar a los testigos, y hasta recusar al Tribunal. Si no se le tuviera como querellante en el juicio oral, habría que prescindir de cuanto él hubiera alegado en el sumario. Y esto no lo dice la ley, sino que autoriza su reproducción.

Esta cuestión no existiría, si el legislador hubiera sido consecuente con su tesis. Cuando en el artículo 82 declara que el querellante «no reviste el carácter de parte», ha debido limitarse a ello, sin perjuicio de que privadamente pudiera ofrecerse al ministerio público todos los antecedentes que se tuvieran. El hecho de darle aquella intervención tan amplia, a punto de mandar que se le notifique el auto de sobreseimiento y la sentencia (art. 83, código de procedimiento penal) para que pueda apelar, quien, se dice, *no es parte*, es lo que da motivo a la duda. ¡ En efecto, no se concibe que quien no es parte pueda hacer aquello, que, puede decirse, importa intervenir en todo el proceso, salvo la acusación !





Es criticable el rigorismo que el codificador observa con el ministerio público, colocándolo en una situación deprimente. Ya en otra parte hemos hablado de ello al ocuparnos de las cédulas. Parece que el efecto buscado es obligar a los funcionarios que no van a su despacho, a que cumplan yendo a ellos. Pues bien, el efecto es contraproducente, con recargo de trabajo para el empleado y gasto de papel y tiempo. En efecto, el resultado es hacer más haragán al funcionario en cuestión, pues desde que él sabe que no es necesaria su presencia en la oficina para notificarse, porque le dejarán la cédula respectiva, en ello desoansará, recargando con un trabajo enorme al pobre empleado. Y esto, sin contar con el gasto de papel que debe pagar el Estado.

Es asimismo criticable aquella disposición que manda que «el término para expedirse en los traslados y visitas se contará *desde el día siguiente a la notificación, aun cuando no hayan retirado el expediente*».

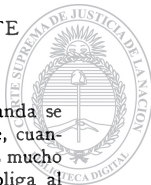
Esto no ha sido bien meditado. En primer lugar,



el ministerio público puede haberse notificado, y esto sucede, por lo general, antes que las demás partes, y, por consiguiente, serle imposible *retirar*, como dice el artículo, el expediente, al día siguiente de la notificación, para evacuar la vista o el traslado. Lo natural es esperar a que el expediente se encuentre en estado de ser *retirado*. En segundo lugar, parecería, a estar a la redacción del artículo, que el ministerio público debe encargarse de *retirar* el expediente. Lo natural, lo noble, lo digno, es que sea el empleado de la secretaría quien se lo lleve a su oficina, una vez que estuviera en estado, siendo el subalterno el responsable de la demora en llevarlo. El ministerio público no puede ni debe andar en esa materialidad, introduciéndose en las Secretarías, para saber si se le entrega o no el expediente. Eso es del mecanismo interno de la oficina, de sus empleados.

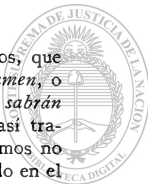
En ese sentido, hay una omisión en el artículo 66, del código de procedimiento penal, cuando habla del «secretario que demora la remisión de expedientes *al juez o tribunal* a quien corresponda», pues ha debido hablar asimismo del ministerio público, y no limitarse al *juez o tribunal*; o hablar en general de la demora de expedientes que deban remitirse a las autoridades y funcionarios. Esa omisión hace suponer que el legislador ha querido que el ministerio público se encargue de *retirar el expediente*, cosa absolutamente imposible en la práctica, por lo que a ningún secretario de Cámara se le ha ocurrido guardar los procesos y esperar a que el fiscal de Cámaras los vaya a retirar. ¡ Sería un colmo !

## LAS COSTAS Y EL QUERELLANTE



Digna de crítica es la disposición que manda se condene *siempre* en las costas, al querellante, cuando se deseche la querella. Esto no es justo. Es mucho más humana y razonable la doctrina que obliga al juez a estudiar la causa y ver si el querellante ha tenido alguna *derecha razón para moverse*, como decían los antiguos. Puede haber casos en que el juez reconozca que, en el fondo, tiene razón el querellante, aunque no haya probado su acusación. Es cruel la ley que no hace distingos, de un orden moral, y manda que *siempre*, aun violentando su conciencia, deba el juez castigar a quien quizá considera realmente damnificado por el acusado que absuelve, por falta de prueba legal. El legislador no debe hacer una máquina del juez. Debe dejarle libre su conciencia, su voluntad, aun dentro del mecanismo judicial. No matemos la conciencia, el libre albedrío. Formemos hombres conscientes de sus deberes morales, que no se escuden tras la letra muerta de la ley. Enseñémosles a examinar las cosas, y a proceder con los dictados de esa justicia que trae consigo responsabilidad.

No formemos pueblos de casuístas, escolásticos, que a lo mejor os responden: *dura lex, scripta tamen*, o *doctores tiene la santa madre Iglesia que os sabrán responder*. El pueblo debe raciocinar, para así trazarse sus propios destinos. Lo que impugnamos no está de acuerdo con aquel principio proclamado en el artículo 282 del código de procedimiento penal de que «para la apreciación de la prueba no se impone a los magistrados regla alguna, pues sólo se exige que expresen su convicción sincera sobre la verdad de los hechos juzgados». Esto, que se manda para el juicio oral, es lo mismo que debe estatuirse en el caso en cuestión: dejar a la recta conciencia del juez la imposición de las costas. No basta perderse un pleito para sostenerse que no tiene razón legal o moral el perdedor. Un pleito puede, unas veces, ser bueno, legal y moralmente; otras, ser legal, pero inmoral; otras, moral, pero ilegal; y otras, ilegal e inmoral. Y en este campo de acción debe navegar la conciencia del juez con un timón poderoso: la rectitud.



## LA PRESENCIA EN EL VEREDICTO



Consideramos innecesaria la disposición que dice que «desde el momento en que vaya a concederse la palabra al fiscal, el presidente hará saber a éste, a los camaristas y abogados, que *ninguno puede retirarse de la casa* hasta que no se pronuncie el veredicto. Si así no se hace hay *pena de nulidad*, y su infracción constituye falta grave para *los magistrados* que intervengan en la causa » (art. 279, código de procedimiento penal).

