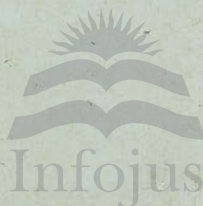


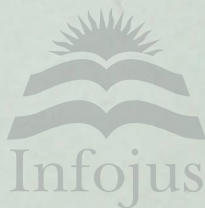


DERECHO PROCESAL
(MATERIA CRIMINAL)

es q.

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	
N.º DE ORDEN	3018 3030
UBICACION	J. 103
FICHA MATERIA	





SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

DERECHO PROCESAL

(MATERIA CRIMINAL)

POR EL

DR. JORGE H. FRIAS

VOCAL DE LA EXMA. CÁMARA DE APELACIONES EN LO CRIMINAL
Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL
EX-JUEZ DE INSTRUCCIÓN Y EX-AGENTE FISCAL



PARTE GENERAL

TOMO I



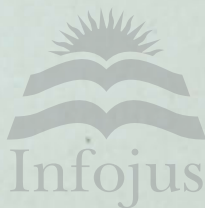
BUENOS AIRES

VALERIO ABELEDO, EDITOR — Librería Jurídica

CALLE LAVALLE 1368-74

1919

SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA



Infojus

SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

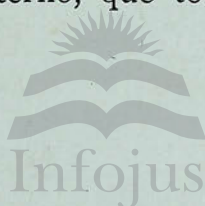
INTRODUCCION

I. — DEL OBJETO DEL PROCEDIMIENTO

N.º 1.—El derecho penal, proclamado en el código, sería ilusorio sin la existencia del procedimiento, que es el derecho de castigar al estado dinámico, es decir, que pasa de lo abstracto a lo concreto, de la idea a la realidad.

El derecho social de penar, no se ejercita sino después de un juicio en que se declara la culpabilidad de una persona por un hecho calificado de delito y se pronuncia la pena que una ley anterior haya establecido. De ahí, pues, lo indispensable, para todo grupo social independiente, de crear organismos especiales, a quienes se les confía la misión de pronunciarse sobre la culpabilidad de las personas y de ejecutar sus resoluciones; de ahí, también, la necesidad de trazar con anterioridad el camino a seguir para llegar a esos resultados, formando al efecto un cuerpo de legislación. Consecuencia de lo dicho es el doble objeto de las leyes de procedimientos, o sea el de organizar las autoridades penales y el de reglamentar su funcionamiento.

La importancia del procedimiento es igual a la del derecho y constituye por decirlo así, un medio de garantía individual y social, por cuanto no sólo permite una justa aplicación a los delincuentes de la ley de fondo, sino también que constituye una salvaguardia de los que no lo son. El ideal que tiende a realizar toda ley procesal, es la conciliación de dos intereses contradictorios en apariencia: el de la colectividad, que exige que ningún culpable escape a la sanción penal, y el del individuo que exige un examen imparcial y profundo de su culpabilidad, problema éste eterno, que toda civilización procura resolver.



N.º 2.—Las leyes de procedimientos, “tienen por carácter esencial, regularizar las reacciones individuales y sociales que provoca toda acción criminal”. La conservación social exige orden y armonía entre los asociados y los sentimientos egoístas de la conservación individual se oponen a ello, por lo que es necesario la adaptación del individuo al medio, sin que ello implique la destrucción de sus tendencias, sino tan solo una limitación de las mismas en beneficio de todos con el objeto de llegar a la tranquilidad jurídica, que supone, como es natural, un estado de civilización tal, en que el individuo como la colectividad han renunciado a hacerse directa e inmediata justicia, librando ésta a la autoridad creada por la organización judicial y al procedimiento que fija el camino a seguir por esa autoridad, para arreglar o establecer la culpabilidad de una persona.

N.º 3. — Entre el procedimiento civil y el penal, sólo existen analogías aparentes pues son varias sus diferencias sustanciales y entre ellas, las siguientes:

a) El procedimiento civil ha sido instituído y organizado principalmente en mira del interés privado, mientras que el penal, ha sido creado principalmente en interés público.

b) El proceso civil no puede ser juzgado de la misma manera que el proceso penal; en el primero se tiende a resolver una cuestión de derecho y de hecho, haciendo abstracción de la individualidad de las partes, mientras que el proceso penal, implicando esencialmente el examen de la culpabilidad, se dirige constante y exclusivamente en su procedimiento contra un individuo determinado: el inculpado.

c) La ejecución del fallo civil, pertenece a la parte que lo ha obtenido y va contra el patrimonio de las personas y no directamente contra éstas, mientras que la ejecución del fallo penal pertenece al Estado y afecta a la persona del delincuente, y por eso es que no constituye una cuestión de procedimiento propiamente dicha, porque forma parte integrante del derecho penal, desde que tiende a establecer el régimen de la pena que es uno de los fines del derecho.



d) El juez civil puede ser sustituido por un árbitro, mientras que las funciones judiciales en el orden penal constituyen una atribución propia y directa del Estado.

e) El régimen de la prueba en lo civil es distinto que en lo penal.

f) El ejercicio de las acciones penales y civiles es diferente; en el procedimiento penal existe la acción pública o de cualquier ciudadano y no en lo civil.

N.º 4. — Para que un procedimiento penal sea bueno, debe responder a tres condiciones: *simplicidad, celeridad y equidad*. “La organización del procedimiento debe ser tanto más simple como simples son las reglas de la lógica a la cuales responde.”

La *celeridad*, que es consecuencia de la simplicidad, permite en caso de condena una mayor ejemplaridad de la pena y en caso de absolución evita en gran parte los perjuicios que todo procedimiento ocasiona al inculpado inocente. Pero la celeridad y la simplicidad no deben llevarse al extremo de que redunde en perjuicio de la buena justicia, porque a ser tal podría ocasionar, o la condena de inocentes o la absolución de verdaderos culpables, por falta de investigaciones que muchas veces requieren tiempo; de ahí que debe equilibrarse entre los dos intereses a cuyo ideal de conciliación tiende toda legislación procesal: el de la sociedad y el del individuo.

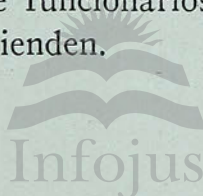
Un procedimiento puede responder muchas veces a la celeridad en la ley, pero no en la práctica, por diversas causas, entre las cuales pueden enumerarse las siguientes:

a) La obstrucción de las partes, que son inevitables por previsoras que sean las disposiciones de la ley.

b) La naturaleza de la prueba, como son las periciales, que requieren a menudo largo tiempo para realizarse, y aquellas que deben practicarse en otros países, etc.

c) Las dificultades de las investigaciones por razón de los hechos y de los obstáculos que le oponen los hombres o por razón del escaso personal destinado a esos fines.

d) La tardanza en las resoluciones de las causas provenientes del escaso número de funcionarios con relación a la cantidad de hechos en que entienden.



e) La tardanza de las otras autoridades o de los establecimientos públicos y particulares, etc., en el diligenciamiento de los oficios o exhortos.

II. — DE LOS DIVERSOS TIPOS DE PROCEDIMIENTO PENAL

N.º 5. — Bajo el punto de vista de la organización y de los procedimientos represivos, la historia de la civilización presenta tres tipos: *el acusatorio*, *el inquisitivo* y *el mixto*, que surgieron en la evolución social en el orden indicado.

La cuna del sistema acusatorio se halla en las legislaciones de Oriente; se desenvuelve en Grecia y en Roma, para decaer después en los tiempos del despotismo imperial, revistiendo a la muerte de la civilización romana las formas groseras y bárbaras de los procedimientos germánicos y feudales para adquirir nueva vida y esplendor en las instituciones de la libre Inglaterra (1).

El sistema inquisitivo nacido en el último período del Derecho Romano, es admitido en el Derecho Canónico en la época del Papa Inocencio III y gradualmente pasa de las jurisdicciones eclesiásticas a las temporales y se convierte por fin en el derecho común de toda la Europa, a excepción de Inglaterra, hasta que sus excesos originan un nuevo sistema, *el mixto*, compuesto de elementos del acusatorio y del inquisitivo, que es el que impera hoy día en los países civilizados del orbe. Sólo en dos naciones rige el sistema acusatorio: en Inglaterra y Estados Unidos de Norte América, aunque en ésta se ha establecido una de las instituciones del sistema inquisitivo que ha resistido todas las críticas que se le hacen a dicho sistema: *el Ministerio Público*.

N.º 6. — Los caracteres distintivos del sistema acusatorio son:

a) *La libertad de acusación* manifestada por el derecho que tiene de acusar toda persona de la sociedad, de que forma parte la víctima de un delito.

(1) Manduca. — Proc. Penal, página 26.



b) *La libertad de la defensa*, computando la libertad efectiva del acusado, en la mayor parte de los casos, por la *contradicción* en la busca de las informaciones de la instrucción, de la administración y de la discusión de las pruebas, la *publicidad* y la *oralidad* del procedimiento, la *aceptación del juez* por el acusado o mejor dicho, la *recusación posible* de ese juez, el carácter *popular* del juez sacado de los simples ciudadanos.

c) *La libertad de la convicción de los jueces*, en su formación y en sus manifestaciones (1).

En este sistema no existen, como en el inquisitivo, organismos judiciales que inician en ejercicio de la representación social, la investigación y acusación de los hechos de carácter delictuoso; no hay ministerio público, ni el juez puede de oficio iniciar ningún proceso contra persona alguna, sólo es un mero espectador del combate que libran las partes en su presencia; su rol consiste en responder a las cuestiones que le son propuestas por las partes, examinar las pruebas producidas en su presencia y decidir sobre esas pruebas (2).

N.º 7. — Los caracteres distintivos principales del sistema inquisitivo pueden reducirse a los siguientes:

a) *Monopolio de la acusación* por ciertos magistrados, funcionarios del gobierno, representantes del interés social de la represión y que forman el *Ministerio Público*.

b) *Secreto* del procedimiento, durante todo el proceso, comprendiendo los debates, las audiencias y el juzgamiento.

c) *Ausencia de contradicción* por la defensa, que no es admitida a discutir los cargos de la acusación, las declaraciones de los testigos y las demás pruebas producidas; sólo le es permitido la presentación de memorias escritas.

d) *Procedimiento escrito*, sin debate oral.

e) Institución de *jueces permanentes* impuestos a las partes por el poder social y contra los cuales la recusación no es permitida.

(1) G. Vidal. — Droit Criminel et Science Penitentiaire, pág. 776, n.º 612.

(2) Garraud. — Instrution Criminelle, tomo 1.º n.º 11.

f) Sistema de las *pruebas legales*, quitando a los jueces toda libertad de apreciación y de convicción, la fuerza probatoria de cada medio de prueba ofrecido por las partes se halla fijado con anterioridad en la ley y se impone a los jueces (1).

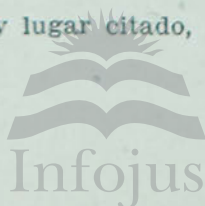
Este sistema produce un desequilibrio muy grande entre los intereses sociales e individuales, perjudicando a estos en su defensa y adaptándose mejor a las necesidades de la represión social. Es más científico y complejo que el acusatorio y la averiguación y persecución del culpable, no se abandona a la iniciativa de las partes o de los ciudadanos, puesto que es el poder social quien procede de oficio; el juez, *funcionario permanente*, no se limita a ser un simple espectador como en el acusatorio, sino que procede a la instrucción de los procesos, acumulando toda clase de pruebas autorizadas por la ley en forma escrita y secreta.

En la aplicación de este sistema se llegó a excesos empleándose la tortura (institución de origen romano) en dos formas: la una como *cuestión preparatoria* en el curso del juicio y como medio de investigación para obtener la confesión del acusado, y la otra como *cuestión previa* después de la condena y antes de la ejecución para la revelación de los cómplices.

N.º 8.—El sistema mixto o ecléctico, como antes se ha dejado dicho, no es otra cosa que una combinación de elementos de los otros dos: del acusatorio y del inquisitivo y fué creado por la legislación intermedia francesa de 1791 y consagrado después por el código de instrucción de ese país de 1808 y adoptado por casi todas las legislaciones modernas, con diferencias de detalles.

El procedimiento mixto ha tomado, de los otros dos tipos, los mejores elementos, tendiendo a equilibrar los intereses de la sociedad con los del individuo. En el sistema acusatorio se favorece la impunidad con perjuicio de la represión social y por el inquisitivo, al contrario, adaptándose mejor a la represión social, perjudica el interés individual.

(1) G. Vidal. — Obra y lugar citado, núm. 613.



El procedimiento mixto se desdobra en dos faces: la primera de instrucción preliminar confiada a las policías y magistrados especiales, y sin contradicción y publicidad. La segunda, o del juicio propiamente dicho, con los dos principios: de la contradicción y de la publicidad.

III. — EL PROCEDIMIENTO PENAL, EN ALGUNAS DE LAS PRINCIPALES NACIONES EXTRANJERAS

N.º 9 Con excepción de Inglaterra, que ha conservado el sistema acusatorio y de Estados Unidos de Norte América que también lo tiene, como antes lo dejamos dicho, todas las demás naciones de Europa y de América han adoptado el sistema mixto en sus legislaciones procesales. En todas ellas existe la institución del Ministerio Público y la división del procedimiento en dos faces principales: la de la instrucción preparatoria o sumaria, sujeta en su mayor parte a las reglas del inquisitivo, y la del juicio propiamente dicho con los principios del sistema acusatorio, de la contradicción y publicidad y, en la mayoría de ellas, sobre todo en la legislación de los estados europeos, con el de la oralidad.

Expresadas estas ideas generales, que importa un golpe de vista de las legislaciones modernas, nos ocuparemos de examinar someramente y por separado, algunas de ellas.

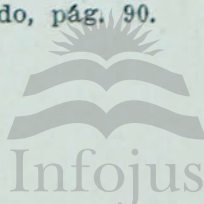
N.º 10. Francia. — El sistema mixto, llamado todavía sistema francés, fué creado por la legislación intermediaria de 1791 y consagrado después por el código de Instrucción Criminal de 1808 puesto en vigor por Napoleón el 1.º de enero de 1811 por decreto de 7 diciembre de 1809, código que ha servido de base para la reforma del procedimiento judicial de la mayor parte de los países civilizados. Como todas las obras legislativas del comienzo del siglo 19, dice Garraud, este código es una obra de transición o tal vez de superposición entre las disposiciones contrarias de las dos legislaciones anteriores: la ordenanza de 1670, es decir, el código de Luis XIV, y las leyes de 1791, es decir el código de la Revolución. Organiza,

en efecto, un tipo mixto de procedimiento que reproduce en la primera faz del proceso penal, la instrucción preliminar, escrita, secreta, sin contradicción, de la ordenanza de 1670, y que, en la segunda faz, mantiene el procedimiento público, oral, contradictorio de las leyes de 1791 y conserva el 'Jury' de enjuiciamiento suprimiendo el "Jury" de acusación (1).

Este código después de una larga aplicación fué modificada por diversas leyes, algunas de las cuales han sido incorporadas en su texto como la revisión de conjunto que se hizo por la ley de 28 de Abril de 1832, y los cambios o modificaciones introducidas por la ley del 14 de junio de 1865 en varios de sus artículos. Otras leyes dictadas con el mismo objeto han quedado fuera de la obra de codificación y un proyecto de vasta reforma fué presentado al Senado el 27 de noviembre de 1879, por M. Le Royer que fué objeto de un informe de Mr. Dauphin el 6 de marzo y el 27 de junio de 1882. Este proyecto fué votado por el Senado con numerosas restricciones, el 5 de Agosto de 1882, siendo pasado a estudio de la Cámara de Diputados en donde fué objeto de un informe de Mr. Gobler, el 15 de Noviembre de 1883, y después también de otros de Mr. Bovier Lapierre, el 4 de junio de 1885, el 20 de enero de 1887 y el 15 de enero de 1891.

Es de este proyecto, demorado en su despacho a causa del desacuerdo del Senado y de la Cámara de Diputados y en razón de la importancia de la reforma, de donde se ha extractado la ley Constans del 8 de diciembre de 1897 que ha modificado o reformado substancialmente la instrucción preparatoria. El procedimiento penal francés tiene tres fases sucesivas: principia por el ejercicio de una acción, continúa por la instrucción y termina por un juzgamiento, En materia criminal, siempre tiene lugar una instrucción oficial, preparatoria del proceso penal, no así siempre en materia correccional. Esta instrucción es confiada al procurador de la República y al juez de instrucción y tenía, antes de la reforma realizada por la ley del 8 de diciembre de 1897, tres caracteres: era secreta, escrita y no contradictoria, último carácter, éste, que ha sido substancial-

(1) Obra y lugar citado, pág. 90.



tividad en que aprecia los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituída y también sobre la persona o personas que aparezcan responsables de esos daños o de la restitución de la cosa, y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esta responsabilidad.

Comunicada en seguida esas conclusiones a los procesados y a las terceras personas civilmente responsables y manifestadas por estos a su vez, las conclusiones que creyeran procedentes y ofrecidas las pruebas por ambas partes en los escritos de calificación, el Tribunal dicta un auto declarando hecha la calificación y mandando pasar la causa al ponente para el examen de las pruebas propuestas. Admitidas estas por el Tribunal, se señala el día en que deben comenzar las sesiones del juicio oral, cuyos debates deben ser púlplicos bajo pena de nulidad, salvo los casos que la ley excepciona por razones de moralidad o de orden público o por el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia.

Practicadas las diligencias de prueba, las partes están autorizadas a modificar las conclusiones de los escritos de calificación y en este caso formulan por escrito las nuevas conclusiones y llegado el momento de informar, lo hacen el fiscal, el defensor, el acusador particular y el de la parte civil, si lo hubiera, dándose en seguida la palabra a los defensores y terminado estos informes después de preguntarles a los procesados si tienen algo que manifestar, queda la causa concluída para sentencia la que se dicta, apreciando el Tribunal en conciencia las pruebas practicadas y las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, sentencia que deberá ser absolutoria o condenatoria.

Este es someramente expuesto el procedimiento español, fuera de aquellos especiales en los casos que expresamente establece el código en el libro IV, y que se refiere a cuando fueran los procesados Senadores o Diputados a Cortes; al ante-juicio para exigir la responsabilidad criminal a los jueces o magistrados; al procedimiento en los casos de flagrante delito; al por delitos de injuria y calumnia contra particulares o por delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro

medio mecánico de publicación y del a seguir para la extradición y respecto de los reos ausentes.

Por último en el libro V se regula todo lo referente a los recursos de casación y de revisión, en el libro VI se establece el procedimiento para el juicio sobre faltas y en el libro VII se prescribe todo lo referente a la ejecución de las sentencias.

N.º 12. ALEMANIA. — Después de la proclamación del imperio, dice Daguin, la obra de la unidad legislativa de Alemania ha hecho rápidos progresos bajo el doble impulso del gobierno federal y de los representantes del país. Desde el punto de vista de los resultados obtenidos, el año 1877 puede contarse entre los más fecundos. Se ha distinguido por la promulgación de cuatro leyes genrales de la mayor importancia: el código de organización judicial, el código de procedimiento civil, el código de procedimiento penal y el código de la quiebra (1).

El código de procedimiento alemán promulgado el 1.º de febrero del año antes indicado y que entró en vigor el 1.º de octubre de 1879 reemplazó a las numerosas legislaciones procesales que regían en el territorio del Imperio. Este Código procede en línea directa del código de instrucción criminal francés, no siendo sus diferencias aun cuando las hay de importancia, como para poder juzgarlo, bajo el punto de vista del derecho procesal, como un tipo particular.

Dominan, como en los anteriores códigos, que hemos considerado, los principios del sistema acusatorio, pero en la primera faz o período del juicio criminal, se mantienen marcados principios del sistema inquisitorio y es así, por ejemplo, que conserva el secreto de la información preliminar o sumario, que no es contradictoria, y es así también que la acción pertenece en forma absoluta a los representantes del poder social; sólo por excepción a la víctima de un delito le es permitido citar al autor de la infracción ante la jurisdicción penal para obtener la reparación del perjuicio causado o para provocar el ejercicio de la acción pública. Sucede, pues, respecto al ejercicio de la acción civil, algo semejante a lo que prescriben nues-

(1) Fernando Daguin. — Code de Proc. Penale Allemand, Traduit et annoté. Introduction.

tras leyes que sólo permiten su ejercicio ante otro Tribunal que el de la represión (1). Únicamente se concede el ejercicio de esa acción, de reparación de los daños y perjuicios causados por un delito, ante la jurisdicción penal, en los casos de injurias,, de ligeras lesiones o de lesiones producidas por negligencia o imprudencia.

Pero si los particulares no tienen sino excepcionalmente el derecho de intentar la acción principal ante los tribunales del crimen, le es permitido, en cambio, frecuentemente, la intervención en los procesos cuando el asunto ha sido iniciado por el Ministerio Público, y cuando hayan provocado la introducción de una acusación pública solicitando por demanda una decisión judicial a ese respecto, siempre que el acto punible haya sido dirigido contra su vida, su salud, su estado civil o sus bienes y en el caso en que el Ministerio Público no dé curso al procedimiento o cuando ordene la suspensión del mismo en razón de las investigaciones hechas (art. 435-170). Se ha pensado con razón, dice Daguin, que el Ministerio Público, obligado a proseguir contra su voluntad, mostraría poco celo en el sostenimiento de la prevención; la intervención permite al demandante suplir a su insuficiencia y el impedir toda colusión. La parte afectada puede también unir su acción a la acción pública cuando la ley le acuerda el derecho de reclamar una reparación pecuniaria de naturaleza especial que difiere de los daños y perjuicios y de la multa, en que no corresponde exactamente al daño causado y en que no puede ser reclamado sino a la personal culpable como accesorio de la pena. Por lo demás el procedimiento penal alemán presenta los caracteres del sistema mixto adoptado en la mayor parte de los estados europeos. La instrucción reproduce las formas del procedimiento inquisitivo; pero después que se pasa al segundo período o faz del juicio, el procedimiento es público y contradictorio. Las pruebas son pruebas de convicción y el juez no tiene más que inspirarse en su conciencia para la apreciación de los hechos y de la culpabilidad.

(1) El nuevo Código Penal modifica este sistema. — Nota del autor.

El código se compone de siete libros, comenzando el I por "disposiciones generales" que se refieren a la competencia de la jurisdicción en razón de la naturaleza de los asuntos y de la competencia territorial y de la forma de solucionar los conflictos de jurisdicción entre los diversos Tribunales; a la recusación y excusación de los magistrados; a las decisiones judiciales y su notificación: a los testigos y peritos; al secuestro de los objetos útiles para la información como medio de prueba y a las visitas y pesquisas en los domicilios; al arresto y prisión preventiva; al interrogatorio del inculpado y a la defensa.

El libro II se ocupa en reglar el procedimiento en primera instancia y trata de la acusación pública y de su preparación; de la instrucción preparatoria que dirigen los jueces de instrucción que se designan todos los años según la necesidad del servicio por la administración de la Justicia (art. 6.º código de Organización Judicial); de la decisión relativa a la apertura del procedimiento principal y de los debates y sus preliminares; de los debates ante las Cortes de Asises y de la formación del Jury, etc.

En el libro III se regla todo lo referente a los recursos; el libro IV trata sobre la reproducción de los procedimientos terminados por sentencia pasada en fuerza de cosa juzgada; el libro V legisla todo lo referente a la participación en el procedimiento de la persona damnificada; el libro VI trata de algunos procedimientos especiales y por último el libro VII se ocupa de la ejecución de las penas y de las costas y costos del procedimiento.

N.º 13. AUSTRIA HNGRIA. — El código vigente en Austria o reglamento de procedimiento penal como se le llama conforme a las tradiciones germánicas, data de 1873. Este código que ha obtenido los sufragios unánimes de los criminalistas, influyó mucho sobre la orientación contemporánea del procedimiento penal (1).

Los principios fundamentales que dominan en el procedimiento austriaco son los que ya había fijado la Constitución

(1) Garraud, obra citada, Tomo 1.º página 105.

del año 1867 (artículos 10 y 11) y que el expresado código ha reglamentado conforme a las necesidades prácticas, siguiendo el tipo del código de instrucción criminal francés. Esos principios, son: la oralidad y la publicidad de los debates, el juicio acusatorio y el Jury para los delitos más graves, los delitos políticos y de prensa.

El juez no puede proceder de oficio, sino a requisición de parte acusadora. Es el sistema que se resume en Alemania por el adagio: "adonde no hay acusador no hay juez". La aplicación que de este principio ha hecho el código austriaco merece ser apreciado del doble punto de vista de las personas a quienes les es reconocido el derecho de acusar y de las consecuencias que de dicho principio deduce el legislador.

El Ministerio Público no tiene el monopolio de la acción pública, pues en muchos casos la acusación puede ser ejercitada por las personas damnificadas y ciertas contravenciones o delitos no pueden ser perseguidos por el Ministerio Público sin demanda de la parte afectada (art. 46).

Una de las innovaciones más importantes de este código consiste, como dice Bertrand y Lyon Caen, en la admisión de lo que se llama la acusación privada subsidiaria. El Ministerio Público después de haber intentado la acción pública puede abandonarla y en este caso la parte civil, cualquiera que sea la especie de infracción de que se trate, tiene el derecho de hacer suya la acusación en lugar del Ministerio Público, y de concluir, con la aplicación de la pena, como acusador privado subsidiario (art. 48). En legislador austriaco ha temido sin embargo el abuso a que podía dar lugar esta acusación privada en subsidio, y para evitarlo, en la posible, el código prohíbe a la parte civil entablar directamente la acusación sin una instrucción preliminar. Además, a fin de impedir las transacciones perjudiciales al interés social, el Ministerio Público, interviene para vigilar el ejercicio de la acusación privada y puede hacerse cargo de esta acusación si es abandonada (art. 49) (1).

