

Se publicó conforme á ley; siendo el voto de los señores León y Villanueva por la no nulidad: de que certifico.

Luis Delucchi.

Cuaderno N.º 465.—Año 1905.

En el juicio criminal no puede negarse al reo que durante el término probatorio acredite la nulidad del sumario.

Recurso de nulidad interpuesto por don Mariano T. Portugal y otros en la causa que se les sigue por varios delitos.—Procede de Puno.

Excmo. Señor:

Manifestando en el otro sí de su escrito de fojas 383 que son nulas y falsas las declaraciones del sumario, el defensor de algunos de los reos ofrece prueba testimonial, y acompaña un certificado de bautizo para comprobar el parentezco espiritual entre el Juez de Paz don Mariano Flores Macedo que lo organizó y el actor en el presente juicio don Ildefonso Gonzáles.

Proveído el auto de fojas 384 admisorio de la prueba ofrecida, el Juez de 1.^a Instancia suspendió sus efectos en los de fojas 402 y 438 que confirma la Illma. Corte Superior de Puno en el hoy materia del recurso, fundándose en que no se ha deducido artículo de nulidad y falsedad de las dichas declaraciones del sumario.

El parentesco espiritual es justa causa de recusación; y los Jueces están obligados á abstenerse de conocer en los juicios en que tengan algún impedimento legítimo por el que puedan ser recusados. (Artículo 40 inciso 8.º del Código de Enjuiciamientos Civil).

Flores Macedo, cuyo hijo, años antes llevara Gonzáles á la pila bautismal debió pues—en vez de actuar como comisionado después del nuevo auto cabeza de proceso expedido á fojas 63 vuelta—excusarse como antes se excusaron también por ser compadres su colega don Gregorio Torres á fojas 9 y el Juez Letrado doctor Federico Gonzáles Figueroa á fojas 23.

Sin embargo, su intervención no tachada oportunamente no impone el rehacimiento de las actuaciones.

El impedimento en efecto no se halla consignado entre las causales que según el artículo 16 del Código de Enjuiciamientos Civil de hecho suspenden ó extinguen parcialmente en determinados litigios, la jurisdicción asumida con el cargo.

En cambio, señala como tal en su inciso 1.º la recusación desde que se interpone hasta que se decide.

El apartamiento del Juez depende así no sólo de su propia conciencia, sino del criterio del litigante contra quien por motivo comprobable se le presumiere predispuerto.

El parentesco espiritual y demás causas de recusación no siempre coactan la imparcialidad del funcionario, proviniendo de allí que suela éste ejercer su jurisdicción por consentimiento expreso ó tácito de aquel litigante.

Esas causas por otra parte no son á veces susceptibles de prueba fehaciente; y las hay abstractas más eficaces de que prescinde la ley, como la de amistad íntima lícita cuya sugestión domine los espíritus débiles.

A fin de salvaguardar el derecho contra la posible parcialidad, así como contra el error, están establecidas las instancias de la jerarquía judicial, revisoras de los actos y autos ó fallos, que examinan y resuelven á solicitud del interesado y también de oficio según la especie.

Si pues á pesar de la causa justa de recusación, el magistrado continúa conociendo y la parte no plantea el recurso, las diligencias producen sus efectos jurídicos.

En caso de invalidar á éstas *ipso jure* la realidad del impedimento, dispondrían el litigante de mala fé y el perdidoso de una arma de funestos resultados, porque les bastaría mantener en reserva la articulación é interponerla oportunamente según su conveniencia para que volviesen á comenzar los trámites, prolongándose así el proceso con mengua de la buena administración de justicia.

El juez que teniendo impedimento legal no se excuse, dispone el artículo 2 de la ley del 5 de abril de 1873, es responsable de las costas, daños, y perjuicios que origine su intervención; y queda sujeto á la pena de suspensión de dos á seis meses á juicio del superior respectivo.

Así como las responsabilidades por prevaricato y otros hechos que dán márgen al enjuicimiento en lo criminal y á la supervigilancia judicial administrativa, las consecuencias del incorrecto proceder del funcionario son pues de sanción exclusivamente personal.

Por eso entre las minuciosas causales anulativas de los expedientes, nuestros Códigos apuntan la falta de jurisdicción; pero no la de haber ejercido ésta un magistrado en asunto en el que no se le recusó sin embargo de existir para ello fundamento legal.