Sin duda lo que se quiere es que el veredicto se pronuncie, en ese acto, en seguida, sin que *los magistrados* llamados a pronunciarlo, se pongan en relación con terceras personas. Esos son los que no deben salir de su lugar de funciones. Los demás funcionarios, que han concluído con su misión, ya acusando, ya defendiendo, en nada desnaturalizan la acción de la justicia con alejarse de la casa. Ya nada tienen que hacer. Deben sí, por cortesía, a lo menos, concurrir al acto de la lectura del veredicto, si es que algún inconveniente no se opone ; pero, no puede deducirse, de la circunstancia de no hallarse presentes,



que haya nulidad del acto y falta grave *para los magistrados*. No debe declararse la nulidad por un hecho tan insignificante, que no es indispensable para la validez del acto, pues el veredicto se notifica a las partes, como es de práctica, al día siguiente. Es de suponerse que el legislador ha pensado que esa nulidad sólo puede provenir de la inasistencia de los *magistrados* al pronunciar el veredicto, desde que habla de la falta grave por parte de éstos. Y bajo esa palabra *magistrados* debe entenderse quienes pronuncian el fallo, que son los camaristas.



## OBSERVACIONES FINALES



El codificador ha suprimido el título relativo a correcciones disciplinarias. Esto no quiere decir que los jueces no estén autorizados para imponerlas. El artículo 459 ya citado faculta la aplicación de las leyes que han regido anteriormente, siempre que no se opongan al código actual. Y aquellas disposiciones del código anterior, en nada se oponen. Los jueces deben tener la facultad para hacer guardar el respeto y el orden, aunque no haya una ley escrita, porque ella es indispensable para el desempeño de sus funciones.

En el juicio de calumnia e injurias se da intervención al defensor de ausentes para que defienda al querellado en caso de su inasistencia al juicio. Creemos que tratándose de una cuestión privada, no debe intervenir el tal defensor de ausentes. El juicio debe seguirse por los trámites comunes, declarándose rebelde a quien no comparece.

Estas son las impresiones recibidas al estudiar el código confeccionado por el ilustrado doctor Jofré. Es una obra laboriosa. Su autor ha puesto en ella toda su experiencia profesional. Quizá podría obser-



varse que algunas veces domina el criterio del letrado defensor del reo, y otras un espíritu contrario. Algo de esto último hay en la restricción de los recursos. Es nuestra opinión que en materia criminal debiera admitirse un recurso común de apelación para ante la Corte, a fin de que ésta dijera su última palabra.

En cambio, se nota un espíritu de defensor cuando se dice en el artículo 65 que «los fiscales y fiscal de Cámara y defensor de pobres serán notificados por cédula cuando no se les encontrare en su despacho».

Este artículo tiene un defecto de redacción. Ha debido empezarse por mencionar a los funcionarios según su jerarquía, es decir, nombrar primero al fiscal de Cámara. Está mal colocado en el título *Términos judiciales*, pues debió hallarse en el de «Notificaciones, citaciones y emplazamientos».

Este mismo defecto se nota al leer el artículo 454, incluído en *disposiciones complementarias*, en el cual se lee que «al interponerse apelación, cuando ésta proceda en relación, manifestará el apelante si se conforma con la composición del tribunal de segunda instancia. El apelado hará esa manifestación dentro del tercero día de concedido el recurso. En estos casos, o cuando nada dijeren, en segunda instancia entrarán los autos al acuerdo sin llamar autos, con la sola nota del secretario y sin más trámite».

Este artículo debió colocarse en el título de los recursos de apelación. Parece que esas disposiciones se hubieran redactado a última hora. Son pequeños defectos que ya se salvarán.

Sin embargo, debemos observar que en el deseo



de hacer rápida la justicia, puede incurrirse en injusticias, o faltas de respeto a los funcionarios. Un fiscal de Cámara es una entidad judicial ; es un magistrado según la ley de su creación ; suple al procurador general de la Corte. No está obligado a concurrir a su despacho para las notificaciones, sino en días señalados por él mismo, según la Acordada de la Corte de fecha 31 de marzo de 1906. De ahí que creamos impropio aquello de notificarlo por cédula. Un funcionario de tal categoría debe tratarse con consideración. No vemos por qué no se hace lo mismo con el procurador general de la Corte, a título de pronto despacho. No se hace, porque los funcionarios merecen consideraciones, llámense procurador de la Corte o fiscales. No se necesita la cédula desde que los tales funcionarios, rectos y serios, están ahí en sus despachos en los días señalados. Nadie, y menos la ley, debe suponerlos capaces de recurrir a medios ilícitos para no notificarse. Y si faltan a su deber, acúseseles y condéneseles despertando así la *fibra legal* en pueblo.

Consideramos irregular aquello de no notificar ante alguno al fiscal de Cámara cuando el proceso viene a la Cámara de Apelación *en relación*. No basta que abajo las partes se hayan conformado con el tribunal. Puede el fiscal de Cámara, que no ha sido parte en el juicio, vigilando por el cumplimiento de las leyes, llamar la atención sobre la indebida intervención de uno de los magistrados, como se ha demostrado en artículos anteriores. Puede más : desistir del recurso o ampliarlo, o pedir se declare libre, y no en relación.

Y aquí ponemos punto final a estos comentarios, escritos, con cariño, para alentar en su tarea al digno y laborioso doctor Jofré ; en los cuales ha de verse el deseo de enaltecer al autor y a la obra, y nunca un espíritu de crítica malevolente.



## UNA RESOLUCIÓN DE LA CORTE DE BUENOS AIRES (1)



La Suprema Corte de Justicia de la Provincia ha resuelto un interesante punto de procedimiento civil y penal, cual es, quién sea el juez competente para imponer correcciones disciplinarias a los fiscales de Cámaras. Y lo ha resuelto, en estos días, yendo contra la jurisprudencia por ella misma establecida en el caso del doctor Prack. Este, en su carácter de fiscal de Cámaras, como se recordará, reclamó contra una corrección disciplinaria impuesta por el juez, sosteniendo que sólo la Corte, en virtud de la superintendencia correccional, podía hacerlo. Y así se resolvió.

