

La prescripción deducida en la Corte Suprema por el encausado, á propósito de un artículo sobre objeto distinto, debe ejercitarse en primera instancia.

Recurso de nulidad interpuesto por don Rodolfo Pérez en el juicio que le sigue don Federico S. Estrada, por estafa.—Procede de Lima.

Excmo. Señor:

El delito imputado por don Federico S. Estrada á don Rodolfo Pérez en su querrela de fojas 1, es el de estafa previsto en el artículo 345 del Código Penal.

Del sumario resulta su perpetración: así lo establece, conforme al artículo 73 del Código de Enjuiciamientos Penal, el mandamiento de prisión, respecto del cual declaró V.E. la no nulidad en la ejecutoria trascrita á fojas 16.

Las alegaciones que acerca de su inculpabilidad hace el querrellado en su recurso de fojas 37, no corresponden á esta estación del juicio, sino á la del plenario.

Es evidente que no encontrándose en la condición de los deudores punibles á quienes se refiere el título tercero, sección duodécima, libro segundo del Código Penal, no procede el artículo 344, erróneamente aplicado en primera instancia, como consecuencia del desistimiento de Estrada.

Siendo el delito de estafa en cuya investigación debe intervenir el Ministerio Fiscal, ese desisti-

miento dá margen á que, como lo estatuye el artículo 24 del Código de Enjuiciamientos Penal la causa siga de oficio.

No hay nulidad en el auto recurrido que así lo ordena.

Lima, á 21 de Septiembre de 1912.

SEOANE.

Al tiempo de volver el proceso al despacho de VE., llega al del Fiscal, con decreto para que corra con la vista, la solicitud en la que, por primera vez, se plantea, en defensa de Pérez, excepción de prescripción.

Estatuye el artículo 530 del Código Civil que esa articulación "puede oponerse en cualquier estado de la causa".

Si VE. se limitase, como tribunal de casación, á anular el fallo recurrido mandando que se proceda á nuevo pronunciamiento, carecería de jurisdicción para entender en el punto deducido.

Pero es mas amplia la misión de la Excma. Corte. Cuando, como en el presente caso de mandamiento de prisión, ha lugar al recurso extraordinario, tiene facultad para resolver sobre lo principal; ó sea de hecho, cual tercera instancia, con relación á todas las alegaciones de la controversia, entre las que figura la extintiva por prescripción de la responsabilidad imputada.

Decidiendo VE. acerca de articulación no planteada anteriormente, resulta alterada la regla procesal referente á la revisión de los fallos.

Por otra parte, si es la infracción de la ley en segunda instancia la que justifica la intervención de VE. con el objeto de enmendarla conforme á derecho, sorprende que haya de concretarse dicha en-

mienda á un punto en el que, por no habersele aducido, ni podídose tomar en cuenta de oficio, no fué resuelto y por consiguiente no se incurrió en tal infracción.

A la primera observación cabe argüir que la regla procesal de revisión no es absoluta. El artículo 1103 del Código de Procedimientos Civil permite que en segunda instancia se deduzcan excepciones no opuestas en primera; y cuando esa defensa se actúa en las causas en las que es improcedente el recurso de nulidad, cual ocurre según el artículo 1125 en las de interés que no pasa de Lp. 50, el fallo de la Il^{ta}. Corte Superior—único resolutivo de la alegación nueva—tiene, sin revisión, calidad de ejecutoria.

Si la excepción de aquella regla se produce en segunda instancia, no hay motivo, atendiendo á la gerarquía mayor, para que al entender en lo principal esta Exc^{ma}. Corte, también se produzca.

Cuanto á la sorpresa que despierta la anulación de un fallo fundada en la infracción de ley que no pudo infringirse respecto de excepción no planteada ante los magistrados que lo expidieron, su causa, como lo expresa Murlon al comentar en sus estudios sobre el Código Napoleón (tomo 3 pág. 738) el artículo 2224, análogo al 530 del nuestro, es sólo aparente, no jurídica.

Justifica desde luego tal anulación, entendiendo VE. en lo principal, la misma razón que autoriza la revocatoria del fallo de primera instancia, á mérito de excepciones nuevas deducidas en la segunda.