(1) Code d'Instruction Criminelle Autrichien. Troduit et annoté. Introducción. Página 10.

El código austriaco, como hemos dicho, proclama el principio de la publicidad sin restricción alguna ante la jurisdicción del juicio propiamente dicho o del procedimiento principal y proclama igualmente el procedimiento oral. La instrucción preliminar es en su mayor parte escrita y tiene un rol relativamente secundario y sólo se realiza en los casos de infracciones que son de la competencia del jurado.

Como en la mayor parte de los procedimientos europeos, por el código austriaco, el juez para fallar no tiene en cuenta la instrucción preliminar, sino lo que tiene lugar durante los debates, salvo ciertos casos en que las declaraciones prestadas por los testigos en la instrucción pueden ser leídas en las audiencias públicas.

Una de las consecuencias más importantes que el legislador austriaco ha establecido, con relación al principio de procedimiento oral, es la reglamentación especial que ha hecho de la apelación, pues ha restringido considerablemente este recurso, que sólo se admite en lo referente a la aplicación de la pena y en lo que se relaciona con los intereses civiles. Las cuestiones relativas a la culpabilidad no son apelables porque se considera que ello es contrario al principio de la oralidad del procedimiento.

El código o reglamento de procedimiento penal austriaco, se divide en veintisiete capítulos, estableciéndose en el primero, o sea en el de las "disposiciones generales", los principios consagrados en la ley fundamental y los relativos a las cuestiones civiles prejudiciales, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales de crimen, salvo el caso de que se refieran a cuestiones que interesen a la validez del matrimonio. También se legisla en este capítulo, lo referente a los términos judiciales y lo relativo a la pena de multa en los casos en que no sea abonada por el condenado.

Los capítulos II al IX comprenden un conjunto de disposiciones generales que forman otras muchas reglas procesales independientes del juicio propiamente dicho y entre ellas se encuentran las relativas a los Tribunales encargados de la jurisdicción criminal, a la organización del Ministerio Públi-

co y sus funciones al inculpado y su defensa; al ejercicio de la acción pública y civil; a la competencia de los Tribunales y delitos conexos; a los casos de excusación y recusación de los jueces, secretarios y representantes del Ministerio Público, etc.

En el capítulo X se legisla todo lo referente a la instrucción de los crímenes y delitos en general, la cual tiene por fin el someter a un examen previo la inculpación de que una persona sea objeto y de reunir y recoger lo necesario para permitir fundar, sea la suspensión del procedimiento, sea la acusación del inculpado y su envío ante los jueces que han de juzgar sobre su culpabilidad (art. 91).

Los capítulos XI al XV tratan: de las pericias, de las pesquisas sobre las personas y en los domicilios; de la audición de los testigos; de la citación, detención provisoria y de la detención o prisión preventiva y del interrogatorio del inculpado.

El capítulo XVI trata de la acusación y el XVII de los preliminares a los debates, los que se reglamentan en el capítulo XVIII que se ocupa también de los recursos contra las sentencias de primera instancia. En el capítulo XIX se legisla sobre las Cortes de Asises; la formación del jurado; debates ante dichos Tribunales; deliberación y decisión del Jury; fallo de la corte y los recursos contra el mismo.

Los capítulos subsiguientes tratan: de la prosecución del procedimiento suspendido con anterioridad a los debates, es decir, por suspensión de la instrucción; de las decisiones de los Tribunales de represión relativa a las demandas de la parte damnificada; de las costas y costos, del procedimiento contra los desconocidos, los ausentes y rebeldes; de ciertos procedimientos extraordinarios; del procedimiento en materia de contravenciones y en los asuntos de prensa.

En cuanto a Hugía tiene su procedimiento penal propio, rigiendo actualmente el código de 1896, que unificó las diversas legislaciones que regían hasta esa fecha en ese país, introduciendo el jurado no solamente para los delitos de prensa, sino también para los delitos más graves. Dicho código organiza el sistema mixto, acusatorio con el Ministerio Público.

La Bosnia y la Hersogovina se hallan regidas por el código del 30 de enero de 1891 que entró en vigor el 1.º de enero de 1892 y la Croacia-Slavosnia tiene un Código que le es propio, calcado en el código austriaco de 1873 menos en lo referente al jurado que no ha sido instituido en esa provincia (1).

N.º 14. ITALIA. — En este reino se reconoció la necesidad de modificar el anticuado código de procedimiento penal de 1865, y en 1905 fué presentado a la cámara de diputados un proyecto acompañado de una extensa y erudita relación del Ministro de Justicia Finocchiaro Aprile. Este proyecto caducó y fué nuevamente presentado al senado en 1911, con modificaciones de importancia y una relación supletoria, y después de su estudio por una comisión especial que introdujo varias reformas, fué sancionado y promulgado por real decreto del 27 de febrero de 1913.

El nuevo código italiano no puede ser juzgado desde el punto de vista del derecho procesal, como un tipo particular. Es una obra de modernización de la antigua legislación conformada a las necesidades prácticas de la nación italiana; no es por lo tanto una obra de innovación sino de evolución tendiente a expresar la conciencia jurídica nacional.

El primer libro, de los cuatro que forman este código, contiene, como otros de Europa l América, un conjunto de disposiciones generales que forman otras muchas reglas procesales independiente del juicio propiamente dicho; en los otros tres libros se regula, separadamente, el procedimiento del juicio en los tres momentos en que se desenvuelve: la instrucción, el juicio, la ejecución. El último libro contiene también las normas relativas a ciertos procedimientos especiales.

El nuevo código, ha mantenido el monopolio del ejercicio de la acción penal en el ministerio público; ha rechazado el sistema adoptado por algunas naciones, de la acción popular conferida a todos los ciudadanos en toda clase de delitos, de la acusación de parte del particular ofendido o damnificado por el delito o de asociar a la iniciativa privada a la oficial con la

(1) Garraud. Ob. cit. tomo 1, página 106.

acusación en subsifio. En el sistema de este código, el único modo que el ciudadano puede prestar su concurso en la función excitadora de la actividad procesal penal, es por medio de la denuncia que constituye uno de los actos iniciales del procedimiento. La querrela sólo es procedente para toda persona que se pretenda afectada o dañada por un delito por el que no se deba proceder de oficio.

La primera faz o período del procedimiento penal en los delitos de la competencia de las Cortes de Asises, es el de la "Instrucción formal" que realiza el juez de instrucción, que tiene el deber de reunir toda la información o prueba necesaria que conduzca al acercamiento de la verdad, debiendo además averiguar el daño causado por el delito, aun cuando el damnificado no se haya hecho civil.

Existe además "la instrucción sumaria" (título III, Libro II.) que es de la competencia del Pretor y del Procurador del Rey y Procurador General adjunto a la Corte de Apelación. Este procedimiento corresponde en los casos de competencia de la Corte de Asises indicados en los números 3, 4 y 5 del art. 14 y por los previstos en los artículos 147, 149, 158, 182, 183, 187, 188 189 del código penal mencionados en el N.º 6 del citado art. 14 (art. 277).

El criterio substancial delimitativo de estas dos formas de instrucción parece *prima facie* que fuese la dificultad o la complicación de la investigación necesaria en algunos delitos para la preparación del juicio; pero, estudiando todo el proceso de la elaboración legislativa del sistema de la instrucción del nuevo procedimiento italiano, resulta evidente, como dice Alfredo Andreotti, que tal criterio consiste en la necesidad de la intervención de la garantía jurisdiccional en la elaboración y valuación de la prueba que deba influir en el juicio de convicción según la naturaleza específica de determinados delitos, su gravedad y su apreciación ético-social de parte de la conciencia pública (1).

(1) Il Codice di procedura penale italiano illustrato per la pratica giudiziaria e forense. Volumen 1.º página 32.

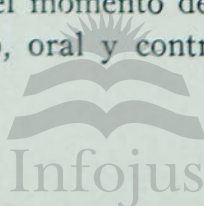
Los diversos actos de la instrucción formal se hallan reglamentados en los Capítulos III al VIII del Título II del Libro II, aparte de la regla general que establece el art. 201 de que siempre que para decidir sobre la existencia de una convención, la prueba de esta, tanto en la instrucción formal como en la sumaria, debe ser regulada por la ley civil o comercial a la cual esté sujeta.

En los indicados capítulos se reglamenta todo lo referente a la inspección ocular y a los experimentos judiciales; lo relativo a los peritos e intérpretes; al secuestro de las cosas que hayan servido o fueron destinadas a cometer el delito; lo relacionado con la prueba testimonial, careos e interrogatorios del inculpado.

La instrucción formal, además de otros casos, termina: *a)* por la sentencia que dicta el juez de instrucción en razón de conocer que el hecho que investiga no constituye delito o que la acción penal se encuentra extinguida o porque no puede ser promovida o proseguida o por razón de la insuficiencia de la prueba; *b)* porque cumplida la instrucción se comunica al Procurador del Rey, el cual si se trata de delito de la competencia de la Corte de Asises trasmite los actos al Procurador General, con relación motivada, presentando éste a su vez la requisitoria a la Sección de Acusación del Tribunal (art. 265), el cual, resuelve, si encuentra que hay prueba suficiente, el envío de la causa a la Corte competente.

La segunda faz o período del juicio se desarrolla en forma análoga a la establecida por otros códigos de Europa y que hemos hecho notar en el examen de varios de ellos. Los caracteres esenciales del debate son: *la publicidad, la oralidad, la contradicción, la continuidad*, salvo las excepciones establecidas por la ley, expresamente justificadas por razones de moralidad, de orden público, de utilidad, de necesidad.

Si bien el momento de la preparación del debate no es oral, ni público, y sólo limitadamente algún acto con el carácter contradictorio, debido a la intervención del imputado o de su defensor o de la parte el momento del desarrollo y de la clausura es siempre público, oral y contradictorio.



Como consecuencia lógica y jurídica de la publicidad y oralidad del debate, la prueba es producida directamente al juez. El principio riguroso e inflexible de la oralidad requiere o exige el negar todo valor en el debate a las constataciones y a la prueba escrita, pero sea por necesidad de las cosas, de tiempo, de evento humano, tal exigencia en la práctica debe ser temperada por ello, en el caso de prueba no repetible en la audiencia, o de ausencia o de muerte del testigo, o de otra contingencia especial y es así que el nuevo código italiano teniendo presente el sistema del libre convencimiento ha limitado razonablemente la aplicación del principio de oralidad.

En el sistema lógico procesal del nuevo código, el organismo del debate, — dice Alfredo Andreotti — tiene su *génesis* en los actos anteriores que lo preparan; su *desenvolvimiento* con la apertura, contestación de la acusación, discusión y examen de la prueba, concluido lo cual, se cierra el debate con el desarrollo de las conclusiones de la parte civil, de la requisitoria del Ministerio Público, de la defensa del imputado. (1).

N.º 15. GRAN BRETAÑA. — La historia de este país, muestra la correlación íntima que une el procedimiento criminal al desarrollo moral de la nación, al régimen social y político; no ha surgido el procedimiento en esta nación como en otras, pues no es obra única del legislador sino del desarrollo continuo del estado social y político y de sus modificaciones sucesivas operadas en la sucesión de los siglos a los cuales responden las modificaciones en las leyes que se completan con el tiempo y llegan, progresando de esta manera con las instituciones, a formar un todo armónico (2).

Ni en Inglaterra ni en Escocia, ni en Irlanda, ha sido codificado el procedimiento, habiéndose limitado al derecho penal únicamente, las tentativas que se hicieron en 1877 y 1879, para obtener del Parlamento la adopción de un proyecto de codificación debido a James Stephen.

(1) Obra citada. Volúmenes V-VI, página 1.

(2) Mittermaier. *Traité de la procedure criminelle en Angleterre en Escosse et en Amerique.* Cap. 1 página 7.

En los tres estados, el procedimiento criminal es un derecho tradicional que reposa sobre tres fundamentos: 1.º) el derecho común o derecho de las costumbres (common law); 2.º) los estatutos o el derecho legislativo (Statut law); 3.º) los precedentes judiciales, que forman un accesorio propiamente dicho de la legislación fundado sobre las opiniones que consagran en largo tiempo los tribunales, por una serie de decisiones idénticas en casos análogos.

El procedimiento criminal en la Gran Bretaña debe ser estudiado con relación a Inglaterra, Escocia e Irlanda, por existir diferencias fundamentales en el que rige en estos estados.

a) INGLATERRA. — El procedimiento inglés se caracteriza principalmente por el régimen del principio acusatorio, que domina en todas las fases del proceso criminal y en todo el curso del procedimiento. Ese principio resalta sobre todo, en la información preparatoria en donde se manifiesta por el rol activo que juega el acusador en lo relativo a la busca y suministro de las pruebas a la justicia.

La acción penal depende casi exclusivamente de la voluntad de las personas damnificadas por el hecho criminal o de sus parientes y amigos o de las personas que en el interés público intentan una acusación. En Inglaterra no existe la institución del *Ministerio Público*; el attorney general y su auxiliar, el solicitor general, son en realidad, al decir de un autor, personajes “más decorativos que útiles” (1).

El sistema inglés de la información preparatoria, no es como el sistema francés y los otros análogos, que se hallan ligados a las funciones de un juez de instrucción, que procede por

(1) La ley del 3 de Enero de 1879, promulgada el 1.º de Enero de 1880, ha instituído, bajo la vigilancia del **Attorney general**, un director de persecuciones criminales, que debe intentar y proseguir los procedimientos criminales y ofrecer a los oficiales de policía y a todas las personas oficiales o no, comprometidas en un proceso criminal, su opinión y su asistencia. Pero la ley mantiene expresamente la acción popular. Esa ley fué ampliada por la del 14 de Agosto de 1884 que desarrolló el sistema creado en 1879 sin darle mayor poder sin embargo a ese ministerio público embrionario. — N. del A.

si solo a realizar la investigación y que se halla investido de plenos poderes para aplicar todos los medios lícitos con el objeto de descubrir la verdad y que asume por entero la dirección del procedimiento. En Inglaterra no xiste más que el Coroner que se asimila en cierto modo al juez de instrucción. Los jueces de policía y los jueces de paz son verdaderos magistrados que estatuyen sobre la suerte de los inculpados llevados ante su jurisdicción, pronunciando la pena en caso que ello corresponda o dirigiendo el debate establecido entre el acusador y el acusado; no son por lo tanto jueces de instrucción.

En la información preparatoria inglesa no existe el interrogatorio del inculpado; sólo se limita el juez, una vez que ha prestado declaración el acusador (que es equiparado a un testigo), y los testigos en presencia del inculpado, a decirle: ¿Vd. ha escuchado lo que han declarado los testigos; quiere expresar alguna cosa sobre esas declaraciones? Vd. no está obligado a hacerlo; pero lo que Vd. diga, será consignado por escrito y podrá ser invocado en su contra, en el debate definitivo.

En cuanto a las informaciones que realizan los coroner, que son particulares, generalmente médicos u hombres de ley — elegidos para que intervengan en los casos de muerte violenta o de lesiones que puedan ocasionar la muerte — constituyen actos semejantes a los de los jueces de instrucción, que practican en presencia de doce jurados, por lo menos, que deben prestar juramento y que deliberan y resuelven una vez terminada la información sobre los puntos que le son sometidos.

Es regla fundamental del derecho inglés, la de que nadie pueda ser sometido a juicio por razón de un hecho criminal cuya competencia corresponda a la Corte de Asises, a las Sesiones trimestrales tenidas por los jueces de paz, sin que previamente el veredicto unánime de doce jurados, por lo menos, establezca la procedencia de la acusación. De ahí que exista la institución de un doble jury: el de acusación y el de juzgamiento, lo que constituye una de las características del procedimiento inglés.

Se puede, sin información previa, presentarse ante el Jury de acusación, para someterle a su aprobación el indictamen o

acta de acusación y esto constiuye también una particularidad de la información preparatoria inglesa, porque puede prescindirse de ella.

Admitida la acusación por el gran Jury, la decisión y las pruebas ofrecidas por el acusador deben ser llevadas al conocimiento del acusado, para que esté en condiciones de preparar su defensa. A la apertura de los Asises se interpela al acusado a efecto de que manifieste si va a litigar como culpable o como no culpable; en el primer caso son innecesarios los debates y el pronunciamiento del jurado y por regla general los jueces pronuncian de inmediato la condena; algunas veces se da libre curso a los debates y esto sucede, por ejemplo, cuando el acusado cita a testigos para establecer sus buenas condiciones normales, lo que puede tener influencia sobre la pena.

Estas y muchas otras particularidades del procedimiento inglés, que no exponemos por su larga extensión, lo hacen *sui generis* y constituye el prototipo del sistema acusatorio, cuyo principio tiende a desarrollarse en la legislación positiva moderna.

b) ESCOCIA. — El procedimiento penal de este estado se halla a medio camino, como dice Garraud, de las dos grandes corrientes históricas. Es un término medio entre el sistema continental europeo y el sistema inglés (1).

La información preparatoria es diferente de la inglesa, no existe el *coroner* y las funciones que éste tiene, las ejercen jueces (los Scherif), que proceden a realizar una instrucción preparatoria semejante a la fe de los jueces de instrucción. La institución del acusador público tiene una gran importancia y en cada jurisdicción de primer grado (Scherif, juez de paz y juez de policía) se encuentran *procuradores fiscales*, a cuya cabeza se halla el *lord abogado* que es miembro del parlamento y que tiene amplias facultades. Pero, es de notar, que junto con la acusación oficial, se admite la acusación subsidiaria del damnificado.

(1) Obra citada. Tomo 1.º página 115.

Pero en donde se manifiesta una diferencia capital entre la ley escocesa y la ley inglesa, es en lo relativo a la publicidad de la información preparatoria. En Escocia es secreta y tiene a obtener la confesión del acusado, no teniendo éste, por otra parte, la ayuda de un defensor ni las ventajas que todo inculpado tiene en Inglaterra de hacer sufrir a los testigos un interrogatorio después de sus declaraciones (1).

c) IRLANDA. — El procedimiento en este estado es en parte tomado del sistema mixto, sin caracteres propios dignos de mención (2).

N.º 16. ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA. — Esta nación se halla organizada en república federal y existen en ella por lo tanto, como sucede entre nosotros, dos especies de legislaciones procesales: la legislación federal y la legislación especial a cada estado, que son aplicadas por sus respectivos tribunales.

Procede la legislación de los Estados Unidos, de la legislación inglesa y se adapta por lo tanto, al sistema acusatorio. El derecho de la costumbre ha conservado un gran imperio; pero el *common law* de Estados Unidos no es el de Inglaterra; comprende ciertos estatutos ingleses anteriores a la fundación de las colonias americanas que en Inglaterra son siempre considerados como pertenecientes al derecho del *statud law* y que los americanos hacen figurar abusivamente, como dice Fournier, en la *common law*, desde que constituyen disposiciones legislativas escritas y no difieren de las leyes actuales sino por su antigüedad (3).

El procedimiento federal es exclusivamente regido por el derecho legislativo, pero puede ser invocada la *common law* en el caso de una infracción cometida en el territorio de un estado cuyo conocimiento pertenezca a la jurisdicción federal, en carácter de derecho supletorio de la legislación federal; en este caso se aplica la *common law* usada en el estado en que se ha

(1) Mittermaier. — Ozra citada, página, 217.

(2) Garraud. — Obra y lugar citados.

(3) André Fournier. — De la procedure criminelle aux Etas-Unis et particulièrement dans l'Etat de New-York. — Introducción, pág. 6.

originado el juicio. También tiene aplicación la *commonn law* en los casos de infracciones cometidas en el mar, en el extranjero, en un territorio federal; se aplica entonces la *common law* de Inglaterra que regia en el momento de la fundación de los Estados Unidos, la que adquiere todo su imperio y concurre con el derecho del estatuto a establecer la legislación y puede servir de fuente a una infracción federal (*crime against the United States*) (1).

De unos años a esta parte se ha operado un movimiento en los diversos estados, en el sentido de la codificación y muchos de ellos, como ser: los Estados de New York, Massachusetts, Rhode Island, Maryland, tienen sus códigos de procedimientos en materia criminal, siendo el del primero de los estados mencionados el más perfecto de todos y el que puede ser tomado como tipo del régimen procesal de los Estados Unidos, porque en él se hallan reunidos los principios fundamentales del régimen imperante en dicha nación.

Por lo demás, puede decirse que el procedimiento criminal de los Estados Unidos, es el inglés, pudiendo reducirse las diferencias principales, según Garraud, a las siguientes: 1.º Existe un ministerio público encargado de perseguir los crímenes y delitos en todos los estados de la nación y ante las jurisdicciones federales. En las cortes inferiores (*not of record*) sólo su acción es facultativa. 2.º La composición del grande y del pequeño jury difiere en los dos países: es más democrático en los Estados Unidos. Los nombres de los jurados son sacados a la suerte, en la mayor parte de los estados, de una lista redactada por una comisión de funcionarios y de magistrados. En Inglaterra es todavía el *scheriff* el encargado de escoger el jury, sobre una lista de personas que reúnan ciertas condiciones de censo, de domicilio y de capacidad, lista formada por los mayordomos de las parroquias y los administradores de la tasa de los pobres: 3.º El procedimiento es menos formalista en los Estados Unidos que en Inglaterra. Los

(1) Autor, obra y lugar citados.

vicios de procedimiento son inoperantes si ellos no atacan a los derechos esenciales de la defensa. El juramento puede ser reemplazado por una afirmación solemne. (1)

N.º 17 AMERICA LATINA. — Las legislaciones procesales de los diferentes Estados latino-americanos, presentan numerosas variedades, aunque en su mayor parte han sido inspiradas o por la antigua legislación española o por la moderna, representada por el código de 1882; las hay, como la de Haití, que procede del código francés de 1808 y en algunas se siente la influencia de los principios norteamericanos, como en la del Ecuador, que establece el doble jury de acusación y de sentencia.

El sistema procesal adoptado por todas ellas es el mixto. En algunas, el procedimiento es el oral, público y contradictorio y tienen establecido el juicio por jurados; en otras el procedimiento es escrito, la información preliminar o sumario secreto, tienen adoptado el sistema de las pruebas legales y se admite la confesión con cargos, etc. En cuanto al ejercicio de la acción pública rigen diversos sistemas; así, por ejemplo, en Méjico se ejerce solamente por el ministerio público; en el Perú se permite la intervención en el juicio del ministerio público, del damnificado y de cualquiera del pueblo con iguales derechos; en el Ecuador su código establece la acción popular (2).

(1) Obra citada, pág. 12.

(2) Los Códigos de la América Latina son: el de la República del Uruguay sancionada en 31 de Diciembre de 1878 (actualmente se encuentra pendiente de sanción legislativa un proyecto de nuevo código de los señores Eduardo Britos del Pino, Gonzalo Ramírez, Pablo De María, Antonio María Rodríguez, A. Vásquez Acevedo); el de Chile, sancionado el 12 de Julio de 1906; el del Perú que data de 1857; el de Guatemala, que entró en vigor en marzo de 1898; el del Paraguay, de Noviembre de 1890; el de Bolivia, de Agosto de 1898; el de Venezuela, promulgado el 14 de Mayo de 1897; el del Ecuador, que data de Septiembre de 1890; el de Méjico, dictado el 6 de Julio de 1894; el de Honduras, de Septiembre de 1899; el de Haití, que entró en vigor el 1.º de Enero de 1836; la ley federal del Brasil de Octubre de 1890.

IV. — IDEA GENERAL DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

N.º 18. — Entre las atribuciones que la constitución nacional confiere al Congreso, figura la de dictar el código penal para toda la República, pero sin que altere las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas caigan bajo sus respectivas jurisdicciones. (art. 67, inciso II). De manera que, a semejanza de los Estados Unidos de Norte América, existen dos especies de legislaciones procesales: la legislación federal o nacional y la especial de cada provincia o estado, que aplican dos órdenes de jueces, los federales o nacionales y los de las provincias.

La legislación federal, impera en toda clase de delitos en la capital federal y en los territorios nacionales y rige en el territorio de las provincias en aquellos casos que son de la competencia de la justicia federal y a que se refieren el art. 100 de la constitución y artículos 21 y 23 del código de procedimientos. La legislación provincial rige en la aplicación de la ley común o del código penal, en aquellos hechos que se cometen en sus territorios.

Existen, por lo tanto, en la República diversos códigos de procedimientos (1): los que han dictado las provincias y el código de procedimientos criminales para la justicia federal y los tribunales de la capital y los territorios nacionales". Estos códigos están vaciados en el mismo molde, sus diferencias son de detalle, y se hallan inspirados en la legisla-

(1) Esos códigos son: el de la capital, justicia federal y territorios nacionales, del 17 de Octubre de 1888, código que ha sido adoptado por las provincias de Tucumán y Catamarca; los de las provincias de Buenos Aires, del 1.º de Marzo de 1906; de Santa Fe, del 12 de Diciembre de 1895; de Entre Ríos, del 20 de Octubre de 1905; de Corrientes, del 1.º de Enero de 1896; de Córdoba, del 15 de Noviembre de 1889; de Santiago del Estero, del 20 de Septiembre de 1900; de Jujuy, del 26 de Octubre de 1906; de la Rioja, del 26 de Agosto de 1899; de San Juan, del 14 de Octubre de 1904; de San Luis, del 30 de Septiembre de 1908; de Mendoza, del 29 de Septiembre de 1894, y el de Salta, del 23 de Diciembre de 1899.

ción española antigua, concordada con principios modernos y con los que prescriben los artículos 18 y 19 de la constitución nacional.