Ahora se ha presentado un caso por el estilo, pero se ha resuelto de una manera contraria. En la causa por homicidio contra Pascual Malgerí seguida ante

---

(1) Al trabajo que precede se agregan el presente capítulo y la exposición hecha por el autor sobre lo que ontien de es la verdadera doctrina del «habeas corpus», por que si bien no constituye un comentario directo del nuevo código de procedimiento penal, tratan cuestiones conexas dignas de considerar.



la Cámara de Costa Sud, se pidió, por el letrado defensor del reo, una corrección disciplinaria contra el señor fiscal de Cámaras. La Cámara, de acuerdo con la opinión de este funcionario, se declaró incompetente, y elevó los autos a la Corte. Esta oyó al señor Procurador General doctor don Enrique Johaneton, quien dictaminó sosteniendo que la Cámara debía conocer del incidente. Y, de acuerdo con ese dictamen, así se resolvió.

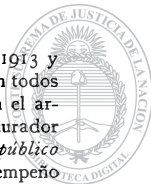
Ahora bien, ¿es procedente la resolución pronunciada?

El legislador dice en el artículo 179 que «los jueces y tribunales tienen el deber de mantener el decoro y buen orden en los juicios, pudiendo imponer al efecto correcciones disciplinarias a los litigantes, abogados y funcionarios que intervienen en aquéllos, por las faltas que cometieren, ya sea contra su dignidad en las audiencias o alegatos, ya sea contra su autoridad, obstruyendo el curso de la justicia en daño de las partes» (1).

De acuerdo con este artículo, el funcionario público puede ser castigado cuando ataca *la dignidad* del juez o va contra *su autoridad*, lo que, nos apresuramos a decirlo, no sucedía en el caso en cuestión, por tratarse de un incidente personalísimo con el señor defensor del reo. Sólo en estos casos puede procederse contra él. Es una facultad que tiene toda autoridad, la de hacerse respetar. Esto es indiscutible, a estar a los términos de la disposición citada, y a los dictados de la razón.

---

(1) Esto decía el código anterior. En el nuevo se ha suprimido todo lo relativo a correcciones disciplinarias.



Pero, vino luego la ley de octubre 24 de 1913 y dió al ministerio público el carácter que tiene en todos los países bien organizados judicialmente. En el artículo 7.º de esa ley se dijo que el señor Procurador General de la Corte es *el jefe del ministerio público* y que sus subalternos procederían en el desempeño de sus funciones de acuerdo *con las instrucciones* que aquél les diera, ¡so pena de destitución!

Esta ley, que consagra el principio fundamental de la independencia del ministerio público, cambió el estado de las cosas, en cuanto a la forma de proceder, entiéndese bien. Los miembros del ministerio público son, desde ese día, independientes, y no pueden ser castigados sino por su jefe. Los jueces, lo único que pueden hacer, es, comunicar al Procurador General de la Corte la falta que, a su juicio, haya cometido su subalterno, para que la pene quien tiene autoridad sobre ellos. Esto es lo que se hace en aquellos países donde se ha declarado la existencia de un jefe del ministerio público, es decir, su independencia. Es la manera de conservar el respeto entre los poderes independientes, para impedir la invasión del uno sobre el otro. De otra manera es exponerse a que el miembro del ministerio público diga al juez que lo castigue: «Comunicaré a mi superior lo acaecido para que él resuelva, a lo que me atenderé; yo no puedo ser objeto de una corrección sino de quien dependo.»

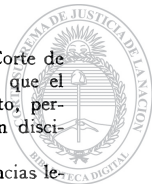
Este procedimiento es el regular, para que el jefe del ministerio defienda, si lo creyera del caso, la dignidad de sus subalternos, que puede ser impunemente atacada. En este caso, el jefe del ministerio público, que no habría abandonado la hermosa facultad de mantener la independencia del poder, di-



remos así, fiscal, discutiría ante la Suprema Corte de Justicia la inocencia de su subalterno, si es que el juez, en conocimiento de lo por aquél resuelto, persistiera en que debe imponerse una corrección disciplinaria al funcionario.

Así quedarían conciliadas todas las exigencias legales y morales, siendo la Corte la que, en última instancia, resolvería el conflicto, en virtud de la superintendencia correccional que le ha dado la Constitución de la Provincia.

En resumidas cuentas, creemos que el señor Procurador General de la Corte doctor Johaneton incurrió en un error al sostener que sus subalternos están sometidos a la autoridad de los jueces y magistrados cuando cometen faltas a la dignidad y autoridad de éstos, abandonando la preciosa facultad nacida de la independencia del ministerio público, del cual él es el jefe único; y que la Suprema Corte de Justicia, a su vez, confirmó ese error, yendo contra la propia jurisprudencia por ella establecida en el caso ya citado.



# EL «HABEAS CORPUS»

## LA VERDADERA DOCTRINA

### EXPOSICIÓN

DEL MAGISTRADO DOCTOR PALOMEQUE  
EN EL PROCESO SEGUIDO CONTRA PEDRO MERKLE,  
POR HOMICIDIO (1)



- I.—El fallo pronunciado en el recurso de *habeas corpus* es apelable.—  
II. Opiniones de Green, Vedia, Alcorta y Cortés, sobre el significado del recurso.—III. Interpretación auténtica de los constituyentes Keen, Mitre, López, Sáenz Peña y Rocha.—IV. Procedimientos erróneos.—V. Crítica de la sentencia.—VI. Juez de la ejecución de la sentencia.—VII. Inconstitucionalidad de las disposiciones del código de procedimiento penal.—VIII. Inaplicabilidad al caso de los artículos 443 c. p. p. y 48 del código penal.—IX. Los fallos deben limitarse a los puntos controvertidos.—X. El fallo pronunciado en el recurso de *habeas corpus* es una sentencia definitiva que debe redactarse de acuerdo con los artículos 172 y 173 de la Constitución.—XI. Resumen de la cuestión.