Flores Macedo no fué recusado. Hoy, devueltas por él al Juez propio desde 1898 las diligencias de su comisión, encontrándose el litigio en la estación probatoria del plenario, es pues extemporánea la tacha de parentesco espiritual por primera vez invocada.

Los tribunales deben reponer la causa al estado en que se cometió alguno de los vicios que anulan el procedimiento, aún cuando la parte agraviada no hubiese reclamado. Luego si V. E. no anula el sumario que actuó el Juez de Paz, compadre del ofendido, no es porque se haya dejado de formular artículo prévio, sino porque tal intervención aceptada tácitamente no constituye vicio insanable.

La amplia libertad de defensa impide que se coacte en forma alguna la oportuna prueba pertinente testimonial.

Los reos pueden por lo tanto solicitar la comparecencia durante el aún no fenecido término de los testigos del sumario á fin de que ratifiquen ó rectifiquen sus declaraciones.

Es notoria la incongruencia del punto de nulidad ó falsedad deducidas tan sólo del impedimento del Juez de Paz, como lo dejan de relieve el tenor del otro sí de fojas 383 y el interrogatorio de fojas 386 para las personas en él mencionadas.

El Fiscal concluye que aunque erróneos los considerandos del auto recurrido, las razones expuestas manifiestan que no hay nulidad en su parte resolutiva.

Otro sí dice el Fiscal: que el procedimiento interrumpe el término de la prescripción; y en consecuencia, ejecutoriado el mandamiento de prisión del 13 de octubre de 1902 de fojas 255, no está conforme á derecho la solicitud agregada para que corra con la vista,

en la cual don Germán Sologuren invoca á su favor el referido beneficio extintivo.

Lima, 9 de diciembre de 1905.

SEOANE.

Lima, 27 de diciembre de 1905.

Vistos: con lo expuesto por el Señor Fiscal; y atendiendo á que el objeto del plenario es comprobar la culpabilidad ó inocencia del enjuiciado y condenarlo ó absolverlo, á tenor de la última parte del artículo 29 del Código de Enjuiciamientos Penal; á que la defensa de los reos, según artículo 97 del mismo Código se dirige á impugnar los cargos de la acusación fundados en los comprobantes que resulten del sumario; á que por lo tanto, la latitud que debe concederse al derecho de defensa exige que durante el término probatorio el reopueda ofrecer las pruebas que crea necesarias para destruir ó atenuar el mérito de las actuaciones del sumario; y á que son aplicables á los juicios criminales los principios que respecto de la prueba establecen los artículos 659 y 660 del Código de Enjuiciamientos Civil, de conformidad con lo prescrito en el art. 30 del de Enjuiciamiento Penal; declararon *haber nulidad* en el auto superior de fojas 443, su fecha 12 de setiembre último, que confirmando los de 1.ª Instancia de fojas 402 y 438, sus fechas 8 y 18 de agosto anterior, declara insubsistente el de fojas 384; reformando el primero y revocando los apelados, mandaron se actúen las pruebas ofrecidas por el defensor de los enjuiciados Mariano T. Portugal y otros, en lo principal y otro sí de su escrito de fojas 383; mandaron igualmente que se

desgloce el escrito en el que el acusado Germán Sologuren propone la excepción de prescripción, y se remita al Juez de la causa á fin de que la tramite y resuelva con arreglo á la ley; y los devolvieron.

Espinosa — Ortiz de Zevallos — Villarán — Eguiguren — Villanueva.

Se publicó conforme á ley.

Luis Delucchi.

Cuaderno N.º 673.—Año 1905.

No es la acción de despojo la que compete á los coopropietarios, sino la de división.

Del juicio seguido en Arequipa por don Mariano Jesús Salas con los herederos de don Manuel A. Salas.

Excmo. Señor:

Imputando despojo á don Manuel A. Salas, á cuyos herederos representa hoy doña Aurora Moscoso, don Mariano Jesús Salas, demanda la posesión de 6 topos y medio de tierra ubicados en Sachaca.

La sentencia declara fundada la acción.

El expediente anexo número 2 sobre misión en posesión acredita que á pesar de la oposición de don Manuel A. Salas desechada por auto respecto del cual declaró V. E. á fojas 29 no haber nulidad, el Juez de Paz comisionado por el de 1ª Instancia de Arequipa, en cumplimiento de la ejecutoria, confirmó á fojas 42 tal posesión pro-indiviso el 15 de diciembre de 1894