La institución del jurado no ha sido puesta en práctica entre nosotros, no obstante lo que establece el art. 24 de la constitución nacional. Si bien fueron presentados al Congreso algunos proyectos con ese fin (1), hasta ahora no se ha creído oportuno establecer el juicio por jurados por razón, no sólo de la falta de preparación y hábitos populares en la práctica de instituciones de esa naturaleza, sino también porque existe cierta oposición de parte de muchos criminalistas argentinos, que consideran que debe organizarse el juicio penal en la forma que aconseja el estado actual de la ciencia jurídica, que tiende a la especialización técnica de la función judicial.

N.º 19. — Consideraremos sintéticamente los caracteres de la legislación procesal argentina en relación a los tres problemas principales que se agitan en el campo del procedimiento criminal, y que conciernen a la organización y al funcionamiento, sea de la *acción*, sea de la *instrucción*, sea del *juicio*, ya que al estudiar las prescripciones del código de procedimientos de la capital, se apreciarán ampliamente los caracteres de nuestro sistema procesal.

A) *Acción penal y civil*. — Es principio dominante en los códigos argentinos, que la acción penal o pública corresponde al ministerio fiscal o público; pero se admite la acusación o intervención conjunta de la persona ofendida o damnificada por el delito o la de sus representantes legales. Sin embargo, en estos últimos tiempos se ha observado una tendencia hacia la exclusividad del ejercicio de la acción pública por los representantes del ministerio fiscal y es así que ya se ha establecido en algunos códigos ese régimen o sistema (2).

(1) El redactado por los doctores Plaza y González en el año 1873 y el del doctor José Domínguez del año 1884.

(2) Por ejemplo: en el Cód. de San Luis; en el proyecto de código para la capital, de los doctores Méndez, Montes de Oca y Agote.

En cuanto a la acción civil, algunos códigos admiten su ejercicio por la parte damnificada ante la jurisdicción penal, otros no; pero la regla es, en presencia de lo que prescribe el art. 1096 del código civil, que la acción de reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el delito, se ejercite ante los tribunales civiles. Es de observar, sin embargo, que el nuevo código penal para la República, que ya ha sido aprobado por la Cámara de Diputados, deroga la prescripción mencionada del código civil, por lo que, a ser convertido en ley, dicho proyecto, regirá el principio de que la acción civil de reparación de los daños y perjuicios podrá ser ejercitada ante la jurisdicción represiva; éste es también el principio que consagra al proyecto de código de procedimientos de los doctores Méndez, Montes de Oca y Agote que se halla sometido a la consideración del Congreso.

B) *Instrucción preliminar o sumario.* — En este período del procedimiento penal argentino, dominan aún principios del sistema inquisitivo y sus principales caracteres pueden reducirse a tres: es secreto, escrito y no contradictorio.

En muchos de los códigos argentinos el secreto del sumario no es absoluto y sólo se mantiene en los comienzos de la investigación; así por ejemplo: el código de la provincia de Buenos Aires, prescribe que el sumario sólo es secreto mientras el juez no haya tomado las declaraciones indagatorias; por el código de la provincia de Córdoba las actuaciones son sólo absolutamente reservadas para los que no deban intervenir en ellas; en el código de la provincia de Entre Ríos se establece que el sumario es secreto mientras el juez no haya tomado las declaraciones indagatorias, pero durante el secreto del sumario podrá reconocerse al defensor del procesado el derecho de instruirse de los autos, cuando a juicio del juez no perjudique los fines de la investigación; por el código de la provincia de San Luis el sumario es público para el acusado, su defensa y el agente fiscal, etc.

En cuanto al principio de la contradicción, puede decirse que no existe durante el período del sumario y en casi todos los códigos se establece la prohibición de que haya “de-

bates y defensas”; a los procesados o a sus defensores, como a la parte acusadora, sólo les está permitido ofrecer o solicitar diligencias de prueba, pudiendo intervenir en algunas de ellas.

Como en algunos estados o provincias, el juez del crimen lo es al mismo tiempo de instrucción y de sentencia, como lo son los jueces *federales* de sección, la instrucción preliminar les está encomendado a ellos, realizándola, la mayor parte de las veces, los funcionarios de la policía. En la capital federal los jueces del crimen se dividen en jueces de instrucción y jueces de sentencia, correspondiéndoles a los primeros la formación del sumario; los funcionarios de policía sólo practican la instrucción de las primeras diligencias, en ausencia del juez, formando lo que se llama el *sumario de prevención*.

C) *El juicio* — Este segundo período o faz del procedimiento argentino, presenta tres caracteres: es escrito, contradictorio y público. En cuanto al régimen de la prueba, domina el sistema de las *pruebas legales*, abandonado ya en casi todos los países del mundo civilizado.

La publicidad en realidad no existe, sinó con respecto a las partes que intervienen en el proceso, pues la verdadera publicidad sólo se obtiene en el juicio oral que únicamente en ciertos casos permite el código de la provincia de Buenos Aires, no así los otros códigos, en que, como en el de la capital, se establece el anacrónico procedimiento escrito. Es de notar, sin embargo, que existe una marcada tendencia hacia el establecimiento del juicio oral ante jueces letrados, como se ha manifestado en congresos científicos, en proyectos de códigos y en publicaciones diversas. (1)

(1) Véase «Actas del Congreso Penitenciario», celebrado en la capital el año 1914; «Informe y Proyecto de Código», de los doctores Méndez, Montes de Oca y Agote; la «Exposición de Reformas», que presentamos en 1912 al Ministerio de Justicia y que se transcribe como apéndice, al final de este capítulo.

V. — DEL JURADO

N.º 20. El jurado es la participación de los ciudadanos en la justicia penal, el juzgamiento de los acusados entregados en manos del pueblo; es una función judicial temporariamente delegada a personas extrañas a la justicia, porque ellas parecen ser más aptas que los jueces para ejercerlas (1).

Esta participación de los ciudadanos en la justicia penal, es para juzgar sólo de una parte de la causa; su competencia se circunscribe a puntos de hecho, no a los de derecho, que incumben a los magistrados. El jurado resuelve sobre la culpabilidad o no del acusado; el juez es quien aplica la ley.

Sobre el origen del jurado se han escrito numerosas y notables obras. Algunos autores creen encontrar sus fuentes en las instituciones griegas o romanas, otros en las costumbres de los pueblos del norte que invadieron en el siglo V la Europa occidental. Pero es necesario distinguir, como dice Helié, entre el hecho de la participación de los vecinos, de los habitantes, de los ciudadanos, en la distribución de la justicia y la forma de esa participación: entre la idea y su forma (2). De ahí, que si bien puede afirmarse que la idea remonta a épocas lejanas, la forma del jurado moderno se desarrolló en Inglaterra.

El jury ha tenido en todo tiempo sus apologistas, que han considerado a esa institución como una escuela de costumbres, como una garantía de libertad y que permite, además, asegurar la imparcialidad y la independencia judicial. Pero también ha tenido, y los tiene hoy más que nunca, sus contrarios que consideran al sistema del jurado como una complicación en el orden judicial, como una causa de aumento en los gastos de justicia, como un atentado a la libertad por la lentitud del procedimiento, como una escuela de des-

(1) Faustin Helié, «Traité de Instruction Criminelle», t. III, página 358, núm. 4627.

(2) Obra citada, núm. 4627.

crédito para la justicia por lo erróneo de sus veredictos, como una coerción arbitraria impuesta a los ciudadanos...

Por nuestra parte encontramos el sistema del jurado en desarmonía con el progreso de los tiempos y de la ciencia penal y basta apreciar su desastroso resultado en las naciones europeas y analizar lo que es el jury en ellas, quiénes los constituyen, cómo procede, cómo dicta sus conclusiones, etc., para convencerse que no hay institución más absurda, y que todas esas condiciones que se le atribuyen, de imparcialidad, de independencia, de garantía de la libertad, de escuelas de costumbres... no son más que una pura fantasía literaria.

El jury es imparcial, se dice, mientras que no sucede lo mismo con el magistrado. Este ante la vista constante o permanente de los criminales y del vicio y por el hábito de juzgar, sufre una especie de "petrificación moral", un enervamiento de su sensibilidad. De ahí que se afirme, que el magistrado no conocerá jamás "las piadosas mentiras del jury", como dice Rossi, ni permitirá que la justicia sea "humana, sabia e incorruptible", como expresa Le Berquier (1). "No se puede disimular, manifiesta Seligman, por su parte, que el magistrado habituado ante todo a respetar la ley, no tenga una tendencia a su aplicación textual, mientras que los jurados penetrando más en la apreciación de la moralidad del hecho y de las exigencias del medio social en el cual ellos viven, harán en ciertos casos un feliz contrapeso a los rigores exagerados de la ley" (2).

Estas y otras afirmaciones por el estilo, carecen de razón de ser, y los hechos en todas partes demuestran cuán erróneamente se aprecia a los magistrados al conceptuarlos unos "petrificados morales". Si los magistrados merecen este reproche, ¿cómo es que en los países en donde existe el jury ante un veredicto afirmativo no aplican el máximo de la pena que fija la ley al caso?

(1) Rossi, «Traité de Droit Penal», pág. 39. Le Berquier, «Le barreau moderne», «Revue de Deux Mondes», Febrero 1862.

(2) «Revue Critique de Legislation», 12, pág. 529.

“Desde que los debates revelan algunas circunstancias favorables al acusado, dice Gineste, la Corte tiene una franca tendencia hacia el *mínimum*. Se les ha visto corregir severos veredictos (otros dirían inicuos, pero este epíteto es reservado a las resoluciones de la magistratura), reduciendo la pena al *mínimum* del segundo grado”. Y más adelante agrega: “Los Tribunales correccionales constantemente recurren al art. 463 del código penal, sobre las circunstancias atenuantes, modificado por el decreto de 1870. Se les ha acusado de débiles en la represión de la mendicidad y del vagabundaje” (1).

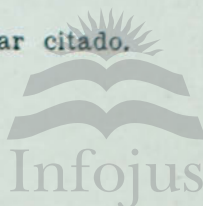
Pero no es solo en la aplicación de la ley, donde los magistrados de todas las partes del mundo demuestran que no son “petrificados morales”, sino también en el mejoramiento de las instituciones penitenciarias, en la creación de patronatos de liberados, etc.

Entre nosotros la prueba de la falsedad de la imputación expresada, es indudable, desde que es común que los jueces no apliquen la medida de pena que legalmente corresponde; siempre imponen una inferior. Pueden examinarse todos los fallos de los tribunales de la Capital, y se verá cuán cierto es lo que afirmamos y basta consultar sus memorias para convencerse que quienes han levantado la voz para pedir reformas en la legislación penal, de los sistemas carcelarios, etc. han sido los magistrados.

Por otra parte, no es exacto que “sea evidente que hombres llamados a desempeñar pasajeramente las funciones de jurado, aporten ese espíritu fresco, ese vivo interés que no se encuentra en el mismo grado entre los jueces, en que el hábito concluye a menudo por hacer el trabajo más rutinario” (2). Preferible es, el excepticismo del viejo magistrado en las audiencias, al azoramiento o al pavor del jurado bruscamente arrancado de su arado o de su mostrador. “Deslumbrado por el conflicto de los alegatos, por la contradicción de los testigos, solicitado por el Ministerio Público y por los

(1) F. Geneste «Histoire et organisation du Jury Criminel», página 75.

(2) Seliman obra y lugar citado.



argumentos inagotables del defensor, el jurado se siente invadido por una perturbación extraña” (1).

La ponderada imparcialidad del jurado no es posible que exista, desde que no tiene la preparación suficiente para poder apreciar hechos y circunstancias que muchas veces escapan a la penetración científica de los hombres de ciencia.

Otras de las cualidades atribuidas al jurado, es su independencia con relación al gobierno, independencia que se fundamenta en el hecho de que no es un funcionario a sueldo del Estado. Esta ventaja que se atribuye al jurado con relación a los jueces permanentes, es puramente teórica, porque aparte de que la mayoría de los funcionarios pueden ser jurados, el número restringido de ciudadanos que son elegidos por sorteo, “han sido objeto de toda la solicitud administrativa”. Pero, ¿cuántas veces la independencia del jurado desaparece por las solicitudes políticas? Y ¿cuántas no han obedecido a las influencias de otro orden, de orden social, por ejemplo?

Es lógico admitir que un magistrado permanente, rodeado de la garantía de la inamovilidad y de la garantía económica, y a quien se le prohíbe mezclarse en política, tenga independencia; pero es absurdo pensar que hombres salidos del pueblo para desempeñar momentáneamente las funciones de jueces de la culpabilidad puedan sustraerse a sus ideas políticas y sociales, cuando ni siquiera consiguen evitar la influencia del público que presencia los debates.

Es inadmisiblemente igualmente que el jurado sea el guardián de la libertad, de las garantías individuales, y basta para convencerse de lo contrario apreciar los tribunales de la Revolución Francesa y tener en cuenta que el jury fué en Inglaterra, muchas veces, un instrumento de opresión; y sinó recuérdense los procesos Raleigh, Russel, Sidney, Hampden y los juzgamientos de los *papistas*.

La historia, como estudio del pasado para prever el porvenir, nos enseña que el jury puede ser utilizado por el par-

(1) F. Gineste, obra y lugar citado.

tido político vencedor para castigar a los partidarios vencidos.

En cuanto a que el jury sea una escuela de costumbres, porque fortifica en el ciudadano el sentimiento de la seguridad y de la dignidad personal, es otra afirmación paradójal.

Mucho tendríamos que decir sobre la inconveniencia de esta institución, que hemos tenido oportunidad de estudiar prácticamente en diversos países de Europa; pero siendo nuestra idea la de expresar en este capítulo, tan solo consideraciones generales sobre el procedimiento penal de los principales países, no nos es posible el hacerlo por la gran extensión que nos demandaría; únicamente agregaremos como complemento algunas consideraciones más con respecto a la organización del jury en algunas de esas naciones.

N.º 21. — EL JURY EN INGLATERRA. — “Si algún país extranjero deseoso de imitar las instituciones de Inglaterra quiere estudiar nuestra legislación sobre el jury y decirnos exactamente lo que él es, esa información sería para nosotros interesante”. Es en estos términos que se expresa, dice De Franqueville, uno de los hombres que conoce mejor la teoría y la práctica de esta legislación (1). La afirmación del autor inglés es muy cierta, dado el caos de las leyes que sobre la materia existe en aquel país, y su complejidad; es preciso para desentrañar todo lo que a la legislación inglesa se refiere, especialmente si es que se la quiere estudiar a fondo, conocer la masa confusa de sus estatutos, reglas, costumbres y usos sobre que ella reposa.

Por nuestra parte, trataremos aquí de hacer una breve reseña de la organización del jury inglés, en cuanto se relaciona con la justicia penal, pues en este Estado existe también el jury en materia civil.

a) *El jury del coroner.* — Tenemos ya indicado cuales son las funciones del coroner y también hemos dicho que procede, en la información preliminar, acompañado de un jury que él convoca, y cuyo rol es el de inquirir *super visum corporis* en todos los casos de muerte súbita o sospechosa; debe

(1) De Franqueville, «Le sistema judiciaire de la Grande Bretagne», tomo L, pág. 489.



también pronunciar este jury un veredicto sobre las causas de toda muerte sobrevenida en el interior de una prisión y constatar el fallecimiento de aquellos criminales que sufren la última pena en virtud de una sentencia judicial.

Las condiciones para formar parte de este jury son muy vagas, la ley solo exige que los jurados sean *probi et legales hominis*; en el hecho es el coroner o sus agentes quienes los eligen de entre aquellas personas que creen conveniente y que habitan en la vecindad del lugar en que debe reunirse. En cuanto al número de jurados que se convoca debe ser de veinticuatro; pero como doce son suficientes, lo común es que tan solo este número se reuna.

Este jury no tiene local especial para reunirse o para deliberar; muy a menudo se utilizan con ese objeto las trastiendas de los bars o cafés y es de estos locales de donde se trasladan con el *coroner*, sus agentes y *policemans*, después que han prestado el juramento ante una biblia y nombrado su jefe (el foreman), al lugar en que se encuentra el cadáver para proceder a su examen así como también de las demás circunstancias que hayan producido el deceso.

Una vez cumplida esa especie de inspección ocular, vuelven todos al public house y la audiencia da comienzo: se oyen a los testigos, médicos y otros peritos, etc., y después el *coroner* presenta el resumen de la *evidence*, los jurados deliberan, y manifiestan su opinión respecto a la causa de la muerte, declarando en caso de que la consideren la consecuencia de un crimen, si el autor es desconocido o que lo es el inculpado. Firmado el veredicto por todos y abonados los gastos por el *coroner* (uso del local, honorarios médicos, a los testigos, etc.) y cantado el *God save the king*, todo ha concluído (1).

Era usual antes, en los casos de acusación, el enviar el veredicto al conocimiento del gran jury de la Corte de Asises; pero hoy se acostumbra a llevar al inculpado ante una Corte de jurisdicción sumaria que procede a la instrucción.

(1) Autor y obra citada, tomo II, pág. 269.

Por último, creemos conveniente hacer notar, que el procedimiento ante el jury del *coroner*, es secreto y que no intervienen ni abogados ni actuarios y que suele constituir una fuente de conflictos, porque el mismo acusado puede serlo por un abogado, ante otro jury, condenado por éste y absuelto por el otro.

b) *El gran Jury o el jury de acusación.* — Este jury tiene por misión, pronunciarse sobre el estado de acusación ante las Cortes de Asises sobre aquellos individuos a quienes se les imputa un crimen y ante la Corte de Sesiones trimestrales, sobre los inculpados de un delito, es decir, de hecho de menor gravedad.

El jury de acusación varía en su composición, según se trate del Gran Jury de la Corte de Asises o del de la Corte de Sesiones trimestrales. En el de éstas, el *Sheriff* (1) tiene un poder casi absoluto para formarlo como le parezca; basta que las 24 personas que convoca figuren en la lista del jury ordinario. En los condados se eligen generalmente entre los industriales o pequeños propietarios.

En cuanto al Gran Jury de la Corte de Asises se forma en los burgos, de la misma manera que el de las sesiones trimestrales; pero otra cosa sucede en los condados en donde sus miembros son elegidos entre personas de cierta consideración social: jueces de paz, sheriffs, miembros del parlamento, etc. Se considera un honor el desempeñar estas funciones; en ciertos condados es costumbre que sea designado como jefe o *foreman*, el miembro del parlamento que representa la circunscripción principal.

El Gran Jury se reúne cuando el juez ha pronunciado la apertura de las Asises o de las sesiones trimestrales y el pro-

(1) El *sheriff* es en cada Condado el primer magistrado judicial y administrativo. El origen de esta magistratura es muy antiguo; parece que primitivamente los *sheriffs* eran elegidos por los habitantes. Más tarde esta costumbre cesó y hoy día son nombrados por la Corona, a propuesta de los 12 grandes jueces. Este cargo es gratuito y dura un año, no pudiendo ser reelegidos sino después de 3 años. Los *sheriffs* deben poseer una fortuna inmobiliaria de gran valor para servir de garantía de su administración y deben de pertenecer al Condado en que son elegidos.

cedimiento que se sigue es idéntico en todos los casos. Se comienza por la lectura de una proclama real y por un llamado que hace el ujier de la Corte, a aquellas personas que algo tengan que hacer ante los jueces del soberano. En seguida el mismo ujier se dirige a las personas designadas por el sheriff y les dice: "Señores del Gran Jury, por nuestro Soberano Señor el Rey y el Cuerpo de este Condado, responded a vuestros nombres y evitad la multa". Cuando un jurado no responde a su nombre, el ujier lo llama en alta voz por tres veces y si el llamado no tiene respuesta, la Corte pronuncia una condena de 10 libras esterlinas de multa.

Es en estas circunstancias que los jurados convocados y presentes pueden dirigirse al juez para pedirle los excuse indicando los motivos que tengan para ello, pues es de advertir que no es necesario que los 23 jurados llamados por el ujier intervengan, desde que lo único que exige la ley es que el veredicto de acusación sea dado por el voto unánime de 12 jurados.

Constituído el Gran Jury, sus miembros prestan el juramento correspondiente desde el lugar que les está reservado en el recinto. El actuario de la Corte se dirige primeramente al Foreman en los términos siguientes: "Señor, Vd. como jefe de esta gran investigación, por nuestro soberano Señor el Rey y el cuerpo de este Condado, nos informará con precisión y hará exposiciones exactas con relación a todos los asuntos, crímenes y cosas que le serán confiados o que llegaren de otra manera a su conocimiento, relativos al servicio que usted desempeña en este momento. Observará y guardará secreto de aquello que digan los consejeros del Rey, vuestros colegas y usted mismo. No pondrá a nadie en estado de acusación por odio o por malicia y no dejará de hacerlo por temor, favor, afeción o lucro, ni por esperanza o promesa de algunas de estas cosas. Pero presentará todos los asuntos en forma verídica e imparcial según el conocimiento que de ellos haya adquirido conforme a su habilidad e inteligencia. Que Dios os ayude!"

Prestado el juramente por el jefe del jury, los otros miembros lo hacen a su vez de a cuatro, teniendo en sus manos una biblia, mientras que el actuariò les dice: "El mismo juramento que vuestro jefe ha prestado por su parte, Vd. y cada uno de vosotros lo observaréis y cumpliréis fielmente y con verdad por vuestras respectivas partes. Que Dios os ayude!"

El gran jury procede sin asistencia y fuera de la presencia del juez; pero antes de que los jurados se retiren a la sala de sus deliberaciones, les es dirigida una alocución por el magistrado, la que encierra un conjunto de instrucciones. No sólo les llama la atención sobre sus deberes en general, sinó también sobre cada uno de los asuntos cuyas actas de acusación les ha sido sometida. En estas instrucciones el magistrado se refiere especialmente a los crímenes más graves; les habla del aumento o disminución de la criminalidad y les llama la atención sobre ciertos asuntos que presentan cuestiones de derecho a resolver, les da consejos propios que les sirvan en la apreciación de las dificultades que puedan surgir en materia de prueba y expresa su opinión sobre diversos puntos.

Ya en la sala de deliberaciones comienza el jury sus funciones; examina el texto de cada acta de acusación, llama a los testigos y los interroga según lo crea conveniente, etc. Desde el instante que conceptúa que una acusación carece de fundamento, la rechaza poniendo en el reverso del acta las palabras: *No true bill* (no es cierta la acusación o la demanda), o *True bill* (la acusación es cierta), cuando por el contrario, se considera que los cargos existentes contra el acusado se hallan suficientemente comprobados por la investigación practicada.

Desde que el Gran Jury ha hecho el examen de uno o dos asuntos, la corte entra en sesión y el actuariò les hace la siguiente pregunta: "Señores, ¿encontráis un *no true bill* o un *true bill*?" El jefe del jury responde entonces una de esas dos fórmulas; cuando es la primera, todo ha terminado, el acusado es puesto inmediatamente en libertad, si no existe



otro motivo para que continúe privado de ella. En el otro caso, el procedimiento sigue su curso y mientras la Corte empieza a juzgarlos, el gran jury continúa examinando los otros asuntos que figuran en la lista impresa o *calendar*, que les ha sido entregada con anticipación y a medida que se pronuncia sobre uno de esos asuntos “un comisionado se presenta en la galería superior de la sala de audiencias y le entrega al actuario el pergamino suspendido en el extremo de una vara flexible; de manera, que hasta el fin de las funciones de los grandes jurados, el auditorio es testigo en intervalos más o menos próximos de este singular ejercicio” (1).

El Gran Jury procede en secreto, siendo sumamente corto el debate de cada asunto, pues no se oye a todos los testigos citados, sino en caso que ello se crea necesario; en un asunto, por ejemplo, en que la prueba resulta de una pericia, el procedimiento es muy rápido. El acusado no tiene participación en el debate; sólo se oyen a los testigos de cargo que indica el *prosecutor* o acusador; los de descargo pueden ser llamados sin embargo por el Gran Jury, cuando su existencia aparece del procedimiento y ello con el fin de llegar a una apreciación completa de la verdad.

La institución del Gran Jury ha sido y es muy criticada hasta en la misma Inglaterra. Los hombres más competentes de este país, consideran: que esta institución no asegura al acusado ninguna garantía verdadera; que no aumenta la seguridad del ciudadano; que favorece bajo muchos aspectos las miras odiosas de los acusadores; que ocasiona a los ciudadanos grandes gastos y pérdida de tiempo; que es fuente de un conjunto de trabas e inconvenientes que perjudican la buena administración de justicia (2).

c) *El pequeño Jury o jury de enjuiciamiento.* — Al sheriff le corresponde, en parte también, la elección del jury de enjuiciamiento, como lo veremos.

Según la ley de 1862, el *clerk of the peace* de todo condado o división debe, a más tardar el 20 de Julio de cada año,

(1) De Franqueville, obra citada, tomo II, pág. 346.