*Bahía Blanca, 14 de abril de 1915.*

Excmo. señor:

Es sumamente interesante la cuestión jurídico-constitucional que provoca V. E. y asimismo gravísimo lo que acontece en esta causa, como para que la fiscalía de Cámaras pueda y deba guardar silencio, sin llevar la solución del punto ante la Suprema Corte de Justicia, para que ésta, en su alta sabiduría, exponga la verdadera doctrina constitucional, a la vez que emita su juicio sobre la faz moral del suceso.

---

(1) Con este título se publicó en el diario *El Tiempo*, de Buenos Aires, redactado por el ilustrado escritor don Carlos Vega Belgrano, ex ministro diplomático en Alemania.



Esta fiscalía comienza por preguntarse si hay algún recurso contra el fallo de V. E. en los juicios de *habeas corpus*, cuando éstos son realmente tales, pues el presente no tiene sino el nombre con que se le decoró, como aquí se demostrará plenamente.

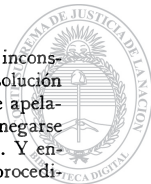
Ella se contesta que sí, no obstante el artículo 426, que dice que «las resoluciones dictadas por la Cámara en el recurso de *habeas corpus* son inapelables».

En efecto, en el artículo siguiente, el 427, se dice que «el procedimiento a que dé lugar el recurso de *habeas corpus* será sumarísimo. No se correrá vista al fiscal, bastando con que sea notificado de las resoluciones que se dicten, *para ponerlo en condiciones de deducir los recursos legales*».

Como se ve, no obstante ser inapelable el fallo, se hace saber al fiscal para que *pueda deducir los recursos legales*.

En su consecuencia, la fiscalía de Cámaras entiende, que, aun en el caso de no ser apelable el fallo, *ordinariamente*, lo es, sí, por medio de los recursos

*extraordinarios* de inaplicabilidad de ley y de inconstitucionalidad. Cuando la ley dice que una resolución es inapelable, se refiere al recurso *ordinario* de apelación. El recurso *extraordinario* sólo puede denegarse en los casos expresamente previstos por la ley. Y entre éstos, según el artículo 348 del código de procedimiento penal, no sólo no lo está el presente juicio, sino que el legislador manda expresamente se notifique el fallo al fiscal *para ponerlo en condiciones de deducir los recursos legales*. Ni siquiera le niega, como se ve, el recurso ordinario, si es que éste procediera para ante la Suprema Corte.





Se ha deducido el recurso de *habeas corpus*, y bueno es recordar lo que histórica y constitucionalmente significa ello, para luego aplicarlo al caso en cuestión.

La lucha sostenida entre los barones y el rey Juan, en Inglaterra, trajo por consecuencia la Magna Carta, en 1215 a 1217. En ella quedó establecido «el derecho de todo ciudadano inglés a una justicia igual y a un buen gobierno. «Ningún hombre—decía—puede ser detenido, preso, desposeído de sus bienes ni expoliado, bajo ningún concepto. Nos obligamos a no dejar castigar a ningún hombre libre más que como pena impuesta a algún delito y conforme a las leyes.»

Este artículo es la base de todo el sistema judicial inglés. «Prometemos — dice más adelante — no traficar con la justicia y ser siempre equitativo e imparcial.»

«Estas reformas no aprovechaban, solamente a la nobleza, que había tomado la iniciativa, sino a la nación entera. Los colonos y trabajadores se encontraban protegidos contra las violencias de sus señores.»

res, del mismo modo que los barones contra las exacciones de la Corona», dice el sabio historiador J. R. Green en las páginas 234 a 237, tomo 1.º, de su notable obra *Historia del pueblo inglés*, traducción española de Edmundo González Blanco.

Ese principio fundamental de toda buena sociedad organizada, fué adoptado muy luego por las naciones cultas, a fin de garantizar la libertad individual. No se permitió que un hombre libre pudiera ser castigado sino conforme a las leyes y por pena impuesta a algún delito.

«En Inglaterra, toda persona arrestada tiene derecho a exigir del aprehensor que lo haga comparecer ante un juez, quien podría ponerle en libertad, admitirle fianza o enviarle al mismo destino. No hay allí arrestos administrativos, ni prisiones por razones de estado; se asegura, además, un pronto juicio. La ley argentina de 1863, sobre jurisdicción, se inspiró en la famosa ley inglesa, al establecer que todo el que se halle restringido de cualquier manera en su libertad individual, puede ocurrir por sí o por medio de sus parientes o amigos a la autoridad judicial competente, a fin de que se investigue la causa de su prisión, y en caso de resultar que ésta ha sido impuesta *por autoridad incompetente* para dictarla, se ponga al preso inmediatamente en libertad. La Suprema Corte de Justicia Federal ha dictado numerosas sentencias decidiendo recursos de *habeas corpus*, estableciendo el criterio y las reglas del caso, con sujeción a la ley de la materia. Según esa jurisprudencia, el recurso sólo es admisible cuando el interesado está preso, y cuando la prisión ha sido ordenada por una autoridad incompetente. No procede cuando consta la





existencia de un delito y recaen sospechas sobre el detenido ; ni contra la prisión ordenada por las Cámaras (legislativas), por razón de desacato ; ni es aplicable a los delitos militares ; ni corresponde a la jurisdicción ordinaria de la Corte ; *ni autoriza al juez para conocer del fondo del asunto.* »

Esto lo encontrará V. E. en la obra *Constitución Argentina*, página 97, por don Agustín de Vedia, cuya autoridad en la materia es notoria en los anales judiciales del país. Es lo mismo que sostiene el malogrado jurisconsulto don Amancio Alcorta en su nutrido y sesudo libro *Garantías Constitucionales*. Por su parte el sabio doctor don Jerónimo Cortés nos dice que «venido el querellante a presencia del juez, después de oírlo se informa con brevedad del hecho ; y si resulta que quien decretó la prisión *carecía de autoridad para ordenarla*, o bien que *no se han observado las formas constitucionales*, resuelve la soltura o libertad del ocurrente, declarando, en caso contrario, no proceder el recurso. El recurso no importa, para el preso, *sino el derecho de ser oído en justicia sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de su prisión*, lo cual una vez resuelto no podrá volverse sobre el mismo punto, y *ninguna aplicación podrá tener respecto de los reos que después de haber hecho su defensa en juicio hubiesen sido condenados por sentencia, previo el trámite legal*». (*Exposición de la reforma constitucional sancionada en 1870*, por el doctor don Jerónimo Cortés, págs. 102 y 103, edición de 1903.)



