

Procede el recurso de nulidad en los incidentes y artículos pronunciados en segunda instancia.

Excmo. Señor:

El recurso de nulidad interpuesto por el señor fiscal de la corte superior, del auto de f. 136 vta., que declara sin lugar la solicitud contenida en el otro sí del dictámen de f. 128 vta., es procedente en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del decreto dictatorial de 31 de marzo de 1855. Por dicha disposición se declara expedido este recurso en los artículos é incidentes promovidos en segunda instancia. Si el auto citado hubiese sido expedido en primera instancia, habría sido apelable en ambos efectos porque el trae gravamen irreparable. Expedido, como lo ha sido, en el tribunal superior, la ley y el sentido común indican claramente que, atendida la naturaleza del punto resuelto, debe estar sujeto á revisión. Por más, pues, que el procurador del reo, haya pretendido probar la improcedencia del recurso interpuesto por el Sr. fiscal de la sala del crimen, ésta ha obrado legalmente al darle por interpuesto. Admitida la procedencia, pasa el que suscribe á ocuparse de la legalidad del auto de f. 136 vta.

Cree el adjunto que la Iltma, corte superior ha infringido la ley rechazando la justa solicitud del ministerio fiscal. Solicitó este, en su dictámen de f. 128 vta., que se recibiera la causa á prueba en segunda instancia; á fin de que se examine por peritos químicos el documento de f. 38

cuaderno primero, para descubrir si la tinta empleada en su contenido y firma es tan antigua como se deduciría de la fecha del citado documento, y si no es la misma con que se ha escrito la carta de f. 46. Las razones que la corte ha tenido, para denegar ese pedido, son según se dice en el auto ya citado, las expuestas en el recurso del procurador Garmas corriente á f. 132. Estas pueden reducirse á las siguientes: 1º que aun cuando el dictámen de los peritos, cuyo nombramiento se solicita fuera contrario al reo, solo tendría el valor de un indicio, y los indicios nada valen sino en el sumario; 2º que ya se ha practicado una diligencia idéntica por peritos calígrafos á f. 25 cuaderno corriente, y 3º que el pedido del Sr. fiscal es opuesto á los artículos 676, 1700 y 1702 del C. E. C.

El primer argumento deducido por el procurador del reo no ha debido tomarse, desde luego, en cuenta, por cuanto el valor de la prueba no se aprecia al tiempo de ofrecerse ni de producirse ésta, sino después de actuada y en el fallo; sin que tampoco sea cierto que no sería sino un indicio el que resultase de la prueba pedida á f. 128 vta. El artículo 104 del C. de E. C. en que probablemente se funda el reo, no es aplicable al presente caso, desde que no se trata aquí del cotejo de la letra ó firmn del acusado, sino de una diligencia muy distinta, que tiene que contribuir á formar la prueba material del delito bajo otro aspecto, y comprobar, al mismo tiempo, si el reo ha empleado, al defenderse, de medios reprobados y de ningún valor. El reconocimiento pericial pedido por el señor fiscal pertenece á la prueba de que se ocupa el artículo 100 del C. de E. P. y, en cuanto á su valor, está

sujeto á los principios generales de los reconocimientos por peritos (artículos 720 á 723 C. de E. C.). Y aun suponiendo aplicable al presente caso, el artículo 104 C. de E. P. ¿quién autoriza á la sala del crimen á dar por cierto que los peritos nombrados para el reconocimiento hayan de discordar? Puede suceder que haya un dictámen uniforme y contrario al reo; en cuyo caso, aun suponiendo aplicable el artículo 104 citado, existiría contra él una prueba semi-plena. La ilustrísima corte al aceptar ese fundamento del escrito del reo; no ha tenido en cuenta que prejuzgaba, y prejuzgaba erroneamente, acerca del mérito probatorio que tendría la prueba que exige se actúe al ministerio fiscal.

En cuanto á la diligencia practicada á f. 25 C^o corriente, ella ni es la misma pedida hoy por el señor fiscal, ni es suficiente prueba del hecho que se trata de esclarecer, ni puede en fin ser tomada en consideración. No es la misma por que á f. 25 no se ha practicado el examen químico pedido á f. 128, sino que dos calígrafos han declarado ser distintas las letras y la ortografía del de f. 38 y de la carta de f. 80 C^o 1^o, y han deducido á la simple vista la antigüedad del documento de f. 38. Esta última parte del dictámen de f. 25 que se quiere identificar con el reconocimiento que hoy se pide, no es bastante para probar el hecho á que el se refiere, por cuanto los calígrafos no han sometido las tintas al examen químico necesario y solo se han atendido á lo que han visto. En esa parte pues, el examen hecho de los documentos nada vale por que no se ha practicado en debida forma. Causa por otro lado, extrañeza, que, para examinar la antigüedad de la tinta se hayan nombrado á dos profe-

sores de escritura, cual si se tratara de examinar los trabajos de un pendolista ó de hacer algún cotejo. Y como, según la ley los reconocimientos periciales deben ser hechos por personas idóneas y competentes en la materia sobre que el reconocimiento versa, ese dictamen de f. 25 no puede suplir á la prueba que desea producir el ministerio fiscal. Basta para apreciar el valor de la operación de f. 25 fijarse en la ligereza con que los calígrafos han descubierto, á primera vista, en el acto mismo y ante el juez, que el documento fué precisamente otorgado en 12 de abril de 1866. Del mismo modo pudieron también descubrir la hora y el lugar del otorgamiento de la obligación.

Tratándose pues de producir una prueba distinta de la producida en primera instancia, la sala del crimen ha debido proceder conforme al artículo 152 C. de E. P., que es terminante á éste respecto, y no irse á adoptar los fundamentos alegados por el reo y deducidos antojadísamente del C. de E. C., cuyos preceptos aun suponiéndolos contrarios á lo pedido á f. 128 no son aplicables en materia criminal, desde que existe sobre el particular un artículo terminante en el código pertinente (artículo 151 C. de E. P.)

El examen químico puede ser ó no contrario al reo, y, suponiendo á éste como aparenta, muy seguro de su inocencia, no se comprende porqué, en lugar de allanarse al pedido del ministerio fiscal, acepta una demora en este juicio, que ya podría estar terminado aun habiendo recibido la prueba por el breve término que la ley señala..

Por lo expuesto el adjunto cree, que hay nulidad en el auto de f. 136 vta. y que reformándolo, debe VE. mandar se reciba la causa á prue-

ba en segunda instancia, conforme á lo preceptuado en el artículo 151 C. de E. P.

VE. resolverá no obstante, lo que estime más arreglado á la ley.

Lima, Julio 27 de 1876.

FUENTES.

Lima, agosto 5 de 1876.

Vistos: de conformidad con lo expuesto por el ministerio fiscal y por las razones que aduce y se reproducen; declararon haber nulidad en el auto pronunciado por la ilustrísima corte superior de este departamento, corriente á fojas ciento treinta y seis vuelta su fecha diez y ocho de julio último y mandaron que se reciba la prueba solicitada por el señor fiscal de la corte superior; y los devolvieron.

Cossio—Alvarez—Ribeyro—Muñoz—Vidaurre—Oviedo—Cisneros.

Se publicó conforme á la ley, de que certifico.

Mario Herrera.