(2) Véase Mitermaier, obra citada, pág. 309 y siguientes.

dirigir la orden a los mayordomos de las parroquias o a los administradores de la asistencia pública para que le envíen una lista de los hombres que residen en sus respectivas parroquias y que reúnen las condiciones legales para el desempeño de sus funciones de jurado. *El vestry clerk* dirige a su vez a cada habitante, para que lo llene en el término de dos días, un formulario en blanco en el que figura: número de la casa y nombre de la calle o plaza; nombre y apellido de cada habitante del sexo masculino; lo referente a las condiciones para ser jurado, etc.

Preparada la primera lista por los mayordomos de parroquia o los administradores de la asistencia pública, se fijan éstas durante los tres primeros días del mes de Septiembre en la puerta principal de la iglesia, con indicación del lugar y el día en que podrán formularse las reclamaciones pertinentes ante los jueces de paz, que son los encargados de pronunciarse sobre ellas. Dichas listas se hallan igualmente a disposición de quien las quiera consultar durante las tres primeras semanas del mismo mes, de modo de que pueda reclamarse en este plazo, ya sea la omisión de nombres, de personas que se encuentren en condiciones de desempeñar las funciones de jurados o ya sea en razón de haberse incluido en la lista el nombre de alguna persona que no reúna esas condiciones.

Enviadas estas listas a los jueces de paz del condado, reunidos en *pequeña sesión* para oír los reclamos que se hayan hecho y realizar las modificaciones correspondientes, se elevan al *clerk of the peace* del condado, quien a su vez la remite al sheriff, el que en época oportuna extrae de esa lista general una particular o de servicio, la que varía en Inglaterra, en cuanto al número de personas que la integran, entre 48 y 72 nombres.

Es de esta lista que se sacan a la suerte, en el seno mismo de la Corte, los nombres de los 12 jurados que juzgarán cada asunto (1).

(1) Véase Boitard, «Leçons de Droit Criminelle», pág. 722 y siguientes sobre la crítica que se hace por algunos a la amplitud de facultades que tiene el sheriff para formar la lista de servicio,

Es opinión unánime que las listas generales son mal hechas. El magistrado de pobres no tiene autoridad ni capacidad suficiente. En el hecho no se practica la revisión anual, viniendo a figurar los mismos nombres casi permanentemente. Debe observarse además, como lo hace notar Gineste, que un sistema de fraude largamente practicado, permite a ciertos inscriptos el no desempeñar jamás sus funciones; otros, por el contrario, se hacen de una renta por su complacencia (1).

En cuanto a las condiciones para ser inscripto en el *Juror's Book* del pequeño jury, se relacionan con la edad, nacionalidad y bienes de fortuna de las personas.

La ley exige la edad de 21 años para poder ser inscripto; a los 60 se encuentra dispensado del ejercicio de las funciones de jurado. Exige también la nacionalidad inglesa, salvo el caso de que se trate de un extranjero que tenga más de 10 años de residencia en Inglaterra. Respecto a la otra condición, se requiere una tasa de fortuna poco elevada, que varía según se trate de un propietario, arrendatario o se goce de una renta, etc. (2).

En lo que se refiere a las personas dispensadas de desempeñar las funciones de jurado, son numerosas. Entre ellas se encuentran: los miembros de lo Cámaras de los Lores, los jueces, los miembros de los cultos reconocidos, los abogados, doctores en derecho, *attorneys* y *solicitors*, los notarios, los oficiales de la armada o de la flota, los funcionarios o empleados de aduana, de la justicia, los médicos, farmacéuticos, etc. Hasta hay villas enteras que han obtenido desde tiempo atrás el privilegio de la exención.

(1) Obra citada, pág. 529. Véase también De Franqueville, obra citada, pág. 504.

(2) Después de 1825, la renta exigida era, reducida a nuestra moneda de más o menos, de 113 \$ $\frac{m}{n}$. Según el acta de 9 de Agosto de 1870 debe de ser de 340 pesos más o menos. El propietario o arrendatario con más de 21 años, debe de serlo de un bien cuya renta se estime en 226 pesos más o menos, de nuestra moneda. También puede ser inscripto el que paga la tasa de pobre y el que habita una casa que tenga 15 ventanas.

Ahora bien: formada la lista de jurados, el ujier se dirige a los acusados que se encuentran en los estrados, haciéndoles notar que “esas personas honestas que ahora oiréis llamar” son los jurados que van a juzgar en sus asuntos y les hace saber al mismo tiempo, el derecho que tienen de recusarlos, lo que podrán hacer en el momento en que “se aproximan a la biblia para prestar juramento y antes de que hayan jurado”.

Este derecho de recusación puede ser de dos clases: general o individual. La recusación general o total, comprende a todas las personas que integran la lista de servicio formada por el sheriff y ello cuando se alegue y pruebe que dicho funcionario tiene un interés directo o indirecto en los asuntos o que es pariente o se halla vinculado a una de las partes, etc. La recusación individual comprende a uno o más jurados de los sorteados: estas recusaciones pueden ser perentorias o motivadas.

Las recusaciones perentorias son aquellas que tienen por objeto apartar al jurado recusado sin que se alegue motivo alguno para ello, es decir, una recusación sin causa. El número de jurados que puede recusarse en esta forma varía entre 20 y 35, según sea la gravedad del delito acusado.

En cuanto a las recusaciones individuales, que son motivadas, su número es ilimitado y pueden formularse aún cuando se haya agotado el número de las recusaciones perentorias. Estas recusaciones individuales son apreciadas, o por los jueces o por dos jurados que se designan como árbitros.

En cuanto al derecho de recusación que tiene la parte acusadora, es en general motivado, teniendo sólo en ciertos casos el derecho de recusación perentoria (1).

Constituído el jury de enjuiciamiento e instalados los jurados en su tribuna, el ujier les hace prestar el juramento correspondiente y después el actuario de la Corte les hace saber el delito que se imputa al acusado y la forma cómo éste ha manifestado que va a litigar: *No guilty* (no culpable). Desde este instante el juicio comienza y continúa sin interrupción, salvo durante la noche, hasta la terminación de los debates en que el juez hace el resumen, el jury delibera y da su veredicto.

(1) Véase De Franqueville, obra citada, tomo II, pág. 368.

El veredicto del jury se reduce a declarar al acusado "culpable" o no "culpable", no teniendo ningún efecto sobre la aplicación de la pena, como sucede en otros países; sólo algunas veces se suele expresar la declaración de que se recomienda el inculpado a la benevolencia del juez o del soberano. El veredicto debe de ser dado por unanimidad, condición ésta que constituye una de las características del jury inglés y que es tan esencial, que en los casos en que los jurados no pueden ponerse de acuerdo y ello, no obstante haber sido instados por el juez en ese sentido, suele decidirse que los debates comiencen ante otro jury.

Una de las particularidades del juicio por jurados en Inglaterra es que el juez puede desaprobar el veredicto que da el jury y en este caso invita a los jurados a que vuelvan a deliberar de nuevo. Si el jury persiste en su veredicto, el juez tiene el derecho de anularlo, en caso que considere que la condena del acusado es contraria a las conclusiones establecidas por los debates.

N.º 22 EL JURY EN FRANCIA. — En esta nación, sólo existe el jury de enjuiciamiento; el gran jury o jury de acusación instituido por la ley del 16-22 de septiembre de 1791, ha sido reemplazado por las cámaras de acusación (Chambre de mises en accusation), que son secciones de las Cortes de apelación (ley del 20 de abril de 1810, art. 5.º Decreto del 6 de julio de 1810, art. 2.º, Código de Instrucción Criminal, art. 218). Estas cámaras, compuestas de cinco miembros, por lo menos, son las que teniendo en cuenta las piezas de la instrucción preliminar, las memorias que el prevenido y la parte civil hayan presentado, etc., resuelven si existe o no mérito para que un inculpado de un hecho calificado como crimen (infracción que las leyes castigan con pena aflictiva o infamante, art. 2.º código penal) sea sometido a una acusación pública ante las Cortes de Asises de las que forman parte doce jurados.

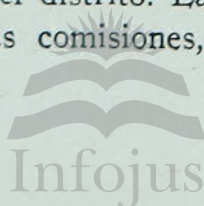
La composición del jury ha sufrido frecuentes cambios desde la ley de septiembre de 1791 hasta que se dictó la ley de

21 de noviembre de 1872, que rige actualmente. Según esta ley, tres operaciones son necesarias para llegar a la formación del jury que interviene en las asises: la formación de la lista anual; la formación de la lista trimestral y la formación del jury de enjuiciamiento.

La citada ley prescribe que todos los años debe hacerse una lista de ciudadanos que tengan su domicilio en el departamento en que ejercen sus funciones los jury de enjuiciamiento. La formación de esta lista anual es conferida a dos comisiones y es el resultado de sus trabajos sucesivos. La una hace la lista preparatoria; esta comisión se constituye en cada cantón con el juez de paz, sus suplentes y alcaldes, de todas las comunas. En los cantones en que sólo existe una sola comuna y en la comuna dividida en varios cantones, dos concejeros municipales completan la comisión. En la ciudad de París, la comisión la forman, en cada barrio: el juez de paz, el alcalde del distrito, el concejero municipal nombrado en el barrio y cuatro personas designadas por aquéllos entre los jurados que han figurado en la lista del año anterior del distrito (art. 9.º).

La misión de esas comisiones, que se reúnen en la primera quincena del mes de Agosto en el lugar principal de la circunscripción, es la de elegir entre los habitantes, a aquéllos que parecen más aptos para desempeñar las funciones de jurados. Esas listas preparatorias deben de contener un número de nombres, doble del fijado para el contingente de cada cantón; ese contingente es, para el departamento del Sena, de 3.000 jurados y para los otros departamentos, de un jurado por cada 500 habitante, no pudiendo ser el número inferior a 400 ni superior a 600 (art. 6.º).

La segunda comisión, es la que formula la lista anual definitiva, y se constituye en cada distrito, por el Presidente del Tribunal civil y por los jueces de paz y concejeros generales del distrito. En París, esa comisión se compone del juez de paz del distrito, de sus suplentes, del alcalde y de cuatro concejeros municipales del distrito. Las listas anuales que confeccionan estas segundas comisiones, son enviadas antes del



1.º de diciembre a los respectivos secretarios de las Cortes de Tribunales encargados de Asises.

Además de la lista anual, prescribe la ley (art. 15) que debe hacerse otra especial, de jurados suplentes, elegidos entre los de la ciudad en donde tienen lugar las Asises. Esta lista es de 300 jurados para París y de 50 por cada uno de los departamentos restantes.

Es, con estas listas, que el primer Presidente de la Corte de Apelación o el Presidente del Tribunal del lugar principal de las Asises, confecciona, en la primera quincena de Diciembre, la lista anual del departamento por orden alfabético, e igualmente la lista especial de jurados suplentes (art. 16).

Por último, la tercera operación, consiste en extraer por sorteo de la lista anual y de la lista especial, en audiencia pública el nombre de 36 jurados titulares y 4 suplentes que constituyen la lista de sesión o de servicio.

Las condiciones que la ley exige para que un ciudadano pueda ser inscripto en las mencionadas listas, pueden reducirse a las siguientes: ser francés, tener 30 años de edad, gozar de los derechos políticos, civiles y de familia, saber leer y escribir y no encontrarse comprendido en algunos de los casos de incapacidad que taxativamente enumera la ley.

Como se ve, las exigencias de la ley sobre las aptitudes de los ciudadanos para el desempeño de las funciones de jurados, dejan mucho que desear y contrastan con las del jurado inglés. Es verdad, sin embargo, que ello no impide que en las listas figuren las personas notables, como ser: profesores, ingenieros, etc, pero también lo es que esta *élite* desaparece entre el crecido número de personas inscriptas que carecen de la capacidad suficiente para desempeñar funciones tan delicadas y difíciles.

Debe observarse, por otra parte, que en el supuesto de que la suerte haya agrupado en la lista de sesión un número suficiente de capacidades, el abogado del acusado, "que tiembla en presencia de ese tribunal ilustrado", como dice Gineste, se encarga generalmente de suprimirlos, valiéndose de la recusación sin causa; de ahí que el jury se reduzca "a

esa tropa inconsistente” que todos hemos encontrado en las Corte de Asises (1). Además, es de tener presente, que esas personas notables tienen gran interés en evitar el desempeño de las funciones de jurado, no sólo por lo que ellas en sí mismas importan, sino también por los perjuicios que muchas veces les irroga; tratan, por lo tanto, de que los abogados y hasta de que los mismos representantes del Ministerio Público los recusen, lo que suele suceder muy a menudo (2).

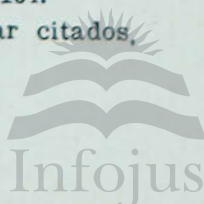
Ahora bien; constituida definitivamente la lista de sesión o de servicio y héchosela conocer a cada uno de los acusados, la víspera del día en que son llevados ante la Corte de Asises, sólo resta formar el jury que debe estatuir sobre cada acusación, jury que se compone, como ya lo hemos hecho notar, de 12 jurados.

El sorteo de 12 jurados puede realizarse, según lo tiene admitido la jurisprudencia, ya sea en presencia del Presidente solo o ya sea ante la Corte de Asises entera. La ley exige, por otra parte, la presencia del Ministerio Público y la de los acusados. El defensor tiene derecho, aunque no la obligación, de asistir al acto; cuando se encuentra presente, puede ejercer, en nombre del acusado, el derecho de recusación. La parte civil puede asistir también al sorteo.

Las formas intrínsecas del sorteo son: el llamado de los jurados, la colocación en una urna de los nombres de los jurados presentes y el sorteo de doce nombres no recusados por el Ministerio Público y el acusado. El llamado debe renovarse en cada asunto; es hecho en presencia del acusado y debe constatarse por lo menos la presencia de 30 jurados idóneos. El Presidente, a medida que cada jurado responde al llamado, deposita en la urna su nombre inscripto en un papel y después saca sucesivamente el de los jurados y los proclama. Las recusaciones se ejercitan a medida que cada nombre es extraído de la urna. El cuadro del jury de enjuiciamiento se forma con los doce primeros nombres que han sido

(1) Obra citada, pág. 134.

(2) Autor, obra y lugar citados.



extraídos de la urna y aceptados sin recusación, por el Ministerio Público y el acusado.

En cuanto al derecho de recusación que es el complemento de la institución del jury y su accesorio indispensable, se halla regido entre otras reglas por las siguientes: 1.^o Las recusaciones sólo se hacen en presencia de los jurados; 2.^o son perentorias y no pueden ser motivadas (art. 399, Código instrucción criminal); 3.^o el número de recusaciones es de 9 a 12 para cada una de las partes, según que el número de los jurados presentes sea de 30 o de 36.

En el jury de enjuiciamiento francés, a diferencia del inglés, el jefe es aquel de los 12 jurados, cuyo nombre ha sido extraído el primero de la urna; el art. 342 del código permite, sin embargo, que el jury elija a su jefe. Las funciones de éste se reducen a presidir la deliberación, a redactar la declaración y firmarla y a dar lectura de ella.

El juramento constituye la esencia misma de la institución; de ahí que la ley lo prescriba expresamente (art. 312). El presidente, establece dicha disposición legal, les dirigirá a los jurados “de pie y descubierto” el discurso siguiente: “ustedes juran y prometen delante de Dios y de los hombres de examinar con la más escrupulosa atención los cargos que sean traídos contra N...; de no traicionar los intereses del acusado, ni aquéllos de la sociedad que lo acusa; de no comunicarse con persona alguna hasta después de vuestra declaración; de no dejarse llevar por el odio, o la maldad, ni el temor o afección; de decidir según los cargos y medios de defensa, conforme a vuestras conciencias e íntima convicción, con la imparcialidad y firmeza que corresponde a todo hombre probo y libre.” Cada uno de los jurados es llamado individualmente por el Presidente y debe responder, bajo pena de nulidad, levantando la mano: “Lo juro.”

El juramento impuesto a los jurados ante la Corte de Asises constituye a la vez que un acto civil, un acto religioso, como lo han declarado los tribunales (Véase por ejemplo,

la decisión de la Corte de Asises de la Marne de 1899; Dalloz-99-2.340) que contiene un compromiso preciso ante Dios y ante los hombres y si, por aplicación del principio de la libertad religiosa, cada uno tiene el derecho de prestar el juramento según las exigencias de su culto, el elemento religioso, no puede, bajo pena de nulidad, ser eliminado de la fórmula del juramento (1).

El rol de los jurados es pasivo durante los debates: escuchan y aprecian. Terminados aquéllos, y hecho el resumen por el presidente de la Corte, éste les recuerda sus funciones y les plantea las cuestiones a resolver que resulten del acta de acusación, en los términos siguientes: “¿El acusado es culpable de haber cometido tal muerte, tal robo o tal otro crimen, con todas las circunstancias comprendidas en el resumen del acta de acusación?” Si de los debates resulta una o más circunstancias agravantes no mencionadas en esta acta, el presidente somete también esta cuestión al jury así como también otras que haya planteado el acusado.

Además, el presidente, advierte al jury, después de haber planteado las cuestiones resultantes del acta de acusación o de los debates, que si existen en favor “de uno o más acusados reconocidos “culpables” circunstancias atenuantes, debe hacer una declaración en ese sentido (art. 341 cód. instr. crim. ley 9 de julio de 1853).

La decisión del jury, tanto contra el acusado como sobre las circunstancias atenuantes, se toma por mayoría de votos. La votación se hace por escrutinio secreto; se vota en boletines escritos y en distintos y sucesivos escrutinios, sobre el hecho principal, y después, si a ello da lugar, sobre cada uno de las circunstancias agravantes, de los hechos que puedan constituir excusas legales, etc. Las decisiones del jury son inapelables.

(1) En el año 1822, los diputados Julio Roche y José Fabre, propusieron a la Cámara el juramento laico, lo que así fué resuelto: pero ese proyecto se rechazó en el Senado y como sobre este punto el desacuerdo entre las dos Cámaras fué irreductible, se ha mantenido el «statu quo».

Como puede observarse, de lo que dejamos expresado, con respecto a las cuestiones que se someten a la decisión del jury francés, y en general también al de los otros países, deben necesariamente resolver los jurados puntos de derecho, porque "la fuerza de las cosas así lo exige", como dice Trebutien (1), y por consiguiente prácticamente no resulta la máxima: *de jure iudices facto juratores*.

Para terminar, diremos, que la institución del jury se halla muy desprestigiada en Francia; la misma prensa la ha hecho objeto de serios ataques (2) y la práctica habitual de los tribunales así lo demuestra, desde que se encuentra en la

(1) Cours de Droit Criminel, pág. 441. Véase también sobre este punto a Gineste, obra citada, pág. 162 y autores a que se refiere.

(2) En 1913, algunos diarios franceses, con motivo de varias absoluciones sensacionales, publicaron cuadros comparativos de las resoluciones de los tribunales correccionales y de las Cortes de Asises en que interviene el jury para hacer notar en forma irónica el desprestigio de esta institución. El que a continuación se transcribe es uno de ellos:

Corte de Asises del Sena. — 8 de Enero de 1913. — El joven José Fréchet, lesiona de una puñalada en el cuello a la señorita G. Bouchet y pone en peligro su vida. — Absuelto.

Corte de Asises del Sena.—Noviembre de 1912.—X, obrero celoso, le corta la nariz a su esposa con una navaja de afeitar. — Absuelto.

Corte de Asises del Sena. — 7 de Enero de 1913. — Un tal Cesarini, obrero, mata a golpes de cuchara de albañil, a uno de sus compañeros de trabajo. — Absuelto.

Corte de Asises del Sena. — 18 de Enero de 1912. — León Blanchard, obrero acuñador, se aprovecha del sueño de su mujer para estrangularla con un hilo de zapatero. — Cometido el crimen, duerme al lado del cadáver y espera la llegada del día. — Absuelto.

Tribunal Correccional 9.º Cámara. — 3 de Febrero de 1912.— La señora M. Furel corta con una navaja el neumático de atrás de un automóvil de alquiler. — 4 meses de prisión.

Tribunal Correccional del Sena. — 22 de Junio de 1912. León Douvelle, de un mordisco le saca la punta de la nariz a su concubina. — 18 meses de prisión.

Tribunal Correccional 8.ª Cámara. — 1.º de Mayo de 1912.— Enrique Tallebois, boyero, da de golpes de bastón a un ternero indócil. — 8 días de prisión.

Tribunal Correccional 11.ª Cámara. — C. Mastagli, zapatero, captura con pega-pega un gorrion en el Jardín del Trocadero. — 15 días de prisión.



correccionalización de los asuntos un medio seguro de ir desposeyendo gradualmente al jurado de sus funciones y de reducirlo "al rol de un molino que despliega en el vacío su evolución solemne y que no tiene más grano para moler".

Después del año de 1850 en que M. Abatucci, Ministro de Justicia, señalaba entonces, dice Gineste, esas tendencias extralegales, todas las relaciones de los Guarda-sellos hacen resaltar cómo la correccionalización ha entrado en "nuestras costumbres judiciales". De 1826 a 1850, el jury juzgaba más de 5.000 asuntos contra 225.000 demandas y denuncias presentadas. En 1911 las demandas han más que duplicado, ellas se elevan a 500.000, pero el número de asuntos deferidos al jury, ha disminuído a 2.900 (1).

Uno de los motivos que ha contribuído al desprestigio del jury surge del aumento de las absoluciones y de su conse-

Corte de Asises del Sena. — 19 de Marzo de 1912. — M. Laconcelle, que no chancea con el amor, mata a su esposa de un tiro de revólver. — Absuelto.

Corte de Asises del Sena — 1.º de Mayo de 1912. — Hallándose quejoso de su patrón, el joven León Groffet, le prende fuego al negocio; 50.000 francos de pérdidas. — Absuelto.

Corte de Asises del Sena. — 14 de Enero de 1913. — La señora Lhoste, que se hallaba separada de su esposo, lo mató un día de un tiro de revólver.—Absuelta.

Corte de Asises del Sena. — 2 de Febrero de 1912. — Clementina Gicquel, da muerte de una puñalada al doctor Cottu, su amante inconstante. — Absuelta.

Corte de Asises del Sena. — Mayo de 1912.—Abandonado por su esposa, Jorge Chapouis, declara: «La he condenado a muerte...», pero no le hizo nada, ni siquiera le tocó un pelo a la infiel. — 4 meses de prisión y un año de interdicción de «séjour».

Tribunal Correccional del Sena. — 15 de Julio de -912. — Encontrándose alegre, por ser el 14 de Julio, Emilio Doublet, le pregunta a un agente de policía: «Se puede tutear a la gente el día de fiesta nacional?» — 10 días de prisión.

Tribunal Correccional 8.ª Cámara. — 22 de Mayo de 1912. — La señora Bordilón, celosa, hierre ligeramente a su marido de un tiro de revólver. — 6 meses de prisión.

Tribunal Correccional del Sena. — 13 de Marzo de 1912. — La señora Sarasin tira sobre M. Henri, su amante inconstante, y no le pega. — 6 meses de prisión.

(1) Gineste, obra citada, pág. 118.

cuencia inmediata: el aumento de la criminalidad. En 1913, el Ministerio de Justicia publicó con el título de "Compte général de l'administration de la justice criminelle pendant l'année 1910" un volumen que constituye, como decía M. W. Loubat (procurador general de Lyon), en un artículo que apareció en es año en uno de los principales diarios de París, una historia trágica, una historia cuyas páginas se hallan manchadas de sangre: sangre de víctimas y de culpables, en que cada línea, cada cifra, representa la suma anual de muertes, de violencias, de estupros, etc., de verdaderas flores del mal de la sociedad francesa.

Entre las constataciones más importantes del libro expresado — fuera de la que se refiere al aumento de la criminalidad de los menores y de la gravedad de los hechos cometidos por los mismos (en 1910 de 3.144 acusados ante las Cortes de Assises, el 33 % han sido menores) — aparece la de que durante los 10 últimos años (de 1900 a 1910), el término medio de absoluciones se elevó del 31 al 34 % y que lo han sido principalmente en los tribunales del jurado.

N.º 23. EL JURY EN ESPAÑA. — La institución del jury en esta nación, se puede decir que es de reciente creación, pues data del 22 de diciembre de 1872, fecha en que se dictó la ley respectiva, cuya aplicación fué suspendida más tarde, por decreto del 3 de enero de 1875, por causa de los trastornos y dificultades que produjo.

En el año de 1883, la institución del jury fué objeto de un largo debate parlamentario, siendo atacada, en el senado, por el jurisconsulto M. Silvela, que desarrolló con ardiente convicción los argumentos necesarios para que fuera rechazada (1). Pero en Abril de 1888 se dictó la nueva ley de jurados, que rige actualmente y cuyas principales disposiciones examinaremos.

Comienza la mencionada ley por establecer que el tribunal del jurado, se compondrá de doce jurados encargados de declarar la culpabilidad o inculpabilidad de los procesados,

(1) Sesiones del 3, 6 y 9 de Abril y del 5 y 12 de mayo de 1883.

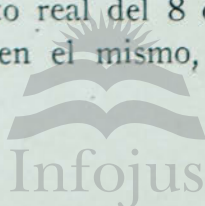
y de tres magistrados, a quienes corresponde hacer la calificación, en derecho, de los hechos que los jurados conceptúan probados, imponiendo a los culpables las penas correspondientes conforme al código, y declarando también las responsabilidades civiles.