Esta sana doctrina es la misma que expuso el general Mitre en la Constituyente del 73. En la sesión del 21 de julio de 1871 declaró que en el seno de la Comisión, el ilustrado Keen, que en esos días fallecía, había manifestado que «él quería algo más eficaz, algo como el *habeas corpus* inglés». «Fué, decía Mitre, en su nombre y por su encargo, que tomé sobre mí estudiar el punto, y en la sesión siguiente presentar el texto de la ley de *habeas corpus*, y exponer toda la legislación que había en los diversos Estados de la Unión Americana, presentando todas las opiniones de los tratadistas sobre la materia, a la vez que una redacción que tuviese su colocación en el proyecto de Constitución. Ella fué considerada detenidamente por todos y aceptada de común acuerdo, sin ninguna observación en contrario.»

El doctor López opinó por el agregado de una multa, como aparecía en la ley inglesa para el juez o tribunal que no atendiera la petición, lo que era apoyado por el doctor Sáenz Peña.

En el curso de la discusión, el general Mitre declaraba que en el artículo se disponía que «siendo re-





tenido *por su juez competente, ningún otro juez puede sacarlo*». Por su parte, el doctor don Dardo Rocha expresaba que «si la autoridad que ha detenido a un ciudadano *es competente*, según este artículo, *no hay juez ninguno que pueda arrebatarle la competencia* a esa autoridad, que, usando de su jurisdicción, haya detenido a un individuo». Y, acentuando más su pensamiento, el general Mitre sostenía que la garantía del *habeas corpus* no autorizaba «al juez para *conocer de la causa* sino para el solo efecto de ponerle fianza, o ponerlo en libertad, que es conocer a los efectos de hacer efectiva la garantía. El *habeas corpus* tiene por antecedente las prisiones *ilegales* que se hacían entonces, y por eso se estableció que todo ciudadano preso *sin orden de autoridad competente*, pudiese ser trasladado de donde estaba para ante el juez, a fin de que el juez resolviese sobre él, la persona, cuerpo del individuo, no de la causa de la prisión. Es, pues, la persona o el cuerpo de lo que se trata».

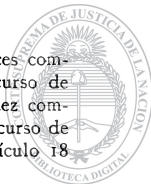
Y con esta interpretación auténtica, basada en la ley inglesa, palladium de las libertades de ese país, se sancionó el artículo 17 de la Constitución del 73; que es el 18 de la actual, con un agregado, al final, sancionado en 1889. En la Constitución del 89 nada se observó, respetando así lo hecho en 1873, como puede verse en el acta de la sesión del 19 de abril de 1888.

Queda, pues, demostrado que el recurso de *habeas corpus* sólo procede cuando una persona ha sido detenida por juez incompetente.



Cuando la persona ha sido constituida en prisión en virtud de una indagación sumaria que produce semiplena prueba o indicio vehemente de un hecho que merezca pena corporal y en virtud de orden escrita de juez competente, se ha cumplido con lo reclamado por el artículo 13 de la Constitución. En este caso, no hay recurso de *habeas corpus*. Y es lo que aquí sucede. Pedro Merkle mató a Ignacio Farías, después de haberlo afrentado, y lo mató, porque *pensó* que Farías venía a pelearlo, por lo que él acababa de hacerle. El juez del crimen, fundado en ese artículo 13 de la Constitución, dictó la orden de prisión. Luego, está bien dictada; no hay ningún arresto ilegal, ningún atentado. Esa orden de prisión fué adatada y cumplida. Nadie la apeló. En su consecuencia, se siguió el proceso, y el *juez competente* lo falló, condenando al victimario. Esa sentencia fué apelada por el defensor y V. E. la revocó, absolviendo al reo. Ya ve V. E. que este juicio se ha seguido ante jueces competentes, que han conocido del *fondo de la causa*.

¿Cómo se explica, entonces, que habiendo una



sentencia sobre el fondo de la causa, y jueces competentes, se inicie ante estos mismos un recurso de *habeas corpus*? ¿Cómo se explica que el juez competente que ha fallado la causa, admita el recurso de *habeas corpus*, y declare que se viola el artículo 18 de la Constitución, citado?

Todo eso se ha hecho, porque en este proceso se ha perdido la serenidad; y de ahí las inconcebibles resoluciones de V. E., y los ataques infundados del joven letrado, indigno de sus antecedentes y de la consideración que esta fiscalía siempre le ha guardado a él, como la guarda con todo el gremio curial.

Absuelto el reo por V. E. inmediatamente fué apelada la sentencia por esta fiscalía, y se concedió el recurso para ante la Suprema Corte. Todo esto sucedía durante la vigencia del anterior código. El proceso, de acuerdo con esta ley, debió remitirse a la Corte a las 24 horas de concedido el recurso. No se hizo así, violando V. E. y el señor secretario las leyes procesales, por todo lo cual la fiscalía se dirigió enérgicamente a V. E. llamándole la atención sobre el hecho, lo que le ha valido un insólito apercibimiento y unas testaduras en el dictamen, lo que pende actualmente de resolución ante la Corte, porque así lo imponía la dignidad herida del funcionario.

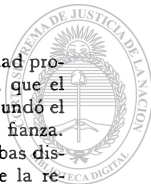
Pues bien, debido a esa demora injustificada, se ganó el tiempo que se deseaba, y el expediente aun está ante V. E. para resolver sobre devolución en un escrito del defensor, indebidamente agregado a los autos, y sobre el apercibimiento pedido para el mismo, por habérsele faltado a los respetos debidos a esta fiscalía.

