

## 73

**Es acto justiciable la tentativa de quebrantamiento de sentencia.**

*Recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Fiscal, en la causa que se sigue contra Antonio Fiscalini, por tentativa de fuga. —Procede de Lima.*

## DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

El 21 de agosto del presente año, a las 3 de la tarde, y en el momento en que salían de la Cárcel de Cuadalupe, las personas que van a visitar a los presos de esta Capital, el rematado Antonio Fiscalini intentó fugar del expresado depósito, valiéndose para conseguirlo de un bigote postizo y un sombrero suelto; objetos que según se supo después le proporcionó el zapatero Juan Pérez. Empero, como el empleado del indicado establecimiento don Leonidas Miranda, se encontrase en esas circunstancias, como de costumbre, en el patio, para reconocer y vigilar a las personas que salen, logró descubrir entre ellas a Fiscalini, y, de consiguiente, desbaratar su intento, poniéndolo inmediatamente en el cepo.

A consecuencia de este hecho, comprobado con el parte de fojas 1, la instructiva de fojas 2 vuelta y las declaraciones de fojas 2 y fojas 4 vuelta, se ha instaurado el correspondiente juicio criminal, que de presente va a ocupar la atención de V. E., en virtud del recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal de la Ilustrísima Corte Superior de este distrito, del auto de vista inserto a fojas 8 vuelta, aprobatorio del de sobreseimiento absoluto corriente a fojas 6 de los de la materia.

A juicio de este Ministerio, la cuestión que se trae al conocimiento de V. E., no ha sido tratada, ni mucho menos resuelta, en su verdadero terreno, ni por el Agente Fiscal, ni por el Juez de Primera Instancia, ni por el Fiscal de la Corte Superior, ni por la Sala de está que ha entendido en el asunto, ni aún por los señores de ella, que, en discordia, fundaron su voto, contrario al recordado auto de vista.

Porque se discurre diciendo: que no hay grados de pena en nuestro Código, para castigar la tentativa de evasión de un preso y que, no habiéndolos, no hay ley penal aplicable a Fiscalini; de donde el Agente Fiscal, el Juez y la Corte Superior deducen que, el acto practicado por éste no es justiciable, que no tiene pena señalada por la ley, que la prosecución del juicio es de consiguiente inútil; y por lo mismo que debe sobreseirse absolutamente, como lo han hecho todos, menos dos de los señores que han entendido en el proceso.

Pero esto es insostenible, Excmo. Señor, porque el artículo 4º del Código Penal dice, terminantemente, «que merecen *pena*, a más del delito consumado, el frustrado y la *tentativa*», y aquí se trata de una *tentativa* de quebrantamiento

de la sentencia, comprobada a todas luces en los autos; y el artículo 47 del propio Código ordena que al autor de tentativa o confabulación se le aplique la pena señalada al autor del delito consumado disminuida en dos grados; de suerte, pues, que la acción de Fiscalini está penada por la ley, clara y terminantemente, en dos pasajes de ella, en los artículos 4º y 47 de nuestro Código Penal; luego cae bajo su imperio; luego es justiciable; luego no es inocente, como se deduciría, en último análisis, del auto aprobado por la Ilustrísima Corte Superior.

Y como en el sumario no se trata de sentenciar, ni de buscar la pena adecuada al delito, sino de saber si hay hecho punible y si está comprobada semiplenamente la culpabilidad del enjuiciado; estando la tentativa de evasión de Fiscalini penada por la ley, y comprobada su culpabilidad, el sobreseimiento es imposible, y, de consiguiente, nulo el auto de vista que lo aprobó.

Por esto ha dicho el Adjunto, que la cuestión contenida en estos autos, no ha sido planteada ni resuelta en su verdadero terreno; porque no se trata de castigar al reo ahora, sino simplemente de resolver si hay o no mérito para pasar al plenario; de consiguiente, no hay motivo para ocuparse en qué pena se le impondrá; eso se verá a su tiempo; entre tanto, lo único que se necesita saber, se sabe ya, y es, que hay hecho punible y semiplena prueba de la culpabilidad del enjuiciado; y esto sólo basta para pasar al plenario.

Ni podría ser de otro modo, Excmo. Señor, porque lo contrario equivaldría a abrir de par en par las puertas de la cárcel para que se saliesen los presos, pues, si la tentativa de evasinó

no tiene castigo, todos los días, individual o colectivamente, estarán tentando fugarse, hasta conseguir su intento.

De manera, pues, que, mirada la cuestión bajo este aspecto, que es el verdadero, el auto de vista es nulo y hay que pasar al plenario; pero, para que no se crea que este Ministerio descarta la dificultad, por temor de resolverla, opinando que se siga un juicio inútil, el Adjunto va a demostrar que nuestra ley penal no es deficiente en esta parte; va a hacer ver que tiene pena señalada para el autor de la tentativa de quebrantamiento de la sentencia y que será muy fácil al juez encontrarla, discurriendo de la manera siguiente.