La competencia del jury de enjuiciamiento — único que la ley establece — es en asuntos de cierta gravedad: delitos de traición, delitos contra las Cortes, delitos de los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales garantizados por la constitución, delitos de rebelión, sedición, homicidios, etc.; incluye también la ley a los delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado, etc., con excepción de los de injurias y calumnias y los de lesa majestad (art. 4.º).

Las funciones de jurado son obligatorias y sólo pueden excusarse los mayores de sesenta años, los que necesiten del trabajo manual diario para ganar un salario con que atender a su subsistencia, los que hubiesen ejercido el cargo de jurado o suplente mientras no transcurra el período de un año y los senadores y diputados a Cortes mientras éstas estén abiertas.

En cuanto a las condiciones que la ley exige para ser jurado, se reducen a las siguientes: ser español y de estado secolar, tener más de treinta años de edad, estar en pleno goce de los derechos civiles y políticos, saber leer y escribir, ser cabeza de familia y vecino en el término municipal respectivo, con cuatro años o más de residencia en el mismo, en el caso de no ser cabeza de familia, tener algún título académico o haber desempeñado algún cargo público con haber de 3.000 pesetas o más, o haber desempeñado las funciones de concejal, de diputado, etc., y reunir las demás condiciones, no hallarse comprendido en algunos de los casos de incapacidad o incompatibilidad que la ley enumera (arts. 10, 11 y 12).

En cuanto a la formación de las listas, el procedimiento es sumamente complicado, tan es así, que el gobierno se vió obligado a dictar el decreto real del 8 de marzo de 1897, con el objeto, como se dice en el mismo, de facilitar la ejecución



de lo que dispone el art. 14 de la ley, que es el que se refiere a la manera cómo deben ser confeccionadas esas listas.

Las primeras listas de cabeza de familia y de capacidades, deben ser confeccionadas por una junta o comisión que se constituye en cada comuna. Esta junta se compone del juez y fiscal municipal, asistidos del alcalde o de su adjunto, de tres propietarios y tres comerciantes de los que abonan mayores impuestos.

Las mencionadas listas son remitidas por el juez municipal en el curso del mes de mayo, al juez de instrucción, que preside una segunda junta, la del partido o distrito, que elabora otras listas, eligiendo la décima parte de los cabezas de familia, comprendidos en todas las listas municipales, que se consideren más aptos para el cargo de jurados. Si la décima parte no llegase a 200 cabezas de familia, se completa este número mínimo, que se reduce a 150 allí donde el número de los empadronados en tal concepto no llegue a 500. En caso de que todas las listas municipales de capacidades contuviesen más de 150 nombres, la junta designa los que conceptúa más idóneos hasta dicho número (art. 30 y 31).

La mencionada junta se compone, además del juez de instrucción, que, como hemos dicho, la preside, de 8 vocales que el indicado magistrado designa conforme a lo que prescribe la ley, que establece: "Esta (la junta) se compondrá del cura párroco y del maestro de instrucción primaria más antiguo de la población donde se constituya la junta y de seis contribuyentes que estuviesen en el pleno goce de sus derechos civiles, designados estos por suerte, sacando cuatro nombres entre los doce mayores contribuyentes por territorial, y dos nombres entre los seis mayores contribuyentes por industrial, que residan en la población" (art. 31).

Una vez confeccionadas estas segundas listas, el juez de instrucción, remite una copia de las mismas y también otra de las recibidas de los jueces municipales, a la junta de gobierno de la Audiencia de lo criminal o Sala de gobierno de la territorial respectiva, que forman las listas definitivas de jurados, en las que figuran dobles cabezas de fami-

lia que de capacidades (200 cabezas de familia y 100 capacidades por partido judicial del distrito). El conocimiento al público de estas listas, se lleva por las publicaciones que se hacen de ellas en el diario oficial.

El tribunal del jurado realiza tres sesiones por año y las reuniones se verifican en los centros judiciales más cómodos con relación a los acusados, testigos, la índole de los procesos, etc., (art. 42).

Antes de la sesión, uno de los secretarios de la Audiencia o Sala de lo criminal de la sección respectiva, saca a la suerte veinte jurados de la lista de cabezas de familia, y diez y seis de la de capacidades de cada partido judicial; también se sortean seis supernumerarios entre los que residan en el lugar donde se hayan de celebrar las sesiones, cuatro de la lista de cabezas de familia y dos de las capacidades. A este acto son citados y pueden asistir el ministerio fiscal y los abogados defensores de los acusados y de los acusadores particulares en las causas correspondientes al partido judicial que hayan de ser vistas y sentenciadas, y pueden también estos representantes recusar a los jurados que se sortean por razón de algunos de los motivos que enumera la ley en su art. 12; y el tribunal fija, al efecto, el día en que se oirán a las partes sobre las recusaciones contestadas. Si los debates establecen que la recusación ha sido hecha arbitrariamente o de mala fe, la parte que la ha propuesto incurre en una multa de 100 a 200 pesetas.

El día señalado para la reunión del jurado y comienzo de la sesión deben de estar presentes, para la validez del procedimiento, veintiocho jurados. Se completa este número con ayuda de la doble lista general, reemplazando a los ausentes por jurados tomados de la misma categoría.

Para la formación del jury de enjuiciamiento, el presidente saca a la suerte los doce titulares y los dos suplentes. Al pronunciarse cada nombre, el acusado, el fiscal y los acusadores particulares ejercen el derecho de recusación, hasta que haya catorce jurados no recusados por nadie, contando al efecto aquellos cuyos nombres no hayan salido de la urna.

Constituído el jury, los jurados que lo componen prestan el juramento, de rodillas, sobre los evangelios y delante de un crucifijo, y seguidamente toman asiento a derecho e izquierda de los magistrados, ocupando los dos últimos lugares los dos suplentes (art. 58).

En cuanto al procedimiento es muy complicado y minucioso y destinado por consiguiente, como lo hace notar Gineste, a dilatar los debates, obscureciendo las cuestiones primordiales. Al pueblo español, poco preparado para el jury, le convenía un conjunto de disposiciones simples al alcance del buen sentido y los legisladores le han ofrecido uno todavía más complicado que el procedimiento alemán o austriaco. Han querido desdoblar los debates y separar netamente el veredicto de culpabilidad de la sentencia de la corte sobre la aplicación de la pena, a fin de que el jury se pronunciara únicamente sobre el hecho. Pero este “desiderátum” es imposible de conseguir (1).

El juicio comienza por la lectura que hace el secretario del hecho o hechos sobre que versa, omitiendo en la lectura de los escritos de calificación todo aquello que se refiera a las conclusiones relacionadas con la determinación de las penas. En seguida se procede al interrogatorio del procesado o procesados, que se hallan en inmediata comunicación con sus defensores, y luego se pasa a la práctica de las diligencias de prueba admitidas; y terminadas estas, los acusadores califican jurídicamente los hechos; y si estiman que el acto deferido a la corte no es de los de su competencia, el presidente el defensor o defensores del procesado o procesados, optan por el tribunal del jurado o por el de derecho. En caso que el procesado único o todos los procesados conformes, optasen por el último, se retiran los jurados y el juicio concluye sin retroceso ni interrupción ante los magistrados, con arreglo a la ley de enjuiciamiento criminal. En los demás casos el juicio continúa y termina ante el tribunal del jurado (art. 65).

(1) Obra citada, pág. 233.

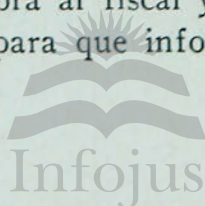
Terminados los informes de la parte acusadora y de los defensores y después de interrogar a los procesados sobre si tienen algo que manifestar, el presidente hace el resumen de las pruebas, sin entrar en su apreciación, el resumen de los informes del ministerio fiscal y de los defensores de las partes, así como de lo manifestado por los procesados, presentando los hechos con claridad y precisión y absteniéndose cuidadosamente de revelar su propia opinión.

Expone también el presidente la naturaleza de los hechos sobre que ha versado la discusión, y la índole y naturaleza de las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes que han sido objeto de prueba y discusión.

Concluído el resumen del presidente les formula a los jurados las cuestiones sobre las cuales deben pronunciarse y que abarcan no sólo las referentes a la culpabilidad o inculpabilidad de los acusados y a las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes, sino también las relativas a las faltas accesorias, grado de participación, a la ejecución más o menos completa del delito, etc.

El jurado delibera a puerta cerrada y presidido por el jurado que primero salió en el sorteo y sin interrupción, salvo los momentos de reposo. Si cualquiera de los jurados tuviera duda sobre la inteligencia de alguna de las preguntas, puede pedir que el tribunal aclare por escrito. Si el jurý entero desea explicaciones, vuelve a la sala de audiencias y le son dadas por el presidente. El voto es nominal y en alta voz, contestando cada uno de los jurados, según su conciencia y bajo el juramento prestado, a cada uno de las preguntas, *sí* o *no*. La mayoría absoluta de votos forma el veredicto; en caso de empate, se entiende votada la absolución. Ninguno de los jurados puede abstenerse de votar, el que insistiere después de requerido tres veces por el presidente, incurre en una multa; la abstención, sin embargo, se reputa voto a favor de la inculpabilidad.

Cuando el veredicto es de culpabilidad, el presidente del tribunal concede la palabra al fiscal y a la representación de los actores particulares para que informen lo que tengan por



conveniente, así sobre la pena que debe imponerse a cada uno de los declarados culpables, como sobre la responsabilidad civil y su cuantía; después informan los defensores de los procesados y de las personas civilmente responsables.

Estos informes deben limitarse a tratar las cuestiones legales, ajustándose a los hechos establecidos por el jurado, sin que se permita censura o crítica acerca de ello.

El recurso de reforma del veredicto autorizado por la ley no es más que una segunda deliberación provocada por respuestas poco precisas o contradictorias; en cuanto al recurso de revisión de la causa por un nuevo jurado, que también la ley establece, se produce por resolución del tribunal y en razón de considerar que después de una tercera deliberación del jurado no hay veredicto.

Para terminar esta resumida exposición de la organización del jury español, transcribiremos la opinión bien fundada de Gineste que dice: "En resumen, la última ley española sobre el jury, presenta un carácter de extrema complicación. Por la multiplicación inusitada de las multas y de las otras represiones, el legislador ha pensado que llegaría a estimular la indiferencia general, olvidando que las costumbres no se reforman a la ayuda de disposiciones legislativas. El rol del presidente de asises, ya bien pesado en Francia, llega a tener en nuestros vecinos proporciones tan aplastantes que se debería considerar con admiración un país en que cada presidente de tribunal puede desempeñar una misión semejante; sabemos, sin embargo, que España envidia nuestra magistratura. En fin, si este feliz país posee un gran número de magistrados tan bien dotados con relación a la preparación e imparcialidad, para que se les haya podido considerar los primates del sistema entero; si estos magistrados tan clarividentes para separar matemáticamente el hecho del derecho, gozan todavía de un derecho soberano de control sobre los veredictos absolutorios, ¿por qué agotarse en vanos esfuerzos, complicar por placer los rodajes judiciales, incomodar inútilmente a millares de ciudadanos y hacerles incurrir en múltiples penalidades, en lugar de confiar a esos es-

clarecidos jueces el derecho de pronunciarse a la vez sobre la culpabilidad y sobre la aplicación de la pena? Es necesario que los legisladores españoles sean muy rebeldes a las teorías de la escuela italiana y lo sean asimismo a los principios de una sana filosofía para creer que es más fácil apreciar la criminalidad, que determinar el monto de la pena. La obra del jury es, por el contrario, una de las más arduas entre las obras humanas. El mal funcionamiento del nuevo sistema hará más que todas las críticas; y las recientes estadísticas criminales demuestran que al precio de las más graves desazones, no ha sido posible obtener la más mínima mejora” (1).

N.º 24. EL JURY EN AUSTRIA-HUNGRÍA. — La institución del jury en Austria, es como ya lo hemos hecho notar uno de los fundamentos del código de 1873; pero todas las disposiciones que conciernen al jury no se encuentran en el código sino en dos leyes de la misma fecha, del 23 de mayo de 1873, una de las cuales puso en vigor el mencionado código.

Según lo establece el art. 6.º de la última de las leyes citadas, el tribunal del jury es competente para entender en los crímenes y delitos cometidos por medio de la prensa y en los delitos políticos e infracciones comunes de carácter grave, que la ley enumera; es decir, en delitos cuya penalidad es superior a cinco años de reclusión.

En cuanto a lo referente a la formación de las listas, aptitudes de los jurados, etc., todo ello se halla reglado en la otra de las leyes mencionadas, cuyo art. 1.º dispone que para ser jurado se requiere la edad de treinta años, saber leer y escribir, gozar de los derechos de burguesía en una comuna que sea de un país representado en el *Reichsath*, estar domiciliado por lo menos un año en la comuna en donde se reside y por último abonar por lo menos de contribución directa 10 florines por año en las localidades de 30.000 habitantes o menos, y 20 florines en las otras, o ejercer la profesión de abogado o escribano, ser profesor o institutor en una escue-

(1) Obra citada, pág. 237.

la superior o intermedia, o ser doctor de una de las universidades del país.

La ley declara incapaces para ser jurados a aquellos que a consecuencia de una enfermedad física o mental no se encuentran en condiciones de desempeñar esas funciones, a los que no gozan de todos los derechos del ciudadano, a los pródigos judicialmente declarados, a los comerciantes, fallidos, etc.

La ley establece, por otra parte, numerosas incompatibilidades y dispensas, así por ejemplo: no pueden desempeñar las funciones de jurados, los funcionarios del Estado en actividad, salvo los profesores e institutores de escuelas superiores o intermedias, los militares de tierra y mar y de la "landwer" en actividad de servicio, los institutores primarios, empleados de la administración de correos, ferrocarriles, etc. En cuanto a las dispensas, se hallan comprendidos en ellas: los mayores de sesenta años, los miembros del Reischrath durante el período de sesiones, etc.

En cuanto a la composición de las listas, es necesario distinguir entre la lista principal (*urliste*), la lista anual, la lista de sesión y la lista de jury para cada asunto.

El jefe de la administración comunal, con dos miembros de la municipalidad, confecciona anualmente la lista general, en el mes de setiembre, en la que se incluye a todas aquellas personas que en la comuna se hallan en condiciones de desempeñar las funciones de jurado. Estas listas se exponen durante un tiempo, en las oficinas de la administración comunal, y a los efectos de las reclamaciones que correspondan, en las que entiende la comisión indicada.

Las listas comunales son enviadas al jefe del distrito, que hace corregir las irregularidades por el burgomaestre o las corrige él mismo, después de lo cual eleva todas las listas de la circunscripción, al presidente de la corte de primera instancia con indicaciones de todas aquellas personas más aptas para el desempeño de las funciones de jurado.

El presidente de la corte antes del fin del mes de noviembre, hace confeccionar por medio de una comisión especial la

lista anual. Esta comisión, que se compone de tres magistrados y tres notables, es nombrada por el presidente de la corte de instancia, que la preside, salvo el caso en que lo es por un delegado suyo.

Bajo el imperio de la ley de 1869, sobre los delitos de prensa era proporcional a la población. Pero la nueva ley, más racionalmente, ha dispuesto que el número de jurados que deben figurar en las listas sea con relación a las necesidades del servicio. El número de jurados que debe inscribirse en cada lista es igual al doble del número presumible de jurados llamados a intervenir en las sesiones ordinarias y extraordinarias; las listas originarias transmitidas al presidente comprenden 800 nombres por lo menos.

La lista anual así formada, sirve para confeccionar la lista de sesión, a cuyo efecto quince días antes de la apertura de la sesión de jury, se procede a sortear 36 jurados ordinario y nueve suplentes, sorteo que se practica en audiencia pública, en el local de la corte de primera instancia, en presencia de dos jueces, del procurador del Estado y también de uno de los miembros de la orden de abogados.

El artículo 304 y siguientes del código, prescriben todo lo referente a la formación del jury que debe entender en cada asunto, el que se constituye con doce jurados sacados a la suerte de los que forman la lista de sesión, no excluidos en virtud de una de las causas que la ley enumera (art. 306). A medida que el tiraje se efectúa y se lee el nombre del jurado sorteado, las partes tienen el derecho de recusación hasta que su derecho se agote. El acusador puede recusar una mitad y el acusado otra mitad. Cuando los jurados sean en número impar, el acusado tiene el derecho de recusar un jurado más que el acusador. Cuando hay muchos acusadores o acusados, la primeros ejercen en común el derecho de recusación acordado al acusador, los segundos los que pertenecen al acusado. Si ellos no pueden ponerse de acuerdo para las recusaciones, la suerte indica el orden en el que pueden hacerlo. La recusación hecha por uno de ellos vale entonces para los demás (art. 308). Los motivos de la admisión o de la

recusación no pueden ser indicados según expresamente lo prescribe la ley (art. 309).

Las cortes de asises se componen, como en Francia, no sólo del jury sino de tres jueces, siendo el presidente el juez que desempeñan esas funciones en la corte de 1.^a instancia del lugar en que se realizan las asises. El legislador ha querido con esto evitar los desplazamientos, que son causa, en Francia, de pérdida de tiempo para los magistrados. En cuanto el número de tres en que es fijado el de los magistrados de las cortes de asises, merece, como dice Bertrand y Lyon Caen prestarle atención, porque la corte de primera instancia llamada a estatuir en los delitos que no son de la competencia del jury, decide en número de cuatro jueces. Esta cifra par, ha sido fijada en el interés del acusado, que es absuelto en caso de empate; en el tribunal del jury, como los magistrados no resuelve cuestiones relativas a la culpabilidad sino las relacionadas con la aplicación de la ley, el legislador ha creído conveniente evitar el empate (1).

En lo que se relaciona con el procedimiento ante las cortes de asises, debemos expresar, que después que el jury ha sido formado y que el presidente les recibe el juramento en la forma que prescribe el art. 313 del código los debates dan comienzo, recibándose las declaraciones de los testigos y expertos, después de lo cual el presidente fija las cuestiones al jury, las que bajo pena de nulidad deben ser leídas en alta voz y entregada por escrito a la parte acusadora y acusada. Las partes tienen el derecho de proponer modificaciones a estas cuestiones y pedir que se agreguen otras. La corte estatuye en seguida sobre estas proposiciones.

Planteada las cuestiones al jury, el acusador, la parte damnificada, el acusado y su defensor son oídos debiendo limitarse sus opiniones a aquellos elementos que puedan servir de fundamento para la decisión del jury. La discusión de todo aquello que debe ser sometido a la decisión de la corte, se reserva para un momento ulterior como expresamente lo establece el artículo 324 del código.

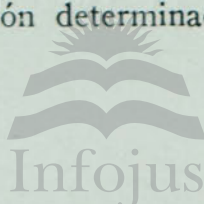
(1) Obra citada, 1.

Una vez que el presidente pronuncia el cierre de los debates, reúne en una exposición rápida, los resultados esenciales; indica con la mayor brevedad posible, las pruebas en favor y en contra del acusado, sin dar su propia opinión; les manifiesta a los jurados el carácter legal del hecho punible, la significación de las expresiones legales contenidas en las cuestiones y les llama la atención sobre sus deberes en general y especialmente sobre las disposiciones concernientes a la deliberación y voto.

Los jurados deliberan, a puertas cerradas, presididos por uno de ellos, elegido a simple mayoría de votos. Después de la deliberación, el jefe del jury hace votar verbalmente a los jurados sobre cada una de las cuestiones, en el orden que el presidente del tribunal las ha propuesto; el jefe del jury emite el último su voto. Los jurados votan sobre cada cuestión *si* o *no*. Para la solución afirmativa, tanto de las cuestiones de la culpabilidad como de las relativas a las circunstancias agravantes, la ley exige la mayoría de dos tercios de votos, por lo menos. En todo los otros casos, la decisión debe ser tomada por simple mayoría.

En el sistema austriaco, como en el español, los debates se reanudan después del veredicto del jurado, en lo relativo a la aplicación de la pena. La corte aprecia las circunstancias atenuantes. Este doble procedimiento autoriza dos clases de recursos: el de casación contra la sentencia condenatoria, por vicio de forma o violación de la ley y el de apelación para ante la corte de 2.^a instancia en lo concerniente a la aplicación de la pena.

Haremos notar, por último, que no sin temor fué adoptada la institución del jury en Austria. Para prevenir los inconvenientes que su funcionamiento podía presentar el Reichsrath votó una ley especial, promulgada en la misma fecha que el código. Esta ley que tiene por título: "Ley sobre la suspensión temporaria del jury", permite suspender su funcionamiento, en una región determinada, por un tiempo que no exceda de un año.



Esta suspensión se pronuncia en cada caso por una resolución del consejo de ministros bajo la responsabilidad y conforme a lo aconsejado por la corte suprema. Pero la ley exige que el gobierno someta esa resolución a la consideración del Reichsrath, inmediatamente de adoptada, para su aprobación o no.

Es en virtud de la mencionada ley y de la interpretación que se ha dado, que varias veces el funcionamiento del jury ha sido suspendido en distintas regiones del Austria. Así por ejemplo: en Viena lo fué dos veces con motivo de agitaciones socialistas y de los crímenes que fueron su consecuencia, y desde 1886 el jury no interviene en todo el territorio del imperio en los hechos y atentados contra el orden político y social.

En lo que respecta a Hungría, sólo existe el jury en materia de delitos de prensa; en esta nación se han aducido argumentos especiales para no extender el jury a los crímenes y delitos de derecho común: la pluralidad de lenguas y dialectos y los odios de razas (1).

N.º 25. EL JUICIO POR JURADOS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA. — PROYECTO PARA SU ESTABLECIMIENTO. — Hemos dejado dicho ya lo que respecto al establecimiento del juicio por jurados prescribe la constitución nacional y también hemos expresado que con el fin de su implantación en este país, se confeccionaron proyectos, los de los Dres. V. de la Plaza y F. González y de J. Domínguez. Agregaremos ahora algunos antecedentes de nuestra legislación nacional al respecto y expresaremos algunas consideraciones con relación a los mencionados proyectos de jury.

(1) Consideramos suficiente la exposición que dejamos hecha sobre la organización del jury en las naciones de que nos hemos ocupado, para dar una idea general de los principios que rigen en la legislación comparada sobre esta materia. En Alemania, Italia, Bélgica, etc., existen organizaciones similares a las expuestas de las naciones del continente europeo. En algunos países o estados de Europa no existe la institución del jury, como ser por ejemplo: en Dinamarca y en la mayoría de los cantones suizos. En Estados Unidos y Canadá tienen organizaciones semejantes a la inglesa, y en Costa Rica se ha suprimido el jury de acusación y los jurados son designados por la asamblea como magistrados permanentes, etc.

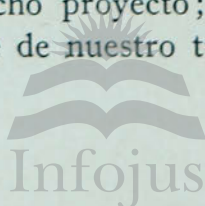
La constitución de 1819, disponía, sobre la implantación del jurado, lo siguiente: “El cuerpo legislativo cuidará de preparar y poner en planta el establecimiento del juicio por jurados en cuanto lo permitan las circunstancias” (CXIV). La del 1826, reproducía literalmente esta cláusula (CLXIV) y por la reforma que se hizo en 1873 de la constitución de la provincia de Buenos Aires, se manda establecer el juicio por jurados, fijándose además las bases sobre las cuales debía hacerse esta innovación (art. 174 y siguientes).

En el año 1871, e dictó la ley del 6 de octubre que establece en el art. 1.º: “el P. E. nombrará una comisión de dos personas idóneas que proyecte la ley de organización del jurado y la de enjuiciamiento en las causas criminales ordinarias de jurisdicción federal, debiendo someterla a la consideración del Congreso en las primeras sesiones del próximo período legislativo”. Es en virtud de la mencionada ley que el presidente Sarmiento, en noviembre 16 del mismo año, dictó el decreto por el cual se nombró a los Dres. de la Plaza y González para proyectar la organización del jurado y de la ley de enjuiciamiento de la referencia.

Los mencionados doctores presentaron en el año de 1873, el proyecto de ley de jurados y de código que les fué encomendado, con un extenso informe, todo lo cual fué sometido al Congreso que nunca los tomó en consideración.

El defecto capital de este proyecto es que, como dice Domínguez, sin hallarse establecido el sistema en ninguna provincia para las causas de jurisdicción local, ese proyecto lo implanta en todas ellas para las causas de jurisdicción federal. Y las reglas que establece sobre las calidades necesarias para ser jurado, sobre el modo de formar las listas y de constituir el jury, a todo respecto, en una palabra, son uniformes para todas las provincias sin tener en cuenta para nada las condiciones sociales, la población y demás circunstancias de cada localidad.

Fuera de la observación apuntada tendríamos muchas cosas que decir sobre dicho proyecto; pero preferimos no hacerlo, ya que esta parte de nuestro trabajo es más de exposi-



ción que de críticas, y que apreciando el lector el conjunto de todo el contenido de este capítulo y de lo que publicamos como apéndice, podrá darse cuenta de los serios inconvenientes que no sólo la aplicación de ese proyecto sino cualquiera otro que sobre el jurado se haga, produciría en este país, por más que algunos tengan ilusiones todavía sobre las ventajas del juicio por jurados. Nos concretaremos, pues, a hacer conocer las principales prescripciones de ese proyecto.