Durante este intervalo, el defensor ocurrió al se-



ñor juez del crimen, y pidió, fundado en el código anterior, cuya aplicación él así reconocía, la excarcelación bajo fianza. El inferior, fundado en las razones que expone en su informe de fojas, las que no comparte esta fiscalía, pues cree, como el señor defensor, que el código aplicable al caso era el anterior, en virtud del cual se había mandado se elevara el proceso a la Corte a los efectos del recurso de inaplicabilidad de ley, rechazó el pedido de excarcelación bajo fianza. Esta solicitud del defensor demostraba elocuentemente que se presentaba ante un *juez competente*, cuya orden de prisión preventiva nadie discutía, estando el preso a su disposición. Perdido este incidente, no se quiso apelar el auto que hubiera sido lo procedente. ¿ Por qué ? ; Porque apelado, V. E. tenía que empezar por dictar la providencia de autos, con arreglo al código anterior, para que se notificara a la fiscalía. Esta entonces habría hecho uso de los recursos legales, como recién ahora puede hacerlo, para oponerse a la libertad del reo, a quien considera criminal, digno de una severa condena ; por cuya razón apeló el fiallo de V. E. para ante la Corte, sin que hasta entonces, ni hasta ahora, haya podido enviarse el expediente al Superior, por causas que esta fiscalía tiene bien enérgicamente expuestas en la queja presentada al Superior, y en el escrito todo borroneado, actualmente, en los autos principales, al hacerse las testaduras ordenadas por V. E., sin antes notificarse a esta fiscalía ni quedar consentido el auto !

Pues bien, mientras tanto, vino el nuevo código, en el cual hay un artículo que dice que « la apelación de sentencia *absolutoria* en toda clase de causas, no



impedirá que el procesado sea puesto en libertad provisoria». Este artículo es, ni más ni menos, que el artículo 674 del código anterior, en el que se fundó el defensor para solicitar la excarcelación bajo fianza. La situación jurídica, pues, del reo, dadas ambas disposiciones, es la misma, en el fondo, aunque la redacción del artículo del nuevo código parezca más amplia, como más adelante se verá.

Pues bien, se busca el medio de que el fiscal de Cámaras no pueda tener conocimiento de lo actuado, hasta después de estar hechas las cosas, y puesto en libertad el reo, y se inventa el recurso de *habeas corpus*, en el cual no se oye al fiscal, no se le da vista, y sólo se le notifican las resoluciones *para ponerlo en condiciones de deducir los recursos legales*.

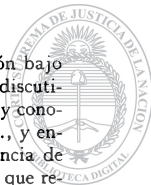
El auto que negó la excarcelación bajo fianza quedó consentido, pues no se apeló. En cambio, se introduce ante V. E. un recurso de *habeas corpus*, alegando que el juez del crimen restringe la libertad del preso al no concederle la fianza. Se funda ese recurso, no en que el juez sea incompetente, sino en que la nueva ley es más benigna, para el reo, al concederle la libertad provisoria, una vez absuelto por la Cámara; lo que es un error como se verá. En su consecuencia, se pedía se pusiera en libertad al reo, *ofreciéndose la fianza* del caso.

## V

V. E. resuelve el punto declarando que procede el recurso de *habeas corpus*.

Para ello se funda en los artículos 319, 415, inciso 3.º, y 443 del código de procedimiento penal y 48 del código penal.

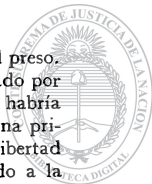
Ni una mención siquiera del precepto constitucional, que es el que rige el caso. Las leyes reglamentarias de la Constitución sólo son aplicables cuando no infringen la Carta Fundamental. Aquí se trata de una garantía constitucional dada al detenido por juez *incompetente*. Cuando el juez que ha dictado el auto de prisión es *competente*, nadie puede, sin violar los artículos 13 y 18 de la Constitución, entrar a estudiar la conducta de ese juez. No hay recurso de *habeas corpus*, porque si no, se introduciría un desorden en los procesos. A título de *habeas corpus* se estarían reviendo los autos consentidos, pasados en autoridad de cosa juzgada, no obstante estar pronunciados por juez competente. No, la ley ha introducido, para esos casos, los recursos ordinarios de apelación contra los fallos de los *jueces competentes*. Si el defensor creyó



que el auto del juez negándole la excarcelación bajo fianza era ilegal, que era lo discutible, lo único discutible, y no su competencia para dictar el fallo, y conocer de la causa, debió apelarlos para ante V. E., y entonces, seguidos todos los trámites, con audiencia de esta fiscalía, como lo mandaba la ley anterior, que regía el caso, V. E. habría fallado el incidente, confirmando o revocando, dentro de sus facultades propias. Pero, a título de una negativa de *juez competente*, que niega la excarcelación bajo fianza, dar entrada a un recurso de *habeas corpus*, es ir contra la letra y espíritu del art. 18 de la Constitución, como lo ha demostrado esta fiscalía. Los tribunales deben aplicar primeramente la Constitución, y muy en especial cuando se discuten garantías individuales, y no los códigos, que, como decía el doctor Alberdi, siempre restringen los derechos consagrados en la Carta. Esta no da el recurso *habeas corpus* al preso sometido a la autoridad competente, que ha entendido en su causa, y la ha fallado. Así claramente lo declaran ciudadanos de las letras como Mitre, López, Sáenz Peña, Rocha, y así lo consignaron en el artículo 18 de la Constitución.

V. E. no ha resuelto la cuestión de la *garantía constitucional*, única que está en juego cuando se trata del recurso de *habeas corpus*, sino una cuestión común, ordinaria, cual, la de si absuelto un reo por la Cámara puede ser puesto en libertad bajo fianza, no obstante estar apelada la sentencia y concedido el recurso para ante la Corte, vigente la antigua legislación. Esta es la cuestión decorada con el título de *habeas corpus*, la única planteada ante V. E., por el propio defensor, al *ofrecer la fianza*, reiteradamente

ante V. E. mismo, para obtener la libertad del preso. No se ha discutido si la libertad se ha decretado por juez incompetente, pues en este caso no se habría ofrecido fianza para obtener la liberación. Una prisión inconstitucional no admite fianza, sino libertad incondicional, porque se trata de un atentado a la garantía de la persona. La fianza se ofrece, y se discute, no cuando hay ataque a la libertad, sino como un beneficio para impedir los inconvenientes de una prisión cuando puede ser declarado inocente el reo que está bajo la acción de la autoridad competente.