Estudiando atentamente la escala de nuestras penas, se viene en conocimiento de que, entre grado y grado, hay, constantemente, la misma diferencia, y esta diferencia es siempre un quinto de la pena mayor; por ejemplo: la pena de penitenciaría tiene cuatro grados, y la diferencia entre cada uno de ellos es de tres años, que son un quinto de 15; la de cárcel tiene cinco, y la diferencia entre ellos es un año, y así de las demás; de suerte que la razón del grado es siempre la misma, siendo imposible no encontrarla si se la busca con prolijidad. De consiguiente, cuando la ley aumenta o disminuye la pena en uno o dos grados y en el mismo término, la aumenta o disminuye siempre en la propia proporción; y por lo mismo si al autor de tentativa o confabulación debe aplicársele: según el artículo 47 del Código Penal, la pena señalada al autor del delito consumado disminuida en dos grados, siendo la pena que debe sufrir el que quebranta la sentencia la quinta parte más del tiempo que

le faltaba para cumplirla, la aplicable al autor de la tentativa de este delito será la misma pena disminuida en dos grados, mediante la deducción del número que determina la diferencia entre los grados de dicha pena, que, como se ha dicho ya, es siempre el mismo.

En el caso presente *verbigracia*, la pena que está sufriendo Fiscalini, es la de cárcel en quinto grado, y le falta, por ejemplo, diez meses para cumplirla; la diferencia entre grado y grado de este castigo es un año, o lo que es lo mismo, un quinto de la pena; si hubiese conseguido su intento, se le agravaría la pena con un quinto más, es decir, dos meses; pero como no llegó a fugarse, sino simplemente a tentarlo, se le aplica la misma pena de dos meses, disminuida en dos grados, esto es, en dos quintos, porque un quinto es la diferencia que hay entre grado y grado, en la pena de cárcel: la pena que sufrirá, pues, será la de treinta y seis días más de cárcel, porque si hubiera consumado su delito, habría tenido dos meses; pero como no lo consumó, se le aplica la misma pena disminuida en dos grados, esto es, en dos quintos, que son 36 días.

Por manera, Excmo. Señor, que no es cierto lo que afirman el Agente Fiscal, el juez y la Corte en este proceso, esto es, que no hay pena en el Código para el que tienta quebrantar la sentencia: sí la hay, no *individua*, no determinada, pero sí específica, y criterio bastante para encontrarla, señalada por la misma ley.

Y aunque así no fuera, desde que ella dice que merece pena el autor de tentativa o confabulación, si hubiera duda respecto a cuál pueda ser ésta, cuando menos habría que estar al tenor de lo dispuesto en el artículo 50 del Código

Penal, escrito por nuestros legisladores, precisamente, después de señalar las penas que merecen el autor del delito consumado, del frustrado, de la *tentativa*, etc., es decir, para desvanecer cualquiera duda acerca de la manera de castigar éstos.

En conclusión, este Ministerio opina que V. E. se halla en el caso de declarar, por las razones expuestas, que hay nulidad en el auto de vista corriente a fojas 8 vuelta, su fecha 29 de noviembre último, aprobatorio del de primera instancia, inserto a fojas 6, su fecha 18 del mismo mes, y reformando aquel, y revocando éste, ordenar pase la causa al estado de plenario; salvo mejor y más ilustrado acuerdo.

Lima, 16 de diciembre de 1892.

PANIZO.

---

#### RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 19 de diciembre de 1892.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen: declararon haber nulidad en el auto de vista de la Ilustrísima Corte Superior de esta capital, corriente a fojas 8 vuelta, su fecha 29 de noviembre último, por el que se aprueba el sobreseimiento decretado por el juez de primera instancia en el auto de fojas 6; y reformando el primero, y revocando el del juez inferior, mandaron que se adelante el sumario y conti-

núe el juicio hasta pronunciar sentencia; dictándose las providencias necesarias para la captura de Juan Pérez, acusado como complicado en el delito de fuga; y los devolvieron.

*Sánchez—Alvarez—Espinosa — Lama — Quiroga.*

Se publicó conforme a ley; de que certifico.

LUIS DELUCCHI.

Cuaderno N° 740.—Año de 1892.

---

74

**No hay condominio entre el propietario del suelo y el de la fábrica.**

---

*Recurso de nulidad interpuesto por don Carlos Sotomayor, en la causa que sigue con don Lino M. Cueto, sobre retracto.—Procede de Lima.*

---

DICTAMEN FISCAL

Excmo. señor:

El Adjunto ha estudiado, con la debida atención, este expediente en que aparece la demanda de retracto interpuesta por don Lino M. Cueto contra el doctor don Carlos Sotomayor; demanda motivada por la venta que hizo la Empresa