Lo que en efecto se revoca ó anula, según el grado de jurisdicción, no es la parte considerativa; sino la que resuelve acerca de los derechos respectivamente de los colitigantes. Siendo el de la prescripción uno de los mas esenciales,—derecho que subsiste mientras no le haya renunciado quien con-

forme á ley lo tiene—no puede menos de ser admisible, como lo son todas las alegaciones en pró de la acción y de la defensa, en el régimen forense, que por cualquier motivo no se hubieren antes invocado.

Débase, además, tomar en cuenta que, al permitir la articulación de prescripción en los diversos estados del proceso, ó sea en diversas fases, inclusive la extraordinaria no excluida, el Código Civil, por ser substantivo, amplía el procesal referente á la competencia del Excmo. Tribunal proveniente de infracción de ley.

El citado artículo del Código Napoleón dice: “La prescripción puede oponerse en todo estado de la causa, aun ante la Corte Régia, salvo que por las circunstancias no deba presumirse que la renunció la parte que no la opuso”.

Los mas de los Códigos extranjeros consignan el mismo precepto.

La salvedad del artículo 2428 del de la Luisiana aclara la exactitud de la deducción: “Sin embargo, agrega, la prescripción no puede ser opuesta ante el Tribunal Supremo, si no resulta probada de instrumentos presentados, ó testigos recibidos en primera instancia”.

Nuestro artículo 530 es perentorio, sin restricciones.

Por tal motivo, el doctor Pacheco en su tratado de Derecho Civil (tomo 3.º página 322) manifiesta que la excepción de prescripción puede oponerse ante VE.

Esa conclusión en el orden civil se robustece en lo criminal, en observancia del aforismo que resuelve la duda á favor del reo.

Basado en tales consideraciones, el Fiscal, examinando el derecho aducido por Pérez, hace presente que la estafa que en su querrela de fojas 1 le imputa Estrada, se perpetró en el contrato de venta

de bonos con valor nominal de Lp. 1,290; que la escritura pública del dicho contrato cuyo texto se vé á fojas 121 del litigio anexo sobre nulidad de una transferencia, seguido por doña María Jara viuda de Taboada con don Federico S. Estrada, se extendió el 4 de Mayo de 1903; que en los delitos que originan pena de cárcel, como el imputado, la acción penal prescribe á los cinco años; que ese plazo, á partir de 1903, por haberse formulado la querrella en Mayo de 1907 y estado ausente el querrellado, ha de sóbra vencidose.

Luego, la excepción prescriptiva es correcta, conforme á lo dispuesto en el artículo 95 del Código Penal.

El Fiscal concluye que puede VE., salvo mejor acuerdo, declararla fundada, y ordenar el archivo en primera instancia del expediente.

Lima, á 26 de Septiembre de 1912.

SEOANE.

Lima, 21 de Octubre de 1912.

Vistos; de conformidad en parte con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon no haber nulidad en el auto de vista de fojas 36, su fecha 13 de Julio último, que desaprobando el de primera instancia de fojas 34, su fecha 1.º de Mayo del corriente año, declara que debe continuarse de oficio la presente causa seguida contra Rodolfo Pérez por estafa; pudiendo el citado Pérez ejercitar su derecho

en primera instancia respecto á la prescripción que ha aducido ante este Supremo Tribunal; y los devolvieron.

Eguigúren—Ribeyro—Barreto—Alzamora—Quintana.

Se publicó conforme á ley.

J. Gallagher y Canaval.

Cuaderno No. 618.—Año 1912.

Procede el recurso de nulidad respecto de las resoluciones de vista que declaran la insubsistencia del fallo de primera instancia.

Recurso de queja interpuesto por don Simón Castro Miranda en el juicio que sigue con don Rodolfo Romero Lozada, sobre propiedad.—De Lima.

Lima, 23 de Octubre de 1912.

Autos y vistos; tratándose de la insubsistencia de un fallo de primera instancia: declararon fundada la presente queja interpuesta por don Simón Castro Miranda; mandaron se transcriba esta resolución á la Ilustrísima Corte Superior de este distrito judicial á fin de que admita el recurso extraordinario de nulidad y previas las notificaciones de ley, eleve los autos de la materia á este Supremo Tribunal.

Rúbricas de los señores: *Ortiz de Zevallos, Villa García, Leguía y Martínez, Quintana.*