En el artículo 3.º del proyecto de ley se establecen las condiciones “de los individuos que tienen el deber de servir como jurados...”; esas condiciones son: ser argentino, mayor de 21 años y menor de sesenta, saber leer y escribir, hallarse domiciliado en el distrito judicial donde haya de reunirse el jurado, poseer por derecho propio o de su mujer alguna propiedad inmueble de un valor no inferior a \$ 300 fuertes, o propiedad mueble o semoviente de un valor no inferior a \$ 500 fuertes, o tener alguna industria, oficio, profesión por lo que se pague impuesto nacional, provincial o municipal y gozar de los derechos civiles y políticos. Los extranjeros también pueden ser jurados, siempre que tengan más de 21 años de edad y que no pasen de sesenta, que hayan estado domiciliados por dos años a lo menos en el distrito judicial en donde ha de reunirse el jurado, que sean dueños, por derecho propio o de su mujer, de una propiedad inmueble de valor no inferior a \$ 500 fuertes, o de bienes muebles o semovientes de un valor de más de \$ 1.000 fuertes, o que paguen un impuesto nacional, provincial o municipal de diez pesos fuertes o más; que sepan leer y escribir y hablar español y que reunan las condiciones de integridad y sano juicio también exigida para los argentinos.

La ley proyectada se ocupa igualmente de todo lo referente a la formación de las listas generales o roles de jurados de acusación y de enjuiciamiento y de los cuales deben extraerse después, por la suerte, los respectivos jurys. Como es curioso no sólo el procedimiento que se establece para la formación de esos roles, sino también la minuciosidad de detalles

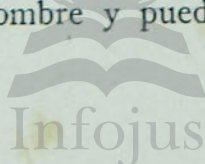
en que se entra al respecto, transcribiremos algunas de esas disposiciones.

El proyecto, encomienda a un funcionario especial, "el Comisario del Jurado" de cada distrito, lo referente a la formación de las listas de personas que deben prestar el servicio de jurados. Este funcionario debe ser nombrado por la municipalidad del lugar en donde reside el juez de primera instancia del distrito judicial, si la hubiere, y, "si no la hubiere, por una junta de cinco ciudadanos que resignará el juez de primera instancia del distrito de entre los domiciliados en él, que, teniendo las cualidades que se exigen para ser miembro del jurado, se hallen, por su posición social y ocupaciones, en aptitud de conocer mejor la persona que pueda desempeñar dicho empleo" (art. 5.º). La duración de este cargo es de tres años y el comisario podrá nombrar "un diputado", con acuerdo de la municipalidad, que podrá sustituirlo en el ejercicio de sus funciones en los casos en que él no pueda desempeñarlas personalmente.

Nombrando el comisario del jurado, la municipalidad, "o la junta que en su caso haya procedido a verificarlo", deberá formar una lista de todas las personas domiciliadas en el distrito judicial, que reúnan las condiciones exigidas para ejercer las funciones de jurado. Confeccionada la lista se le entregará una copia al comisario del jurado, quien la publicará en un diario del distrito o la fijará en un lugar público, a los efectos de las reclamaciones que puedan corresponder; reclamaciones que deben ser resueltas por el mismo comisario a dos individuos que nombrará la municipalidad.

La lista de las personas aptas para ser jurados serán anotadas en el "libro de jurados"; todas esas personas tienen el deber de servir como jurados dentro de los tres años siguientes, en las ocasiones que para ello se les cite y convoque.

Ahora bien: los números que correspondan a las personas inscriptas, "se inscribirán en cédulas iguales, de un mismo tamaño y color, y dobladas del mismo modo, se depositarán en una caja que tenga una abertura que pueda dar paso a la mano de un hombre y pueda ser cerrada y sellada.



Esta caja, estará marcada con la letra "A" (art. 21). La indicada caja, una vez cerrada y sellada "no volverá a abrirse sino para extraer las números correspondientes a las individuos que hayan de servir como miembros del jurado de acusación o del de juicio, cuando se reciban órdenes del juez federal de sección para proceder a la extradición en los casos previsto en el código; o para introducir en ella las cédulas que contengan los números inscriptos cada año en las listas adicionales" (art. 23).

El rol de jurados que se necesiten, lo forma el comisario, asociado de dos miembros de la municipalidad o de dos ciudadanos nombrados por el juez, y "por ellos se procederá a abrir la caja A" y "después de sacudirla de manera que se mezclen bien las cédulas en ella contenidas" el comisario hará extraer por uno de sus asociados "una por una" tantas cédulas cuanto sea el número de individuos que el juez de sección haya indicado como necesario para formar el rol de jurados para el período que determine. A medida "que se vaya extrayendo de la caja A", las cédulas que contienen los números de los jurados, el comisario debe hacer una lista en que se anote el nombre, profesión, etc., que corresponda al número extraído; "y los números extraídos se depositarán en otra caja marcada con la letra B, para que no vuelvan a figurar en las citaciones siguientes, sino cuando agotados los números de la caja A se haga la extracción de la caja B" (art. 25).

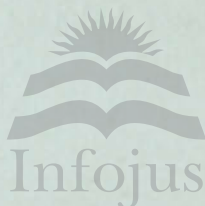
Forman el jurado de acusación, los individuos que sean indicados por los números extraídos hasta la concurrencia de los indicados por el juez para constituir el jurado de acusación; completado ese rol, los individuos indicados por los números restantes, hasta completar el señalado por el juez, formarán el rol del jurado de enjuiciamiento. Es de estos roles, según lo disponen prescripciones del código proyectado junto con la ley, que se sortean los jurados de acusación y enjuiciamiento que intervienen en los asuntos de su respectiva incumbencia.

El código en proyecto, establece minuciosamente de la manera cómo se forma el jurado de acusación, que "es un cuerpo formado de ocho individuos habitantes en el distrito judicial,

que reúnan las cualidades que requiere la ley” . . . , el modo de proceder de ese jurado; prescribe todo lo relativo al derecho de recusación, acta de acusación, etc. Disposiciones éstas sumamente extensas para que nos detengamos a hacer su exposición, siendo suficiente con expresar al respecto, que son en su mayor parte reproducciones de las reglas del procedimiento inglés o norteamericano.

En cuanto al jury de enjuiciamiento que se compondrá de ocho individuos, tomados por la suerte de la lista que formará en cada distrito el comisario del jurado, como dice el art. 375, no es otra cosa también que la reproducción del pequeño jury inglés, sometidos a reglas de procedimientos semejantes más o menos conformadas a nuestra organización judicial.

En lo que respecta al proyecto del doctor Domínguez, que lo es sólo para ser implantado en la capital, no nos detendremos a exponerlo, pues aunque mejor que el de los doctores de la Plaza y González, no es otra cosa también que la reproducción de las reglas de procedimiento del jury de acusación y del de enjuiciamiento inglés, conformado, en lo que se relaciona a la formación de las listas y otros puntos, con las peculiaridades de la organización judicial de la capital.



APENDICE

Segunda exposición sobre sistema de procedimiento en materia criminal y organización judicial para la capital, presentada por el autor el 13 de Abril de 1912.

El equilibrio perfecto entre los diversos intereses en pugna tan ardientemente reclamados por los partidarios del sistema acusatorio, no ha tenido la virtud de llegar hasta despojar a la sociedad del sagrado derecho de defensa, aun en las legislaciones que lo han implantado, y así vemos como persisten en las articulaciones de sus códigos y en la organización de sus magistraturas, a despecho de los innovadores, los defectos de que se acusa al sistema inquisitivo, como si en la imperfectibilidad de toda institución humana, no entraran por mucho los vicios y caracteres propios de los encargados de crearlas y aplicarlas. No diré que el sistema inquisitivo ha resistido victoriosamente a sus impugnadores. Ello, por el contrario, ha servido para corregirlo de sus procedimientos verdaderamente inquisitoriales, pero que correspondían a un estado social dado.

Exíjase para la organización de las magistraturas, la cultura científica necesaria para las nuevas investigaciones que hoy impone la transformación del delito y la habilidad mayor del delincuente; fórmense aquéllas seleccionando sus elementos componentes, teniendo como norma el interés social, y veremos entonces como con magistrados que en la realidad de los hechos no tienen otra ley reguladora de su conducta que su propia conciencia, desaparecen defectos, se atribuyen cualidades y se rodean de respeto las instituciones judiciales.

Creo fundadamente que el sistema mixto que ahora nos rige en derecho procesal, es el que mejor consulta los fines de la investigación, porque se inspira en principios indiscutibles

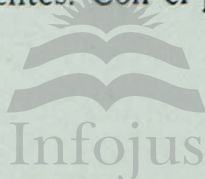
de defensa social para la averiguación de los delitos y siendo un hecho comprobado que la acción delincuente sigue paralelamente el progreso de la sociedad en que se ejercita, observándose en las ciudades la transformación de sus medios violentos en inteligentes, caracterizando la ejecución de los delitos la astucia, el fraude, el ardid, es lógico entonces que la sociedad esgrima este sistema como el menos deficiente y que bajo ciertas restricciones no afecte sino en un *mínimum* los derechos individuales, teniendo siempre en vista el interés social de la defensa.

El descubrimiento del crimen y de su autor se obtiene con más eficacia por este sistema y por consiguiente, como dice Mittermaier, el legislador que sabe que autorizar la persecución del criminal únicamente con la acción privada, es hacer más frecuente la impunidad, debe preferir la institución de un acusador público y autorizar con ciertas restricciones a un magistrado, para que indague los crímenes con encargo de descubrir todos sus indicios en una información preliminar.

Es con la instrucción previa sumarial que se patentiza mayormente la verdad, pues sólo por medio de un juez instructor, de un magistrado imparcial, pueden reunirse los materiales necesarios, ya sean favorables o no al acusado. Únicamente en esta forma se llega a esclarecer los hechos delictuosos, sobre todo si se aplican a la investigación sistemas científicos como los propiciados por A. Nicéforo en su obra "La Police et l'enquête judiciaire scientifiques", debiéndose hacer uso en cada caso de ese conjunto de nociones con que las ciencias modernas contribuyen al esclarecimiento de la verdad.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta el agravio irreparable de pasar a una acción pública infundada, como lo hace notar Mittermaier.

Ahora bien; el procedimiento preparatorio o de instrucción debe ser secreto, dado que la publicidad y la oralidad de este procedimiento es un error, pues, como dice Daguin (introducción al Código de Procedimientos Alemán, traducido y anotado, pág. CCII), no se puede disimular que este sistema presenta numerosos inconvenientes. Con el pretexto de garantizar los



derechos de la defensa, desconoce el interés social de la persecución y compromete la represión.

Basta un momento de reflexión para comprender la importancia de proceder de inmediato, en secreto y sin ruido, si es que se quiere encontrar seguramente el autor de un crimen, asegurarse de sus cómplices o recoger los indicios del acto culpable.

Obrando a luz del día se arriesga llevar la alarma al criminal y a sus cómplices, favorecer su fuga y permitir que haga desaparecer los rastros del delito.

La audición de los testigos en presencia del inculpado y de su defensor, no es menos perjudicial para el esclarecimiento de la verdad, pues aun en la hipótesis de que los testigos no se dejaran desorientar por las cuestiones insidiosas del defensor, no es posible admitir que la presencia del individuo sobre cuya cuenta van a deponer, no sea para muchos de ellos una causa de intimidación, lo que afecta forzosamente la sinceridad de sus declaraciones.

Existen otros motivos, además que me inducen a pensar, como lo he expresado en otra ocasión (exposición de reformas presentada al señor Ministro de Justicia, el año ppdo.), que la implantación de la publicidad en el sumario, en nuestro país, sería un error, pues es muy común la presentación de denuncias o querellas en los juzgados de instrucción con fines coercitivos, por hechos que no son delictuosos, pero que se hacen aparecer como tales, obligando, las más de las veces, a la formación de sumarios y de ahí que la publicidad de estas denuncias o querellas origina un serio perjuicio a las personas inocentes, imputadas o acusadas, dado que el público se hace eco siempre de los hechos denunciados y no se preocupa de la solución que la justicia da a los asuntos. Es necesario convencerse de una vez por todas, que la buena administración de justicia, no sólo está en las leyes sino en los jueces que las aplican, y si estos cargos son desempeñados por personas de altura moral y de ciencia, no hay por qué temerle al secreto del sumario. La averiguación de la verdad se obtiene mejor con el sumario secreto; el acusado puede ver al juez cuantas veces desee, solici-

tarle las medidas que crea convenientes para la averiguación de su inocencia o del grado de su culpabilidad, y el damnificado, denunciante o querellante, pueden también solicitar todas aquellas diligencias que consideren necesarias, fuera de que el juez realice las que crea conducentes y las que surjan de las practicadas a pedido de las partes.

No puede decirse que el secreto del sumario favorece las irregularidades, desde que hay un funcionario que interviene en toda su formación, como es el fiscal, y desde que a otras diligencias concurre el defensor del acusado, y desde que, además, en ciertos momentos el sumario se hace público, como lo ha resuelto la Excma. Cámara, cuando se les da vista a las partes.

Hasta que, gracias a una larga educación e ilustración mayor, como dice Manduca (Procedimiento Penal, pág. 33), se insinúe en la conciencia popular el sagrado deber de declarar la verdad ante la justicia sin temor alguno, la publicidad de la instrucción aumentará mucho el número de los procedimientos que no tienen resultado y el número de los delitos, porque la impunidad trae aumento de delincuencia.

Sin embargo, creo, como lo he manifestado ya en la aludida exposición de reformas, que debe modificarse el secreto del sumario legislado en nuestro código de procedimientos criminales, estableciendo que sólo lo será durante los diez primeros días de su formación, cuando el juez así lo considere conveniente, o cuando el acusado, el querellante o denunciante lo pidan; de esta manera, pienso que se concilia la publicidad con las ventajas que ofrece el secreto del sumario.

Pero en donde es necesario realizar una seria reforma, es en el procedimiento del plenario legislado en nuestro código de procedimientos, y ya se han emitido algunas ideas nuevas tendientes a salvar los serios inconvenientes que presenta esa faz de nuestro procedimiento, y entre ellas, la de que los jueces de sentencia de la capital lo sean también de instrucción y éstos también de sentencia, debiendo conocer, por lo tanto, cada uno de ellos, del sumario y plenario, creyéndose resolver el problema en esta forma, pues así argumentan sus sostene-



dores, el juez que ha de condenar o resolver, concurre a la formación de su sumario y recibe, por consiguiente, una impresión directa del asunto y del inculpado.

Pero considero que tal pensamiento no sólo no soluciona el problema a resolver para el bien de la justicia del crimen, sino que ni siquiera resuelve los fines que lo inspiran.

Nada se obtendría con que el juez que sentencia en primera instancia asista a la formación del sumario y del plenario y reciba una impresión directa del asunto y del inculpado, si el inconveniente que se salva para el juez queda en pie para el tribunal de segunda instancia, que es quien debe fallar en definitiva, juzgando sobre los hechos y el derecho.

Por otra parte, el pensamiento propuesto no resuelve el problema de la oralidad y publicidad del juicio en el plenario, que es, en mi opinión, el mayor defecto que presenta nuestro código de procedimientos criminales. El juicio oral, que es el prestigiado hoy día por la mayoría de los publicistas, no en lo que respecta a la faz sumarial del asunto, sino desde el momento que principia el verdadero juicio contradictorio y que se halla implantado en casi todas las legislaciones modernas, no podía ser establecido si se dejara subsistente el tribunal de segunda instancia en la forma que lo está actualmente la Cámara en lo Criminal y Correccional, que juzga sobre los hechos y sería un error que con el fin de implantar el juicio oral, se suprimiese a dicho tribunal tal facultad y se estableciese que los jueces de primera instancia fallaran sin apelación sobre las cuestiones de hecho, porque ello importaría contrariar el principio indiscutible de la colegialidad del tribunal que falla en definitiva sobre esas cuestiones; sería, como dice Manduca (obra citada, pág. 55), implantar una falta de garantía intelectual, de garantía individual, de garantía jurídica y de garantía social.

Además, con la idea propuesta por algunos y a que antes me he referido, no se resuelve propiamente el problema de la publicidad, pues quedaría subsistente al respecto lo actualmente establecido en el código de procedimientos, que no es en rea-

lidad publicidad, pues ésta sólo se obtiene con el juicio oral y público.

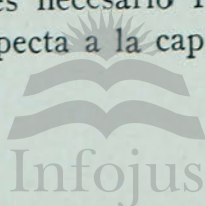
No quiere decir que el hecho de no existir propiamente publicidad de los debates, sea una manifestación de mala justicia, sino que, como dice Fuerbach (Consideraciones sobre la publicidad y oralidad, pág. 90), siempre que la justicia deje de obrar a la vista de todos, aunque en su última esencia persista intachable y recta, en la opinión vulgar, sin embargo, pierde muchísimo, si es que no pierde todo.

Para el establecimiento del juicio oral sería necesario crear tribunales colegiados que fallen sin apelación, al menos en lo que concierne a las cuestiones de culpabilidad, porque los jueces forman su convicción, después de lo que han visto y oído en las audiencias, como dice Daguin (obra citada); la vestimenta, la actitud, la fisonomía de los testigos, son otras tantas causas que pueden influir en sus opiniones y determinar en aquéllos una fe más o menos grande sobre las declaraciones de los testigos, y estas y otras circunstancias escapan a los tribunales de segunda instancia, salvo que se repitieran ante ellos, lo que produciría, a más de otros inconvenientes, un retardo en la tramitación de las causas y una prolongación innecesaria de la prisión preventiva de la persona procesada y aparte de que no habría razón tampoco para que un tribunal de segunda instancia apreciara de nuevo hechos ya juzgados por un tribunal colegiado, que, ya sea formado por letrados o se trate de jurados, reviste todas las garantías necesarias.

¿Cómo formar los tribunales colegiados en donde pública y oralmente se debatan en esta capital los asuntos criminales?

Debe descartarse el jurado, a mi juicio, propiciado por nuestra constitución, dado el desprestigio en que ha caído esta institución en la mayor parte de los países que lo tienen establecido, fuera de que nuestro pueblo, como se ha dicho y repetido, no tiene la educación suficiente, ni podría asimilarlo a sus costumbres, como el pueblo inglés, por ejemplo, familiarizado con las reglas y principios del *common law*.

Por consiguiente, es necesario formar esos tribunales con letrados, en lo que respecta a la capital, y en un modo tal que



no produzca los trastornos que ocasionan los cambios bruscos de la legislación, y al efecto se me ocurre la siguiente idea:

1.º Como actualmente ejercen funciones judiciales catorce jueces del crimen, de los cuales diez son de instrucción y cuatro de sentencia, y además existen cuatro jueces en lo correccional, considero que con los diez y ocho expresados jueces podrían formarse seis tribunales compuestos de tres miembros cada uno de ellos ante los cuales se debatirían oral y públicamente los asuntos criminales en estado de plenario (1).

2.º Estos tribunales fallarían en definitiva en cuanto a los hechos, correspondiendo sólo la apelación sobre las cuestiones de derecho, en forma semejante a lo establecido por la legislación austriaca, y entendería en este recurso la actual cámara en lo criminal y correccional, que vendría a convertirse en algo así como las cortes de casación europeas.

3.º Los cuatro jueces de sentencia y los cuatro correccionales, juntamente con los diez de instrucción que existen actualmente, desempeñarían también por turnos las funciones de jueces de instrucción con las mismas facultades y obligaciones legisladas por el código de procedimientos vigente, salvo una que otra modificación de detalle, y sus resoluciones serían apelables en los casos fijados por la ley, para ante los tribunales que constituirían los mismos a los efectos del juicio en plenario y a que antes me he referido.

4.º Los sumarios instruídos por los jueces expresados y que fuesen elevados a plenario, pasarían a uno de los tribunales de los cuales no formase parte el instructor, a fin de evitar así que la idea preconcebida que lo guía en la formación del sumario, a pesar de intervenir la duda como base para llegar a la certeza, tenga su influencia en el fallo definitivo sobre las cuestiones de hecho. En la misma forma se procederá en los casos de apelación de las resoluciones de los jueces de instrucción o de otros recursos.

5.º En el Código Penal se suprimiría la pena de arresto

(1) Esos tribunales se integrarían con dos o cinco miembros más cuando se tratare de asuntos en que corresponda aplicar penas muy graves.

como ya lo hace el proyecto que se encuentra a estudio del H. Congreso, y los jueces de instrucción entenderían en todos los hechos delictuosos legislados en el código penal actual y como tribunales de apelación de las resoluciones sobre faltas dictadas por la policía y municipalidad, en la forma como actualmente se procede ante los jueces en lo correccional.

6.º A cada uno de los juzgados de instrucción, dado el menor trabajo que tendrían, se le suprimiría una secretaría, cuyo personal pasaría a formar parte de los tribunales de plenario, creándose tan sólo dos puestos de secretario, a fin de que de esa manera cada uno de los expresados tribunales tuviese dos.

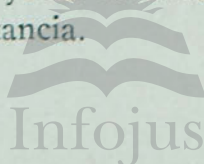
Creo que la organización y forma de procedimientos que dejo esbozada llenaría las exigencias de una rápida y buena justicia criminal, a más de ser factible bajo su faz económica, porque respondería en su mayor parte a los principios que en esta materia dominan en la ciencia y en las legislaciones, dado que se obtendría:

1.º La instrucción de los sumarios por un magistrado independiente e inamovible, cual es el juez de instrucción, como dice Manduca (obra citada, pág. 82), el que hoy día más que nunca es necesario tenga mucha inteligencia, perfecta ciencia legal, espíritu sagaz, criterio seguro, estudio filosófico sobre el hombre y sus pasiones, debilidades e ímpetus, conocimientos psicológicos, sociológicos, biológicos, fisiológicos, experiencia de la vida, golpe de vista rápido, gran laboriosidad y otro orden de conocimientos, así como de esa rama de la ciencia criminal que constituye la investigación científica judicial; dotes morales e intelectuales éstos que no se pueden adquirir más que con el tiempo y no desempeñando temporalmente dichas funciones.

2.º El secreto del sumario conciliado con la publicidad del mismo y garantizada perfectamente la libertad individual y la defensa social.

3.º El examen de la prueba ante el tribunal colegiado con las tres condiciones: contradicción, oralidad y publicidad.

4.º Y por último, la justa doctrina legal establecida por un tribunal de segunda instancia.



PROCEDIMIENTO PENAL
EN LOS
TRIBUNALES DE LA CAPITAL



SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA



Infojus

SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPITULO I

PRINCIPIOS GENERALES

VI. — NOCIONES GENERALES SOBRE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS I AL 13 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS.

Núm. 26.— Siendo la ley procesal el complemento de las libertades públicas, sus formalidades tienden a proteger a los ciudadanos y a precaverlos de todo acto arbitrario; de ahí el lugar preferente que el legislador ha dado sobre todas las prescripciones generales que contiene el libro I del Código, a ese conjunto de principios fundamentales del procedimiento que figuran entre las grandes conquistas que el derecho moderno ha establecido en favor de las garantías individuales.

Estos principios, que, como decía el doctor Obarrio, en parte se hayan consagrados en la Constitución Nacional, y en parte existían ya en leyes o disposiciones dispersas dictadas en distintas épocas después de nuestra emancipación política, “han sido reunidos en el Código y desarrollados en cuanto ha sido necesario, para precisar su inteligencia o completar su alcance” (1).

Núm. 27.—La Constitución Nacional determina que ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho del proceso (art. 18).

Este precepto constitucional que tiene su fuente y origen en el resultado de las luchas y conquistas obtenidas por el pue-

(1) Nota explicativa sobre el proyecto de Código de Procedimientos.

blo inglés, que por primera vez consiguió establecerlo por escrito en la Magna Carta, ha fijado bases al procedimiento penal que importan otras tantas garantías de la libertad civil y que el Código ha reproducido en el art. 1.º, fijando su alcance.

No era suficiente para garantizar la libertad individual, que la Constitución dijera que ningún habitante “podrá ser penado, etc.”, porque una persona podría ser envuelta en un proceso arbitrario y por consiguiente ser perjudicada en su libertad injustamente. Para evitar que ello suceda es que la ley procesal ha establecido que: “ningún *juicio* podrá ser iniciado... etc.”.

Esta disposición del Código, determina, pues, el alcance de la prescripción constitucional y para no dejar abierta puerta alguna por donde pudiera penetrar el error o introducirse el abuso, con perjuicio de la libertad individual, el legislador la ha complementado con la del art. 12, que pone límite a la interpretación de la Ley Penal y prohíbe aplicar por analogía otra ley que la que rige el caso.

Nº 28. — El objeto del procedimiento penal es el de asegurar la represión de los crímenes y delitos y de llegar a la prueba de los hechos sometidos a la justicia. Para que sea perfecto el procedimiento criminal, debe dar entre otras cosas, los medios de alcanzar a los culpables y de evitar los rigores inútiles, tanto más sensible que ellos pueden afectar a inocentes.

Entre esos medios figura la privación de la libertad en carácter preventivo, lo que sirve para llegar a la prueba y para asegurar la represión.

Esta privación de la libertad o *prisión preventiva*, como la denomina nuestra ley procesal, todo el mundo la concibe como una institución indispensable en ciertos casos, no por ello menos injusta, puesto que es en realidad una anticipación de pena a quien tiene el derecho de no ser considerado culpable, mientras no recaiga sentencia firme.

Sin embargo, cualquiera que sea el derecho de la libertad individual, debe ceder en cierto límite, ante la necesidad de asegurar el curso de la Justicia. “Una excepción absoluta de encarcelamiento en todos los casos, dice Blacktone, es una cosa

incompatible con toda idea de derecho y de sociedad política; si esta excepción fuera admitida, sería imposible proteger el derecho y la sociedad, y toda libertad civil sería insensiblemente destruida” (1).