La sentencia absolutoria pronunciada por V. E., en sí, y en sus efectos, sólo ha podido y debido ser ejecutada ante el juez del crimen. El artículo 360 del código de procedimiento, dice terminantemente que «corresponderá al juez del crimen que *haya conocido de la causa* la ejecución de las sentencias *que dictasen los Tribunales Superiores, a menos que éstos hubiesen conocido en única instancia*».

Esto dice el nuevo código en que V. E. se apoya al pronunciar el fallo.

Ya ve V. E. que ha debido ocurrirse al juez del crimen, y allí pedirse *la libertad provisoria*, solicitada aquí ante V. E. Ese efecto de la sentencia absolutoria, que hace cosa juzgada según el nuevo código, lo que no sucedía anteriormente, no puede ejecutarlo V. E., sino el juez del crimen. V. E. sólo tiene jurisdicción para el caso de haberse seguido el procedimiento oral, en el que V. E. conoce en *única instancia*. Aquí no sucedía esto.

Lo que el nuevo código dice, lo decía el anterior, como puede verse en el artículo 631, por el cual se



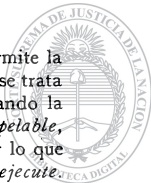
regía el caso, por no haber entonces esa *única instancia* ante V. E. Y en este artículo se decía: «*Sin excepción alguna* corresponderá al juez que haya conocido de la causa la ejecución de las sentencias que *dictasen los Tribunales Superiores.*»

Tenemos, pues, que lo que ha debido hacer el defensor es ocurrir al *juez competente* y pedirle la ejecución de la sentencia absolutoria, y allí el juez resolvería. Si se la negaba, entonces tenía el recurso ordinario de apelación para ante V. E., quien revocaría o confirmaría, con audiencia de esta fiscalía, llenándose todos los trámites de la ley. Entonces la fiscalía habría hecho uso de sus derechos, demostrando elocuentemente que era un error aplicar el nuevo código a un caso regido por el anterior, cuyo proceso ya está *legalmente* en poder de la Corte para resolver sobre el recurso concedido por V. E.

Se ha decorado con el título de *habeas corpus* una cuestión sobre *ejecución de sentencia*, expresamente regida por el código procesal, y en la cual para nada se aplica el artículo 18 de la Constitución.

Para evidenciar aún más que esa solicitud de libertad provisoria debe hacerse ante el juez del crimen, salvo el caso de la única instancia, basta leer el artículo 319 que V. E. cita. Allí se dice que «en estos casos, el acusado tendrá que fijar domicilio dentro de la jurisdicción del *juzgado*, del cual no podrá ausentarse por más de tres días sin permiso del *juez*». V. E. ve que es el *juzgado*, el juez, y no la *Cámara*, el *Magistrado*, quien interviene. ¿Por qué? Porque ese artículo se refiere a las sentencias *absolutorias* pronunciadas por *los jueces del crimen en toda clase de causas*. Estas sentencias *son apelables*, por

lo que para impedir un mal al reo, se le permite la libertad provisoria cuando el fiscal apela. No se trata todavía de *ejecución de sentencia*. Pero, cuando la *absolutoria* es de la Cámara, entonces es *inapelable*, según el artículo 342, para ante la Corte, por lo que el proceso pasa al juez del crimen para que la *ejecute*. Y allí se pide su ejecución, teniendo el reo el derecho de recurrir el auto denegatorio para ante la Cámara, y ésta resolver, atento lo expuesto por el juez y por el Ministerio Público, llenando los trámites de ley ; pues éstos pueden haber alegado razones fundamentales para no ejecutar el fallo, las que V. E. conocería en grado de apelación. V. E., pues, no ha podido ni debido mandar ejecutar su sentencia, a título de *habeas corpus*.





Es, asimismo, inaplicable al caso el inciso 3.º del artículo 415 del código de procedimiento penal que V. E. cita.

Este artículo dice que procede el recurso de *habeas corpus* cuando se trata de «la prisión preventiva o detención en los casos en que no procede con arreglo a este código, o fuera de la medida autorizada por el mismo».

Aquí no se trata de revocar el auto de prisión preventiva dictado por el juez competente. Eso está pasado en autoridad de cosa juzgada. El juez no ha pronunciado, *ahora*, un segundo auto de prisión preventiva, sino que ha negado la excarcelación bajo fianza, que fué lo único solicitado por el reo al invocar el código anterior, por el cual se regía el caso, según el propio defensor. Y aunque se hubiera solicitado ante el juez del crimen se dejara sin efecto el auto de prisión preventiva, y no se hubiera hecho lugar, lo único que procedía era la apelación, porque el recurso de *habeas corpus* no procede cuando un juez competente dicta el auto de detención. Ese artículo del código está en pugna con la Constitución, por lo que es inconstitucional.



El artículo 443 del código de procedimiento penal y el artículo 48 del Código Penal nada tienen que ver con el recurso de *habeas corpus*, que está exclusivamente regido por la Constitución. Esos artículos se refieren a cuando un juez, estudiando el fondo del proceso, aquel del cual hablaba el general Mitre, encuentre *dudas* o leyes *más benignas*. En estos casos, para aplicar las penas al *delito cometido*, la humanidad exige que se apliquen las más suaves. Aquí no se ha tratado de la pena para el delito, del fondo del asunto. A nadie se castiga. Por el contrario, se absuelve. Se trata de saber si ha de cumplirse la sentencia, y por qué juez. Esto no es recurso de *habeas corpus*. Es cuestión común, a resolverse por medio de los recursos ordinarios, desde que se trata de resoluciones pronunciadas por jueces competentes, dentro de la órbita de sus propias atribuciones.



