

el primero, confirmaron el referido de 1ª instancia por el que se corre traslado de la demanda; y los devolvieron.

*Espinosa. — Castellanos. — León. — Eguiguren. —
Figueroa.*

Se publicó conforme á ley.

Luis Delucchi.

Cuaderno No. 126. Año de 1906.

El Juez Comisionado es recusable.

*Denuncia de Manuel Calsina y varios indígenas contra
el Juez doctor de la Fuente y otros funcionarios por
abuso de autoridad. — De Puno.*

Excmo. Señor:

Iniciado este proceso con la denuncia de Manuel Calsina y otros indígenas contra el Juez de 1a. instancia doctor Carlos R. de la Fuente, el Subprefecto D. Juan Mercado y los Gobernadores de la provincia de Sandia, por abuso de autoridad, flagelación y otros delitos, la Il. Corte Superior de Puno comisionó al Juez de Paz correspondiente para que recibiera las instructivas de los enjuiciados.

Recusado entonces por el Subprefecto con la causal que determina el artículo 13 inciso 4º del Código de Enjuiciamientos Penal, el Juez de Paz D. Fidel Mendizabal dispuso á fojas 20, —refiriéndose á un proveído anterior en el que invoca su

calidad de mero comisionado—que se elevara el expediente á la Corte para la conveniente resolución.

El Tribunal expidió el auto de fojas 22 que manda devolver el exhorto y encomienda entre otras diligencias las de hacer practicar con peritos el reconocimiento del cuerpo del delito, recibir declaraciones, etc.,—pero prescindió en lo absoluto de la recusación.

Recibido el proceso después de varias incidencias, el mismo Juez de Paz Mendizabal comenzó á actuar; y continuó, á pesar de habersele recusado nuevamente á fojas 127, desestimando por ilegal la articulación.

Fundándose en que no debió practicar acto alguno desde la mencionada fojas 126, la Il.ª Corte declara, en la resolución elevada al conocimiento de V. E., la nulidad de lo actuado por ese funcionario con la responsabilidad prescrita en el artículo 2º. de la ley del 5 de abril de 1873.

Estatuye el artículo 244 del Código de Enjuiciamientos Civil que los comisionados judiciales carecen de facultad para cuanto excede los límites de la comisión á cuyo literal tenor han de ceñirse.

Pero de allí no se desprende la ilegalidad del recurso de recusación que permiten los preceptos generales de jurisprudencia, independientemente de los especiales de la comisión, ó sea la doctrina errónea de la irrecusabilidad.

El derecho del litigante para apartar al magistrado inhábil surge con el emplazamiento y se mantiene conforme á ley durante la secuela del litigio por causa sobreviniente ó variación en el personal porque las actuaciones procesales son las más veces base fundamental del fallo; y en consecuencia requieren desde su comienzo tan

absoluta imparcialidad que son recusables aún los oficiales subalternos.

Si tal imparcialidad es exigible en el juez propio, lo es por iguales motivos en el comisario cuyas sugerencias en pró ó en contra de alguna de las partes tal vez influyan en el acto escrito cuyo espíritu forme el criterio del sentenciador; con tanta mayor razón al ser encomendadas las diligencias del sumario, cuanto que en éstas obran muchas de importancia capital, como las concernientes á la comprobación del cuerpo del delito y las declaraciones consignadas á raíz del suceso, que bastan para el mandamiento de prisión y sus graves resultados.

Ratificando lo expuesto, el artículo 246 prevé, con el propósito de señalar al sustituto, la emergencia de impedimento del juez comisario. No es lícito afirmar como se ha hecho que dicho impedimento consiste en el material por enfermedad ú otras causales análogas, porque no se debe distinguir donde la ley no distingue, mucho menos contrariando los principios en que ella se inspira.

El artículo 94 permite recusar al magistrado que conoce, es decir, que interviene en el pleito, cual ocurre en el caso de comisión; y el 16 concordante declara que la jurisdicción, sin excluir la prorrogada del comisario, se suspende por la recusación. Esas reglas no se pueden interpretar en sentido restrictivo, sino con la amplitud que para el amparo del derecho de defensa requiere la buena administración de justicia.

El artículo 2º. de la ley de abril de 1873 impone á los jueces la obligación de excusarse cuando tienen un impedimento legal.

Si pues debiendo inhibirse no lo hacen, es obvia la facultad del interesado correlativa de tal

obligación, para tornar práctica la inhabilidad del omiso.

El funcionario comisionado es pues recusable, lo mismo que el comitente.

La resolución de la Corte de Puno es por lo tanto correcta, en cuanto al principio.

Pero sufre error en la aplicación de éste.

Recusado en forma el Juez de Paz Mendizabal á fojas 20, es desde ésta y no desde la 126 que surge la nulidad de los actos por él practicados.

En concepto del Fiscal V. E. debe confirmar la mencionada resolución, ampliando su alcance hasta la fojas 20 en lo que á las actuaciones del dicho Juez concierne.

Lima, á 14 de mayo de 1906.

SEOANE.

Lima, 9 de junio de 1906.

Vistos: de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal, confirmaron el auto superior de fojas 190, su fecha 5 de diciembre del año próximo pasado por el que se declara nulo lo actuado en este sumario por el Juez de Paz D. Fidel Mendizabal, entendiéndose que la nulidad declarada es desde fojas 20, con lo demás que contiene; mandaron se cumpla con hacer el desglose ordenado en la resolución de fojas 79, de los obrados con relación á la denuncia formulada contra el expresado Mendizabal, inclusive el dictamen fiscal de fojas 90 y resolución suprema de fojas 100

que puso término á la incidencia; y los devolvieron.

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

Se publicó conforme á ley.

Luis Delucchi.

Cuaderno No. 41.—Año 1905.

Infanticidio.

Recurso de nulidad, interpuesto por Margarita Yávar en la causa que se le sigue por filicidio.—De Lima.

Excmo. Señor:

El 22 de diciembre de 1903 el Gobernador de Huánuco, puso á disposición del Juez en la cárcel pública á Margarita Yávar, natural y vecina de esa ciudad, de 19 años, soltera, doméstica y católica, acusada de haber muerto á un párvulo cuyo cadáver se encontró en una acequia de la calle 28 de Julio.

La Yávar en su instructiva de fojas 1 vuelta dice: que sabe que está presa por haber botado al agua á su hijo estando vivo y apenas lo dió á luz ocho días antes del hallazgo del cadáver; que nadie lo ha visto nacer ni cuando lo botó á la acequia de la casa de su patrona doña Aurora Espinosa; que su referido hijo nació como á las 3 de la mañana, ocho días há; en uno cuya fecha no