Pero la libertad civil, como dice Lieber, requiere firmes garantías de libertad individual y entre estas no hay ninguna más importante que la garantía de la libertad personal o el gran principio del “habeas corpus” y la prohibición de la “orden verbal” o arresto personal (2). Y entre los medios por los cuales se garante la libertad personal se encuentra la orden escrita librada por autoridad competente contra persona determinada y acusada de acto tan grave que autorice a privar la libertad individual del ciudadano.

Esta es la gran garantía establecida en Inglaterra, que fué adoptada por la constitución de Estados Unidos de Norte América, que ha consagrado nuestra carta fundamental en el artículo 18 y que ha reglamentado el Código de Procedimientos en el art 2.º y sus concordantes.

Una autorización para privar a una persona de la libertad personal, debe ser escrita y debe mostrar, como lo hace notar Lieber, la autoridad de la persona que la expide, el acto que lo autoriza, el nombre o descripción de la parte que ha sido autorizada a ejecutarla y la parte contra quien es lanzada. “La cédula, dice el autor citado, debe nombrar la persona contra quien es expedida; si así no fuese caería en la clase de una orden general y la libertad anglo-sajona no debe consentirlo. Donde se consienta, será un gobierno policial, pero no un gobierno de hombres libres. Es necesario que la persona que ejecuta la orden sea nombrada en ella. De lo contrario, el ciudadano perjudicado en caso de arresto ilegal, no podría saber sobre quien lanzar la responsabilidad” (3).

Al disponer la enmienda IV de la Constitución de Estados Unidos, que no se expedirá orden alguna sino en caso probable, por juramento o afirmación y describiendo particularmente

(1) Comentarios sobre las leyes, libro III, cap. VIII.

(2) La libertad civil, pág. 46.

(3) Obra citada, pág. 49 y 50.

las personas que deban prenderse, ha consagrado el goce de la libertad individual reconociendo los principios del derecho común inglés, y si fué insertado este principio en las enmiendas dice N. H. Calvo, fué, sin duda, a consecuencia de los temores, excitados en Norte América e Inglaterra por el uso de órdenes de prisión concebidas en términos generales (1).

En Inglaterra como en Estados Unidos le dan a la orden escrita en las condiciones especificadas, tal importancia, como elemento de la libertad civil, que a una orden defectuosa se la considera por la ley común, como una de las razones que reduce, por ejemplo, la muerte de un oficial de justicia, de asesinato a defensa propia.

Entre nuestros antecedentes patrios, anteriores a la Constitución, pueden ser citados: el reglamento para la seguridad individual del 23 de Noviembre de 1811, cuyo art. 3.º exige en la orden, la individualización por el nombre o señales que distinguen a la persona; el Estatuto de 1815 que establecía la necesidad de semi-plena prueba de delito que mereciera la pena corporal o infamante.

Es, pues, el concepto constitucional de que: "nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente", la reproducción de una garantía de la libertad individual que tiene su origen muy remoto, en la libre Inglaterra, cuyas leyes sirven de modelo al mundo entero respecto de la seguridad individual. Pero si la prescripción constitucional fuera la única garantía de seguridad individual en nuestra legislación, bien podríamos decir con Estrada, que no tiene ninguna. Son, pues, las leyes que la han complementado, estableciendo su alcance y llenando los vacíos dejados por dicha prescripción constitucional, de lo que debe entenderse por orden escrita, quien es la autoridad competente, etc., etc., lo que ha hecho que bajo el punto de vista de la ley escrita, la seguridad individual esté garantizada por la legislación argentina en la forma que la experiencia de los pueblos más cultos y más libres

(1) Comentarios sobre la Constitución de los Estados Unidos, tomo II, pág. 595, núm. 1046.

del mundo acredita ser más eficaz y completa para asegurarla (1).

El Código de Procedimientos en el art. 2.º y sus concordantes, ha precisado y completado la inteligencia y el alcance de la prescripción constitucional y por eso es que en otra oportunidad hemos dicho: “que al determinar nuestra ley la forma y las condiciones en que corresponde decretar la prisión preventiva, no ha hecho otra cosa que reglamentar aquel principio de la legislación inglesa, adoptado por la constitución americana y consagrada en el art. 18 de la Constitución argentina, en forma de que nadie puede ser privado de su libertad si no en virtud de orden escrita emanada de autoridad competente y librada contra persona determinada” (2).

En teoría, la prisión preventiva no es una pena y así lo dice la ley penal (art. 5.º de la ley 4189) para los casos en que los procesados son absueltos, pero en el hecho la prisión preventiva produce todos los efectos materiales de la pena. “Ella priva, como dice un autor, de la libertad a un hombre que es tal vez inocente, ella lo saca a su familia, a su trabajo, o a sus negocios; ella compromete su reputación y puede arruinarlo y reducirlo a la miseria; ella lo somete a todas las privaciones que entraña la vida en la prisiones; ella, hace más viva la angustia moral, que origina la incertidumbre sobre el resultado de los procedimientos; demasiado prolongada, puede convertirse en un suplicio”.

De ahí, pues, la necesidad de que la ley establezca condiciones para que la prisión preventiva pueda decretarse y ellas deben obedecer a lo indispensable para las necesidades de la justicia social y cuando asistan motivos más o menos fundados sobre la culpabilidad del presunto autor de un delito. Por eso es que el art. 2.º exige la semiplena prueba del delito o indicios vehementes de culpabilidad, como requisito esencial para que una persona pueda ser privada de la libertad en el carácter indicado y por eso es que la misma disposición prescribe

(1) J. Estrada: Derecho Constitucional, pág. 159.

(2) Congreso penitenciario de 1914. Informe de los relatores oficiales.

también, que el autor de la orden debe ser el juez competente y que dicha orden debe ser escrita contra persona determinada, por que de esa manera se garante la irresponsabilidad y arbitrariedad de una orden de prisión, exigiéndose del funcionario un acto reflexivo que se traduzca de una manera permanente e invariable y se evita así, no solamente la arbitrariedad en el que manda y en el que ejecuta una designación unipersonal, sino que se hace posible el cumplimiento de la sentencia del juez; por eso en el art. 367, el legislador ha prescripto que la prisión preventiva se hará constar en los autos por resolución especial del juez de instrucción, estableciendo las causas que la motivan.

Nº 29. — Existe en nuestro código, como en otros, otra forma de privación de la libertad, denominada *detención*, que no debe ser confundida con la prisión preventiva.

La detención es una privación momentánea de la libertad y no es otra cosa que la aprehensión de una persona para ser puesta a la disposición del juez o de otra autoridad competente; la prisión preventiva es la orden de arresto de juez competente librada en las condiciones de la ley, contra persona determinada, por la cual, se le priva de la libertad hasta que el motivo que la haya originado no exista o hasta que recaiga sentencia firme, condenatoria o absolutoria, y es por lo tanto, una privación prolongada de la libertad. La detención es una excepción al principio constitucional que por cierto no lo altera y que emana de la urgencia, en razón de que le es imposible a la justicia manifestarse en todo momento y lugar. También lo es en los casos en que el juez la decreta ya sea porque una persona se niega a comparecer a su presencia o ya que se trate de uno de esos casos que prevee el Código en el art. 364.

De ahí, que la misma ley, con sus prescripciones de los arts. 6 y 365, venga a poner término inmediatamente a este estado de excepción, obligando al juez, a llenar la exigencia constitucional de dictar la orden de prisión preventiva si corresponde o la de libertad, en caso contrario.



Aparte de otras diferencias no menos importantes, entre la detención y prisión, difieren esencialmente, como dice Aguilera de Paz, en que la detención debe llevarla a efecto por propia y voluntaria determinación, cualquiera autoridad o cualquier ciudadano y la prisión solo pueden decretarla los jueces y tribunales que conocieran del proceso en que tal acuerdo haya de dictarse. (1)

Nº 30. — Es un principio aceptado en todas las naciones, que cuando se comete o se acaba de cometer un crimen, tengan no solo, los representantes de la autoridad el derecho de arrestar al culpable para entregarlo a la autoridad competente, si no también los particulares, y en algunos se exige esta cooperación social penando a quien incurre en omisión, como sucede en Inglaterra con aquellas personas que se hallan presentes cuando se comete un *felony*.

Esta facultad concedida a cualquier hombre del pueblo para detener al culpable responde a la necesidad de mantener ante todo, el orden en la sociedad y de asegurar la seguridad de las personas y de los bienes y obedece a la urgencia de los casos y por razón de que la autoridad no puede encontrarse en todas partes.

El art. 3.º ha establecido el caso en que facultativamente puede un particular aprehender al culpable al solo objeto de presentarlo inmediatamente al juez competente o al agente de la autoridad pública más inmediato, jurando que lo ha visto perpetrar el delito. El art. 358 prevee otros casos, que en su oportunidad consideraremos.

Nº 31. — El principio que establece el art. 7º de que, “nadie puede ser procesado ni castigado sino una sola vez por la misma infracción”, tiene su raíz en el derecho común inglés y en la V enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y constituye lo que suele llamarse autoridad de la cosa juzgada “*Resjudicata pro veritate accipitur*”, y se expresa también con el aforismo “*Non bis in idem*”.

La autoridad de la cosa juzgada es soberana y es más

(1) Comentarios a la ley de enjuiciamiento española, IV, pág. 143.

fuerte que la verdad misma: el inculpado que ha sido acusado o procesado conforme a las leyes, aunque ese mismo juzgamiento sea erróneo, no puede ser perseguido de nuevo por la misma acusación. Esta regla que ha atravesado los siglos apoyada sobre la rígida equidad que la fundamenta y sobre el interés público al cual se vincula, constituye una causa de extinción de la acción penal produciendo la excepción perentoria de la cosa juzgada (art. 443, inciso 4.º).

Concordante con el principio establecido por el artículo mencionado, el código ha prescripto en su artículo 495 que la sentencia deberá absolver o condenar al acusado y el art. 497 establece a su vez que la absolución se entenderá libre en todos los casos, quedando absolutamente prohibida la simple absolución de la instancia, a la cual no puede equipararse como veremos en su oportunidad, el sobreseimiento provisional.

El principio de la cosa juzgada constituye una regla del derecho público. La autoridad de los fallos, en efecto, como dice Helié, esta salvaguardia de todos los derechos y de todos los intereses de la sociedad civil, no existe sinó porque ellos son inatacables; toda su soberanía reside en su firmeza — ¿Cuál sería la suerte de los ciudadanos si sus intereses, perpetuamente agitados no encontraran en los fallos una garantía durable? ¿Cuál sería su seguridad si ellos no encontraran un refugio seguro contra las persecuciones de que pudieran ser objeto? Y la justicia misma, cuál sería su fuerza si sus decisiones no estuvieran revestidas sinó de una autoridad contestable. La justicia ha llenado su misión desde que el prevenido ha pasado la prueba del enjuiciamiento; todas las pruebas que se levanten ulteriormente no son ya pruebas; su decisión, cualquiera que ella sea, es la verdad; ningún interés puede prevalecer contra este principio al cual se vinculan todos los intereses (1).

De ahí, pues, que la excepción de la cosa juzgada constituya una regla de defensa que protege en lo sucesivo la vida, el honor y el reposo de los acusados.

(1) *Instruction criminelle*, tomo I, núm. 1262.

Sin embargo la autoridad de la cosa juzgada no puede establecerse como principio absoluto, porque por más elevado y solemne que sea el respeto que se le debe, el posible error de los juicios humanos permite admitir una excepción en que la verdad legal ceda a la verdad de los hechos y que sobre la majestad de los jueces domina la justicia misma, y a eso responde la excepción que el mismo código prescribe en el art. 55¹ al permitir el recurso de revisión en los casos que establece.

Nº 32. — El doctor Obarrio en el informe con que presentó al gobierno el proyecto del código de procedimiento, decía: “La intervención directa del procesado en el sumario como elemento de la investigación, es de una trascendental importancia; pero esa intervención en la forma que actualmente revisten nuestros procedimientos criminales, puede considerarse aún en cierta manera contraria a los preceptos de la constitución de la república, que ha establecido que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. Poner al procesado en presencia del juez a contestar a las preguntas que le dirija, aunque indirectas, sobre la existencia del delito y de sus autores, buscando su confesión, es ejercer cierta coerción moral de la que es muy difícil que el espíritu del encausado pueda libertarse. Pero dejarle en todos los casos de interrogar, sería prescindir de indicaciones y datos que pueden ser de suma importancia para las ulterioridades del juicio.” Y agregaba: “Combinar estos dos extremos: conciliar la libertad individual con el interés social, debía ser entonces la tendencia de las disposiciones del Proyecto sobre este punto, de manifiesta importancia en el procedimiento”.

Para llenar ese propósito conservaba el autor del proyecto la declaración indagatoria, pero imponiendo al juez la obligación, antes de interrogar al procesado, de advertirle de una manera clara y precisa, que podía o no responder a las preguntas que le son dirigidas y que en el caso de estar conforme en contestarlas diera todas las explicaciones y antecedentes que reputare necesarios o útiles respecto del hecho que diera origen a la declaración.

El art. 8º del código, substituyó el art. 10º del proyecto del Dr. Obarrio, que establecía: “Ningún acusado puede ser obligado a declarar contra sí mismo. En ningún caso los jueces le harán cargos o reconvenciones para averiguar la existencia del delito o su participación en él”.

“Queda en consecuencia abolido el acto de la confesión especialmente con cargos de oficio”.

El interrogatorio de los acusados puede decirse que recién tuvo un lugar prominente en el procedimiento, en la época en que la forma inquisitorial comenzó a propagarse y tenía entonces por único objeto el de obtener la confesión del prevenido. De ahí las confrontaciones y la tortura, de ahí los interrogatorios sucesivos a los cuales estaba sometido el acusado. Con posterioridad tomó otro carácter: fué principalmente considerado como un medio de defensa.

En las legislaciones actuales se ha conservado este medio de defensa y de investigación, pero naturalmente conformado a los principios que rigen en el procedimiento moderno.

Muchos publicistas se han horrorizado de este medio de instrucción y en algunos países, como en Inglaterra y en Estados Unidos, ha sido repudiado, porque no se admite en dichas naciones la confesión como prueba sino cuando ella es espontánea y la confesión que resulta de un interrogatorio no se la tiene en tal carácter. Sin embargo, como el principio se halla establecido en el solo interés del acusado, se admite que aquél tiene la facultad de renunciar a esta protección de la ley y de hacer una declaración sobre todos los hechos que le son imputados sin que esa declaración sea contestando a un interrogatorio.

En Estados Unidos, por lo tanto, no se interroga al acusado, no porque se crea que ese interrogatorio es contrario al principio de la enmienda de su constitución de que: “en ninguna causa criminal podrá obligarse al acusado a dar testimonio contra sí mismo”, pues, esta prescripción debe ser tomada textualmente, sino porque, como hemos dicho no se le tiene fé a la confesión como prueba cuando ella es el resultado de un interrogatorio.



Pero, es de observar que durante el debate, puede el acusado pedir que sea oído como testigo de descargo en su propia causa, en cuyo caso es interrogado por su defensor y sometido al “*cross examination*” de la parte contraria. Cuando es testigo en su favor, el acusado puede ser obligado a incriminarse en la “*cross examination*”, pero solamente en puntos relativos al delito; su sinceridad, su reputación y su carácter pueden ser atacados, contrariamente a lo que sucede cuando queda callado, porque él desempeña entonces el rol de testigo; por otra parte, puede responder y refutar a las alegaciones (1).

Nuestra constitución ha reproducido el principio inglés y americano prescribiendo en el Art. 18 de que “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo” y correlativo con esa prescripción ha establecido que “quedan abolidos para siempre... toda especie de tormentos y los azotes”, medios usados en otra época para arrancar al reo la confesión de su culpabilidad. La ley procesal ha reglamentado ese principio, sin alterarlo, permitiendo al acusado negarse a declarar, sin que ello importe presunción alguna en su contra, como lo prescribe el art. 329 y ha prohibido las preguntas capciosas o el interrogatorio sugestivo, las amenazas, coacciones o promesas, etc., con el fin de obtener una confesión (arts. 242, 243 y siguientes) aparte que ha fijado diversas exigencias correlativas al principio constitucional, para que la confesión pueda constituir prueba en contra del confesante (arts. 316, 318, 321.)

De manera que el interrogatorio de los acusados si se ajusta a las prescripciones legales, no contraria en ninguna forma el principio constitucional, aun cuando se haya suprimido la obligación que se imponía al juez por el proyecto del Dr. Obarrío, de advertir al procesado, antes de interrogarlo, de una manera clara y precisa, que podrá o no responder a las preguntas que le son dirigidas, porque ese derecho está en la ley y nadie debe ignorarlo. Por otra parte, todo procesado tiene el derecho de hacerse acompañar al ser interrogado por un

(1) A. Fournier: De la procédure criminelle aux Etats Unis; Introduction, pág. 38.

defensor letrado y éste puede vigilar por lo tanto, que la forma del interrogatorio se ajuste a la ley.

En cuanto a las explicaciones que pueden pedirse al acusado y que autoriza el art. 8.º, sobre las contradicciones en que hubiese incurrido o las que resultasen entre su declaración y la de los testigos y demás constancias del proceso, tampoco pueden conceptuarse como contrarias al precepto constitucional. Este pedido de explicaciones supone de parte del acusado su libre voluntad de darlas y no constituye un medio indirecto de obtener una confesión, fuera de que es de notar que es una facultad de todo inculpado, el pedir ser careado con los testigos, que hayan declarado en su contra y tan es así que el art. 315 del código lo prescribe. Es de observar que en la sexta enmienda a la constitución de Estados Unidos se establece el derecho al careo que en realidad constituye una obligación para la justicia, principio que en dicha nación tiene rigurosa aplicación, por lo que el testigo debe siempre al deponer mirar a la cara del acusado y a tal punto es así que en un asunto célebre, se anularon los procedimientos por el motivo de que un testigo había prestado su declaración volviendo la espalda al reo.

Nº 33. — No bastaba que la constitución nacional prescribiera en su art. 18 que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos, para que el ejercicio del derecho de defensa, de esa garantía para la eficaz protección de las personas acusadas, fuera asegurado en la práctica judicial. De ahí que el legislador para afirmar y mantener con la necesaria energía el ejercicio de ese derecho a fin de precaver y evitar los perjuicios que en otro caso pudieran originar a las partes interesadas en el litigio y más en el juicio criminal por razón de los intereses a que afecta y por las graves consecuencias que la falta de defensa puede producir en el mismo, ha querido garantizar la certidumbre de ese derecho, por nadie discutido y reconocido en la doctrina procesal y en el derecho positivo de todos los pueblos civilizados.

Solo hay disparidad de opiniones en la teoría del derecho de defensa, respecto a si debe ser voluntaria u obligatoria y si

la ley debe establecer la gratuidad absoluta de la justicia para mejor realización de sus fines.

Sobre el primer punto unos entienden que la defensa debe ser en absoluto voluntaria, porque constituyendo un derecho otorgado o reconocido a las partes en su exclusivo beneficio, pugna con dicho concepto el carácter obligatorio, convirtiendo ese derecho en una obligación ineludible respecto a los procesados. Otros sostienen que es indudable el deber de protección que a la sociedad incumbe para la recta administración de la justicia penal y que “el derecho de defensa es de carácter social y en lo criminal no inferior en categoría ni en instancia al derecho de *perseguir* y de *acusar*”. Si la libertad de la defensa, como dice Estrada, no fuera establecida para proteger a los acusados, debería serlo para proteger a los jueces (1).

El art. 9.º del código amplía el precepto constitucional favoreciendo la defensa y emplea el sistema de que más adelante nos ocuparemos.

Nuestra ley, como decía el doctor Obarrio, ha establecido no sólo que todo procesado tiene derecho de hacerse defender por el letrado de su elección, sino que en caso de no ejercitarlo, los jueces deben designar una persona idónea que se encargue de esa defensa, porque la sociedad no tiene interés en castigar sino a los verdaderos culpables.

Nº 34.—Otra garantía ha sido establecida en el art. 10º del código al prescribir que si bien la fuga o la locura de los procesados no paralizará las diligencias del sumario, terminado éste se suspenderá la causa hasta que el prófugo se presente o sea habido o hasta que el loco recupere la razón. Esta prescripción legal encierra una garantía para la defensa en juicio, que si no figura en el texto del art. 18 de la constitución, implícitamente se halla comprendida en las garantías que consagra.

El principio sentado por la ley procesal se funda: en que un acusado no debe jamás ser condenado sin haber sido oído

(1) Obra citada, pág. 171.

por el juez que lo juzgue. Este principio es fundamental y toda otra consideración en contrario debe ceder ante él, porque la existencia de la defensa es una condición esencial de un proceso criminal, que no debe ser sacrificada a los intereses mal entendidos del derecho de perseguir.

Los que abservan al sistema que nuestra ley ha adoptado, que es también el sistema anglo-americano y alemán, sostienen que con él se favorece la impunidad; pero a esta objeción se puede responder que la decisión o fallo en rebeldía no garante mejor la represión, pues, falto de ejecución, resulta un acto inútil.

Nº 35. — Una de las grandes objeciones a la pena de muerte es la irreparabilidad, en caso de un error judicial, y queriendo el codificador garantizar la seguridad de que ello no suceda y guiado por lo que prescribían al respecto el código penal y el art. 80 de la ley nacional del 15 de diciembre de 1881, que organizó los tribunales de la capital, reprodujo en el art. 14 del proyecto ambas disposiciones que prohibían la imposición de la pena de muerte cuando la prueba es de presunciones y que no podría aplicarse tampoco sino por el tribunal íntegro que conociere de la causa en última instancia, por unanimidad de votos y en los casos en que el inferior la hubiera impuesto.

La comisión de códigos, bajo la impresión de la causa Castro Rodríguez reaccionó contra el sistema establecido en el proyecto y redactó el artículo en la forma en que se halla el 11 del código vigente; limitando la unanimidad para el caso en que el fallo del tribunal superior revocara el del inferior y suprimiendo la unanimidad, por la disidencia de un voto en el caso que fuera confirmatorio (1).

Nº 36.— Por último en el artículo 13 se reproduce la conocida y tradicional regla *in dubio pro reo*, que complementa otros principios protectores del acusado, regla que es criticada por los positivistas que no ven en esas garantías tradicionales otra cosa que medios tendientes a desarmar la defensa social.

(1) Dr. F. Canale: Conferencias de la Facultad de Derecho, página 50.

CAPITULO II

DE LA ACCION PENAL Y CIVIL

VII. — DE LAS ACCIONES QUE NACEN DE LOS DELITOS

Nº 37. — Toda infracción a la ley penal produce una perturbación del orden social, más o menos grave, y origina en ciertos casos un perjuicio individual. El interés común de la sociedad exige no sólo que esa perturbación cese, sino además que no se reproduzca, y el interés privado exige a su vez, que se reparen los perjuicios causados por el acto ilícito. Esta doble reparación da lugar a dos recursos ante la justicia con el objeto de que ésta en nombre de la sociedad las resuelva. De ahí la acción penal o pública y la civil o privada, que si bien se confunden en la fuente común que las origina, se diferencian por su naturaleza y por el fin que persiguen y las consecuencias de esta distinción hacen resaltar sus caracteres.

La acción pública o penal pertenece a la sociedad y se ejerce en su nombre. Pertenece a la sociedad, porque es ejercitada en el interés común de todos sus miembros y tiende a defenderla, a protegerla, a estrechar los vínculos que la unen y a rechazar, como dice Helié, los actos que la ataquen, porque ella tiene por misión la de hacer reinar el derecho, que es el fundamento de la vida social, y la de mantener las leyes que constituyen el patrimonio de todos los ciudadanos. (1).

En cambio, la acción civil, como solo representa en cierto modo, un interés privado, el interés que la práctica ha denominado civil, por oposición al interés público, solo depende de la parte afectada por la infracción.

(1) Obra citada, tomo I, pág. 225, núm. 660.

Si bien son simples y por lo tanto de fácil comprensión para todos, las nociones sobre la razón de ser de la acción penal y de la acción civil, lo relativo al ejercicio de ellas, constituye una de las cuestiones fundamentales del enjuiciamiento criminal, de gran importancia en la materia jurídica del procedimiento judicial.

VIII. — NOCIONES GENERALES SOBRE LA ACCIÓN PENAL

Nº 38.—La acción penal, que en un sentido lato, se puede definir como “la actuación procesal del derecho de perseguir el hecho violatorio de la norma objetiva del derecho penal y a su responsable”, tenía en la antigüedad, carácter privado y su ejercicio pertenecía a los particulares; entonces se desconocía el carácter social de la represión. Los pueblos civilizados han abandonado este sistema, así como también el de la acusación de oficio, que confundía dos funciones diferentes, la función de juez y la de acusador—sistema que no hay que confundir con el hecho que los jueces de instrucción u otra clase de funcionarios semejante, puedan iniciar de oficio la instrucción preliminar.—

Sólo quedan en vigor el sistema de la acusación popular y el sistema de la acusación pública, cuyo derecho ejercita el Ministerio Público, institución de origen francés. Cada uno de estos sistemas tienen sus ventajas y sus inconvenientes; pero hoy día no tienen como concepción absoluta, sino un interés histórico, puesto que los sistemas en vigor en los diversos países civilizados, reposan sobre la combinación del rol del Estado con el de los particulares (1).