Los jueces deben limitarse a resolver las cuestiones que son materia de controversia. En el caso, el recurrente se quejaba de que el juez del crimen le había negado la excarcelación, y pedía a V. E. declarara su procedencia, admitiendo la fianza que *nuevamente ofrecía al Tribunal*. Aquí está claro y evidente el *recurso de apelación*, o la queja, en caso de haberse negado aquél, que se deducía contra el auto del juez del crimen. Era un recurso, y debió subsanciarse, dando intervención, desde un principio, al fiscal de las Cámaras. Pero V. E. lo toma como recurso de *habeas corpus*, olvidando resolver el verdadero punto sometido a su decisión. Y éste era el de haberse negado la excarcelación, caso claramente expuesto en el inciso 12 del artículo 415. Y V. E. no lo resuelve, violando no sólo este artículo, sino también el 424, párrafo 5.º, que manda que en ese caso V. E. ha debido *calificar y aceptar la fianza*. En vez de esto, V. E. manda poner en libertad absoluta al procesado, que está bajo la acción del juez del crimen, es decir, ejecuta la sentencia que no debe ejecutar, y no resuelve el punto sometido a su decisión.



El fallo de V. E. es una sentencia definitiva, de las más graves e importantes que pueden dictarse en los tribunales.

Por consiguiente, ha debido cumplirse con el requisito del artículo 173 de la Constitución, que manda que «el voto en cada una de las cuestiones de hecho o de derecho será fundado, y la votación principiará por el miembro del tribunal que resulte de la insaculación que al efecto debe practicarse». Así lo manda el artículo 424 del código de procedimiento penal, concordante con la Constitución, cuando dice que «producido el informe, se procederá a examinar los hechos contenidos en él, y la causa de la detención, prisión o restricción, para averiguar si son o no legales». V. E. ha debido cumplir con este artículo, basado, además, en el 172 de la Constitución, que manda se establezcan «primero las cuestiones de hecho, y en seguida las de derecho *sometidas a su decisión*, y votar separadamente cada una de ellas».

Este punto, en lo que se refiere a este último precepto constitucional, lo tiene ampliamente estudiado esta Fiscalía de Cámaras en el trabajo publicado en el número correspondiente al mes de marzo de la *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, por lo que a él se refiere para fundar el recurso de inconstitucionalidad en cuanto a la aplicación del artículo 172 a las causas criminales; pues en cuanto al 173 está terminantemente admitido en el artículo 340, inciso 1.º, código de procedimientos penales.



De todo lo expuesto resulta :

1.º, que los fallos pronunciados en los recursos de *habeas corpus* son apelables para ante la Suprema Corte de Justicia cuando los pronuncia la Cámara de Apelaciones ;

2.º, que, histórica y constitucionalmente, confirmado por la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal, el recurso de *habeas corpus* sólo procede cuando la autoridad es *incompetente* para decretar la detención del reo ;

3.º, que así lo sostuvieron en la Constitución de 1873, donde se discutió el artículo 18 de la Constitución, los señores Mitre, López, Sáenz Peña y Rocha ;

4.º, que se ha decorado con el título de *habeas corpus* una cuestión que es materia de discusión ante el juez competente, con su recurso ordinario de apelación para ante V. E. ;

5.º, que se trata de una cuestión esencialmente constitucional sobre aplicación del artículo 18 de la Constitución ;





6.º, que V. E. no es el juez llamado a ejecutar la sentencia absolutoria pronunciada por el Tribunal, sino el juez del crimen que conoció de la causa ;

7.º, que no se trata de discutir la legalidad de un auto de prisión preventiva, por lo que es inaplicable al caso el artículo 415, inciso 3.º, del código de procedimiento penal, siendo éste inconstitucional a los efectos de dar entrada al recurso de *habeas corpus* por reñir con el artículo 18 de la Constitución ;

8.º, que son inaplicables al caso los artículos 443 del código de procedimiento penal y 48 del Código Penal, por no tratarse de aplicar leyes más benignas sobre penas al delito cometido ;

9.º, que se ha violado la *litis-contestatio* resolviendo V. E. un punto no sometido a su decisión, con olvido del de la excarcelación bajo fianza ; y

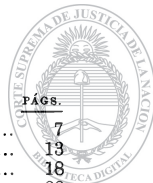
10.º, que no se han llenado las formalidades constitucionales al pronunciar el fallo en cuestión.

Por todas estas consideraciones, y fundado en los artículos 427, 430, incisos 1.º y 2.º ; 343, incisos 1.º y 2.º, y 348, párrafo 1.º, del código de procedimiento penal, y artículos 13, 18, 172 y 173 de la Constitución, se ha de servir V. E. conceder los recursos de inaplicabilidad de ley y de inconstitucionalidad.

Dios guarde a V. E.

ALBERTO PALOMEQUE.

# ÍNDICE



	PÁGS.
El nuevo código de procedimiento...	7
Facultad de recusar...	13
Derecho de apelar...	18
Causas de recusación...	23
Recusación de secretarios...	27
Los careos y la indagatoria...	31
Sociedades anónimas y jueces...	35
Libertad bajo fianza...	39
Sobreseimiento provisorio...	43
Cuestiones prejudiciales...	47
La información de abono...	51
El jury de imprenta...	55
La única instancia...	59
La audiencia pública y el sumario...	63
Habeas corpus...	67
Acción por perjuicios...	72
Los artículos 12 y 221...	76
El responsable civilmente. — Producción de prueba...	80
Recusación y excusación del ministerio público.	83
La prueba en el juicio oral...	90
Recusación de partes.—Recusación fiscal...	92
La prisión preventiva y el código penal...	99
El jefe del ministerio público...	104
Procedimiento ante el jurado...	108
Tesis peligrosa...	116
Intervención del querellante...	118
Rigorismo con el ministerio público...	121
Las costas y el querellante...	123
La presencia en el veredicto...	125
Observaciones finales...	127
Una resolución de la corte de Buenos Aires...	131
El «habeas corpus»...	135