Nº 39.—A muchas escuelas ha dado origen la seria cuestión del ejercicio de la acción penal. Así, la representada por Glaser y otros, rechaza la acción popular, solo admite la acusación del ofendido o perjudicado; la capitaneada por Gneist y que profesan, Holzendorff, Geyer y otros, sostiene que, en defecto

(1) Garraud, obra citada, tomo I, pág. 163, núm. 79.

de la acusación del Ministerio Público, puede ejercitar la acción penal, cualquier ciudadano que no haya perdido el goce de sus derechos civiles; la del publicista Janka, que sustenta la doctrina de que el ejercicio de la acción penal solo corresponde al Ministerio Público, etc.

En la legislación positiva de los diferentes países esas diversas escuelas han tenido su influencia, y es así, por ejemplo; que en Italia el ejercicio de la acción penal sólo corresponde al Ministerio Público; que en España todos los ciudadanos que no estuvieren incapacitados pueden ejercitar la acción penal en concurrencia con el Ministerio Público; que en Austria se consagra el principio de que la acusación corresponde al Ministerio Público, pero autoriza al ofendido o perjudicado para promoverla en subsidio; que en Alemania se acepta la doctrina que restringe la acción penal del ofendido, confiando la acusación al Ministerio Público; que el sistema inglés deja un rol preponderante a los particulares, etc., etc.

Entre nosotros rige el sistema que Carrara llama liberal o natural, según el cual, la acción corresponde al Ministerio Público y al particular ofendido,—sistema que es teóricamente criticable y que en la práctica de nuestros tribunales no ha dado buenos resultados, pues, la acción del querellante no ha sido benéfica, no habiendo tenido en la mayor parte de los casos otro fin que el de la venganza o el de extorsionar, siendo esto último lo más frecuente, dado que a diario, se ejercita la acción del ofendido, no con el fin social de obtener la aplicación de la pena al ofensor, sino con el de conseguir el pago de una suma, la devolución de un dinero, cuando no con el propósito de realizar un chantaje o de obtener una satisfacción a los efectos de la consideración comercial o social. Otras veces la intervención del particular ofendido, ha respondido a evitar una acción a ejercitarse en su contra. Por otra parte, en la generalidad de los casos la acción del particular querellante es molesta para el desarrollo de la tranquila y desapasionada investigación de la verdad.

Si la ventaja de la acción penal del damnificado, no está, al decir de un publicista alemán, en la extensión de la tutela

jurídica al ofendido, sino en la erección de una poderosa garantía de defensa del derecho público vale más, a ser cierto esto, suprimir esa ventaja ante los serios inconvenientes que en nuestra práctica judicial se han comprobado.

El Dr. Obarrio daba como razón de ser del sistema que estableció en su proyecto, la de que no era posible desconocer al ofendido o perjudicado, el derecho de velar por el castigo del culpable y tanto más, decía, cuanto que el resultado del juicio criminal tiene una influencia decisiva respecto de la existencia de las acciones civiles que nacen del delito (1). Pero a nuestro juicio, no son aceptables esas razones. En primer lugar, tanto bajo el punto de vista jurídico como político y natural, el damnificado no puede tener derecho a ejercer una función consecuencia de un derecho eminentemente social del estado; reconocer ese derecho sería volver a los tiempos de la venganza privada. De manera que si hoy se concede por algunas legislaciones el ejercicio de la acción penal al ofendido es en el carácter de interés público y no privado, como una poderosa garantía de defensa del derecho público, y es inadmisibles que el particular ofendido obre en el interés social, con el fin que la justicia se realice, cuando la misma ofensa tiene que despertar en general, el interés de la venganza, haciendo que los actos instructorios se revistan de odiosidad, de violencia e impidiendo que la justicia se desenvuelva con la serenidad y tranquilidad necesaria.

En segundo lugar, no consideramos que sea necesario que el ofendido intervenga directamente en el procedimiento en carácter de acusador, para garantizar la averiguación de la verdad y por consiguiente para que el resultado del juicio criminal sin su intervención, pueda perjudicarlo en el ejercicio de sus acciones civiles; todas las pruebas que tenga sobre la existencia del hecho criminal de que haya sido víctima puede ofrecerlas ya sea en forma de denuncia o en las declaraciones que preste, ya sea poniéndolas en conocimiento del representante del Ministerio Público o en otra forma. Además, es de tener presente que si bien en nuestro procedimiento la acción civil

(1) Informe citado, pág. 18.



no puede iniciarse ante la justicia represiva, como sucede en otros países y como lo proyectó el doctor Obarrio y se establece en los proyectos de código penal y de procedimientos, que se encuentran a estudio del Congreso, uno de los objetos del sumario es el de asegurar la responsabilidad pecuniaria de los delincuentes.

IX. — DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DE SUS ATRIBUCIONES BAJO EL PUNTO DE VISTA DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PÚBLICA

Nº 40.—La institución del ministerio público, aun cuando aparece en el siglo tercero, con el procedimiento de oficio, desenvuelto en el catorce, es recién en el siglo diez y seis que se constituyó definitivamente por las ordenanzas de Agosto de 1522, Noviembre de 1553 y Mayo de 1586, adquiriendo su mayor desarrollo bajo el imperio de la Ordenanza de 1670 y de la ley del 7 de Pluvioso, año 9, votada por la Asamblea constituyente (1).

Esta institución existe organizada en nuestro país como en la mayor parte de los Estados europeos y de la América, siendo sus diferencias de detalle y por razón de las distintas organizaciones judiciales.

El ministerio público o fiscal, como lo denomina nuestra ley procesal, es desempeñado en los tribunales federales o de territorios nacionales, por el procurador general de la corte suprema y por los procuradores fiscales, o en su defecto por los especiales nombrados por los jueces de sección o de los territorios, en cada caso.

En los Tribunales ordinarios del distrito de la capital lo desempeñan los fiscales de cámara y los agentes fiscales que ejercen sus funciones en los juzgados de 1ª instancia.

El procurador de la Corte suprema y los fiscales de cámara son nombrados por el P. E. con acuerdo del Senado y

(1) Ortolan et Ledeau, «Le Ministère Public en France», Introd. t. I — Helié, obra citada, t. I, núms. 360 al 373. — Garraud, obra citada, t. I, pags. 48, 78, 79, 162 y 164.

gozan de las mismas garantías que los miembros de la judicatura: sólo pueden ser separados de sus puestos por sentencia del Senado, mediante acusación de la Cámara de Diputados.

En cambio los procuradores y agentes fiscales, que son nombrados por el P. E., no son inamovibles, lo que es de lamentar, pues pensamos, con muchos publicistas, que los representantes del ministerio público deben de gozar de las mismas garantías que la judicatura. “Un funcionario, dice Manduca, que en interés de la sociedad, impulsa y mueve todo el organismo penal; que lucha con el delito en sus diversas manifestaciones, haciendo caer bajo su esfera de acción todos los rebeldes al principio del orden; que con la mayor publicidad condena y absuelve; que está en continuo contacto con todos los poderes del Estado, es ilógico no goce de garantías (1).”

Los representantes del Ministerio fiscal en cuanto ejercen las funciones que les fija la ley procesal no son agentes del P. E. y por consiguiente no pueden recibir instrucciones de este poder, que desvirtúen el libre ejercicio de esas funciones. Admitir una tesis contraria sería lo mismo que sostener que el Presidente de la nación puede ejercer funciones judiciales, lo que le está expresamente prohibido por el artículo 95 de la Constitución nacional, dado el rol que esta clase de funcionarios desempeñan ante los tribunales. El ministerio público no es más que la personificación viviente de la justicia y del deber, como dice Manduca, el riguroso y fiel guardador de la libertad y de los derechos de los ciudadanos, el representante de la sociedad y de la ley, que toma por norma su conciencia y los libres dictados de su entendimiento (2).

Por otra parte, es de observar que la misma ley ha establecido implícitamente el principio que dejamos sentado, al prescribir que al Procurador general de la Suprema corte y a los fiscales de cámara les corresponde el cuidar de que los encargados de ejercer el Ministerio fiscal ante los juzgados, promuevan las gestiones que les correspondan y desempeñen fielmente los demás deberes de su cargo (art. 116, inc. 3º, y art. 117 del

(1) Obra citada, págs. 121 y sigtes.

(2) Obra citada, pág. 129.

Cód. de Proc.), y que los agentes fiscales procurarán la unidad posible en la acción del ministerio poniéndose de acuerdo con los fiscales de cámara, “sin perjuicio de la independencia de sus opiniones” (art. 126 de la ley orgánica de los Tribunales de la capital).

Nº 41.—A fin de apreciar los derechos que tiene el ministerio público en lo que respecta a la acción pública, conviene, como lo indica Garraud, distinguir tres cosas: *la disposición, el ejercicio y la impulsión* de esta acción (1).

Bajo el primer punto de vista la acción pública no pertenece a los funcionarios que representan el ministerio público; sólo la sociedad tiene el derecho de penar y por consiguiente la acción que se ejerce con el fin de imponer el castigo al culpable, a ella le pertenece y no a sus representantes, a quienes únicamente les ha conferido el ejercicio de la acción en las condiciones establecidas por la ley.

De ahí que los funcionarios del ministerio público no puedan disponer de la acción pública, sea antes de haberla intentado, sea después de haberla puesto en movimiento. A la sociedad sólo le pertenece el derecho de disponer de la acción pública y esa disposición puede ejercerla con leyes de amnistía o estableciendo en las de *prescripción*, que después de un cierto tiempo, un delito no podrá ser perseguido.

Es en razón de estos principios que el artículo 15 del Cód. de Proc. establece que: “sólo la acción privada se extingue por la renuncia de la persona ofendida”, y ello en razón de que siendo un derecho acordado por la ley únicamente a las personas ofendidas, éstas pueden renunciarlo como a todos los demás cuya renuncia no se halle expresamente prohibida.

El ministerio público no puede, por lo tanto, disponer de la acción pública, es decir, desde que ha dado lugar a la intervención de la justicia, no puede extinguirla por transacción, desistimiento o renuncia anticipada de los recursos. Sin duda, después que han comenzado los procedimientos, puede reconocer, como resultado de la instrucción o de los debates, que su

(1) Obra citada, t. I, pág. 189, Núm. 90.

acción no tiene fundamento y requerir lo que legalmente estime conveniente, porque, como lo hace notar Garraud, tiene el derecho y el deber de no inspirar sus requisiciones, sino en su conciencia y en el interés de la verdad; pero sus conclusiones favorables al prevenido o al acusado, no pueden apartar de los jueces la acción que les ha sometido. El efecto propio de un desistimiento válido sería el de conseguir ese resultado; mientras que los jueces tienen el derecho y el deber de estatuir sobre la acción pública desde que son requeridos, y por lo mismo que lo son (1).

Es fundado en estos principios que la Cámara de lo Criminal y correccional de la capital ha resuelto que el desistimiento por el fiscal de cámara de la apelación interpuesta por el agente fiscal de una sentencia de 1ª instancia, o el hecho de no adherirse a esa apelación, no quita al Tribunal el derecho de pronunciarse sobre el recurso (2). De ahí que por ejemplo: si un representante del ministerio público en 1ª instancia, solicita una pena mayor que la que el juez le ha impuesto, a un acusado u otra clase de *pena*, etc., y apela de la sentencia y el fiscal de cámara entiende que la sentencia se ajusta a los hechos y al derecho, el tribunal puede apreciar esos hechos y el derecho libremente, aplicando al reo la medida de pena que entienda corresponder.

Se ha resuelto también, por una Sala del indicado tribunal, que el ministerio público puede apelar de un fallo dictado de acuerdo con sus conclusiones (3). Aun cuando sobre este

(1) Obra citada, tomo I, pág. 190.

(2) Marzo 6 de 1916 causa S. F., registrada al folio 211 del libro interlocutorias criminales del 1902.

(3) La Sala de la Cámara de lo Criminal en el caso del Banco Constructor de La Plata, que es al que nos referimos, fundamentó su resolución respecto al punto indicado en los términos siguientes: «... es de conveniencia manifiesta admitir los recursos del ministerio público aun en los autos dictados de acuerdo con sus opiniones, puesto que pueden entender que no obstante éstas, conviene en ciertos casos que los juicios sean llevados a la más alta jurisdicción, lo cual permite que formulen sin reticencias su opinión personal y que al mismo tiempo llenen en todas sus partes, sus funciones de representantes de la acción pública».

Que por otra parte es de buena práctica y conforme con la doctrina más admitida, establecer que los representantes de la acción

punto no se puede decir que se ha sentado jurisprudencia, cabe observar que estaría de acuerdo con el principio de que el ministerio público no tiene la facultad de renunciar con anterioridad a los recursos.

El ejercicio de la acción pública comprende todos los actos que son necesarios para obtener el pronunciamiento de una pena contra el autor de una infracción. Esta acción se ejerce requiriendo en forma de querrela la intervención de la jurisdicción competente, solicitando ante esa jurisdicción las medidas de instrucción que se crean procedentes y necesarias para la mejor averiguación del delito y de la persona de su autor; solicitando ante ella la aplicación de las penas de la ley; en fin, interponiendo los recursos que la ley acuerda.

La acción pública, como toda otra acción, es puesta en movimiento por todo acto que tiene por efecto dar lugar a la intervención legal del juez. De ahí surge, que el derecho de ejercer la acción pública implica el derecho de ponerla en movimiento. Pero a la inversa, el derecho de ponerla en movimiento no implica necesariamente el derecho de ejercerla. Si bien el ministerio público tiene en principio el derecho de comenzar el proceso y de conducirlo hasta su fallo irrevocable, hay otras personas que tienen ese derecho también, requiriendo al juez que deba intervenir. En estos casos y en los otros en que los tribunales proceden de oficio en la formación del proceso, siempre el ministerio público ejerce la acción pública, realizando todos los actos necesarios para llevar el proceso a su juzga-

pública encargados de hacer valer los derechos de la Sociedad no puedan renunciar a los mismos y que la inadmisibilidad del recurso de apelación cuando el juez, ha resuelto de acuerdo con sus conclusiones, importaría reconocer el derecho a esa renuncia; que así lo tiene establecido, entre otros, la jurisprudencia constante de la Corte de Casación de Francia y la jurisprudencia de este Tribunal al no admitir el desistimiento del recurso fiscal por parte del Fiscal de Cámara.

Que por último, dentro del juego armónico de los distintos funcionarios a quienes compete, en materia penal, el ejercicio de las acciones públicas comprometidas, la intervención fiscal es exigida para poner en movimiento esas acciones, pero una vez llevadas a los Magistrados, encargados de juzgar, la amplitud de sus facultades respecto a la acción ejercida no puede ser limitada.

miento, aun cuando no haya puesto en movimiento la acción penal.

Nº 42. — El ministerio público no puede ser recusado; es sólo la persona que desempeña las funciones de ministerio público el recusable, cuando concurren algunas de las circunstancias que se enumeran en la ley, (art. 76 del Cód. de Proc), en cuyo caso es subrogado por otro de los que desempeñan las mismas funciones.

Tampoco el ministerio público puede ser condenado en costas en el caso en que sea vencido en el juicio o en un incidente. Sin embargo, los funcionarios que lo representan pueden incurrir en la condenación en costas en los casos de notorio desconocimiento de las leyes, como expresamente lo establece el art. 145 del Cód. de Proc.

X. — DE LA ACCIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ANTE LOS TRIBUNALES DE REPRESIÓN

Nº 43.—Ciertas administraciones públicas se hallan investidas de una manera exclusiva, de la persecución de infracciones que lesionan los intereses encargados de salvaguardar. Estas administraciones vienen a constituir, como dice Garraud, algo así, como ministerios públicos especiales (1).

El ejercicio de esta clase de acción tiende a la condenación de contravenciones o faltas de carácter penal, castigadas en su mayor parte con penas pecuniarias; en algunos casos son las mismas administraciones las encargadas de aplicar las penas como sucede en las faltas o contravenciones municipales o de policía, cuyo juzgamiento corresponde respectivamente a cada una de esas administraciones, cuando la pena no exceda de un mes de arresto o cien pesos de multa, pudiendo sólo intervenir la justicia de represión en grado de apelación (arts. 27, 30 y 585 del Cód. de Proc.) En otros la acción debe ser ejercitada ante los jueces de la represión, aun cuando no exceda la

(1) Obra citada, tomo I, pág. 197.

pena de cien pesos de multa o de un mes de arresto, como sucede por ejemplo, en las contravenciones a las leyes del descanso dominical y del trabajo de mujeres y niños (1).

XI. — CONTRA QUIÉN SE DIRIGE LA ACCIÓN PÚBLICA

Nº 44. — La individualidad de las penas tiene por consecuencia, en el procedimiento, la individualización de la acción pública. Por consiguiente, es siempre contra una persona de existencia visible contra quien se dirige, contra el inculpaado como autor, cómplice o encubridor de una infracción penal.

La acción pública no puede ser dirigida contra las personas morales. Si bien una persona moral es a los ojos de la ley un ser susceptible de realizar actos jurídicos y por consiguiente de figurar como parte en un juicio, “esta ficción legal cesa precisamente en donde la realidad comienza”, es decir ante la jurisdicción penal, que exige al prevenido cuenta de sus actos personales. “Los delitos que pueden imputarse a las personas jurídicas, se expresa en la nota al artículo 43 del Cód. Civil, han de ser siempre cometidos por sus miembros o por jefes, es decir, por personas naturales, importando poco que el interés de la corporación haya servido de motivo o de fin al delito. Si, pues, un magistrado municipal, por un celo mal entendido, comete un fraude con el fin de enriquecer la caja municipal, no deja de ser por eso el único culpable. Castigar la persona jurídica, como culpable de un delito, sería violar el gran principio del derecho criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado.”

(1) Véanse leyes núms. 5661, 5291, 8999, 9658 y derechos reglamentarios de Julio 20|911, Julio 4|014, Octubre 15|913, Enero 2|913 respectivamente.

XII.—DE LA ACCIÓN CIVIL Y JURISDICCIÓN DONDE DEBE SER EJERCITADA

Nº 45.—En tesis general, la acción civil es completamente independiente de la acción penal, como antes lo hemos hecho notar. Mas, como las pruebas de la infracción penal sirven en la mayoría de los casos para establecer el principio y determinar la cifra de los daños y perjuicios surgidos del delito, que son objeto de la acción civil, se ha creído útil o conveniente por algunas legislaciones, el conceder a los tribunales de represión el derecho de pronunciarse sobre esos daños y perjuicios al mismo tiempo que sobre la pena. Sin embargo, dice Garraud, esta atribución excepcional de los tribunales de represión no hace desaparecer la atribución ordinaria de los tribunales civiles; de suerte que, la parte agraviada puede a su elección, intentar su acción al mismo tiempo y ante los mismos jueces que la acción pública o, separadamente, ante los tribunales civiles (1).

Esa es la regla fundamental del procedimiento francés y de otros, también esa era la regla en que se inspiró el Dr. Obarrio al proyectar el Código de Procedimientos (2) y la que han seguido los proyectos de Código Penal y de Procedimientos que se encuentran sometidos actualmente a la consideración del Congreso.

La indicada regla, según Garraud, ha sido objeto de una discusión interesante en la comisión de revisión del Código de Instrucción francés, resolviéndose en definitiva, el mantenimiento del sistema actual, "porque funciona sin inconveniente sensible desde hace un siglo en Francia y en Bélgica"; no obstante la mencionada comisión indicó la conveniencia de agregar al artículo pertinente del citado código, lo siguiente: "Sin embargo el tribunal en lo criminal, podrá ordenar la remisión ante el tribunal civil, si estima que ello es motivado por la necesidad de una instrucción más larga".

(1) Obra citada, tomo I, pág. 378.

(2) Véase informe con que lo presentó al gobierno, y art. 27.

Otros códigos, como el austriaco y el español por ejemplo, adoptan el mismo sistema, que permite el ejercicio de la acción civil ante los tribunales de represión, aun cuando es de notar que conforme a las prescripciones del primero de dichos códigos, el ministerio público vela en gran parte del procedimiento por los intereses privados, y que por las del segundo, el ministerio fiscal entabla la acción civil juntamente con la penal, nada de lo cual admite la legislación francesa.

El proyecto del Dr. Obarrio, así como el de la comisión revisora del mismo, fué modificado por el Congreso en la parte antes expresada, suprimiéndose las disposiciones que autorizaban el ejercicio de la acción civil ante la jurisdicción represiva, adaptándolo, por consiguiente, al sistema que establece el artículo 1096 del Código Civil, que es el que actualmente rige, como lo tiene resuelto la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de la Capital — sistema que establece el régimen de la separación completa de las dos acciones y que impone el exclusivo ejercicio de la acción civil ante los tribunales de dicho orden.—

La competencia del tribunal represivo en el ejercicio de la acción civil, es útil, se dice, porque puede haber inconvenientes graves en la separación de las acciones, que redunden en daño del proceso criminal, se economizan gastos de justicia y evítanse las variaciones posible en las declaraciones de testigos, forma de prueba ordinaria de los delitos, y por último, tiende a impedir la contradicción de los fallos de diferentes tribunales.

Tales han sido, dice un autor (1), los motivos por los cuales la ley ha autorizado la introducción de la acción civil, ante los jueces del crimen llamados a conocer de la acción pública.

En cambio se sostiene que el sistema que nosotros tenemos adoptado y que rige también en Alemania y en los Países Bajos, tiene muchos inconvenientes, entre éstos la división de la continencia de la causa, y con ella la posible contradicción en las resoluciones relativas a los efectos civiles del delito si el

(1) G. Vidal, obra citada, pág. 797, núm. 6335.

tribunal de dicho orden no había de tener limitada su competencia e intervención, quedando reducido a un mero ejecutor de lo acordado por el tribunal represivo. También se arguye que es necesario hacer de la víctima, interesada en la persecución, el auxiliar de la acusación, como es necesario hacer del acusador interesado en restablecer el orden perturbado por el delito, el auxiliar de la víctima. "Es asociando y no separando al ministerio público y a la parte damnificada que se llegará a realizar ese doble objetivo".

Por nuestra parte pensamos, que mientras no se realicen reformas fundamentales con relación al concepto que incumbe a la sociedad de asegurar la reparación del perjuicio causado por el delito, conforme a las doctrinas sostenidas en algunos congresos científicos y a las ideas vertidas por los autores positivistas (1); que mientras se mantenga el principio de que la acción de reparación sólo interesa a la parte damnificada en el delito, los dos sistemas presentan ventajas, y que cada país debe adoptar aquel que más se adapte a sus costumbres y a su organización judicial.

Es indudable que el sistema que autoriza el ejercicio de la acción civil ante los Tribunales de la represión, presenta teóricamente entre otras ventajas, las de que hemos hecho mérito; pero también lo es que en la práctica esas ventajas suelen convertirse en perjuicio de la parte damnificada, como cuando por ejemplo, se absueleve al acusado por no conceptuarse el hecho imputado como delito de carácter penal o cuando no se halle comprobada la intención criminal del prevenido. En estos casos, en general, la parte civil ha no sólo perdido su tiempo, sino también su dinero, viéndose obligada a iniciar una nueva instancia ante la jurisdicción civil por reparación de los perjuicios que tal hecho le ha ocasionado (2).

(1) Congreso de Antropología Criminal de 1885; Garafalo: «Riparazione all vittime del delitto»; Ferri: «Sociología criminal». Congresos: de la Unión Internacional de Derecho Penal de Bruselas, Agosto de -889; de Berna, 1890; de Cristianía, 1891, y en los penitenciaros de París de 1895, de Bruselas, 1900, etc.

(2) En algunos casos las leyes, como las de Francia, por ejemplo, permiten que el Tribunal, no obstante la absolución del acusado, acuerde a la parte civil los daños y perjuicios ocasionados por el

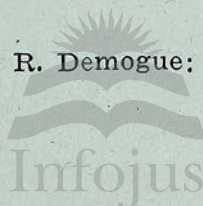
Por otra parte, es de observar que la parte damnificada es rechazada a segundo plano en el juicio criminal; la lucha que se libra ante el tribunal represivo entre el Ministerio Público y el acusado, absorbe toda su atención. Además no encuentra la víctima en la justicia criminal, las ventajas que le ofrece la justicia civil, en donde no solo puede obtener la asistencia judicial si se encuentra en la indigencia, sino que persigue ante ese tribunal a las personas civilmente responsables solamente, evitándose gastos inútiles si el delincuente es notoriamente insolvente; aparte de que puede ejercer toda clase de recursos ordinarios.

Es cierto que se sostiene que es necesario conceder al damnificado el derecho de ejercer su acción de reparación ante los Tribunales de represión, por que “el juicio criminal tiene una influencia decisiva respecto de las acciones civiles que nacen de los delitos”; pero también lo es que ello no demuestra la necesidad o conveniencia de la intervención del interesado como parte civil en el proceso, desde que puede contribuir sin ser parte, a la prueba del hecho delictuoso y de la responsabilidad del acusado, ya sea presentándose como denunciante, ya declarando en carácter de damnificado, o bien ofreciendo en otra forma semejante, todas las pruebas que tenga del delito y de su autor, a fin de que el Ministerio público, como la justicia de instrucción, procedan a practicarlas.

Pero fuera de estas y otras observaciones, que hacen notar que las ventajas que se dice ofrece ese sistema son discutibles, hay una serie de inconvenientes prácticos en la aplicación del mismo con relación a nuestro país, que merecen tenerse presentes.

Tenemos expresados ya los trastornos que produce la intervención de los querellantes particulares, y hemos dicho también la conveniencia que habría en suprimir de la ley las disposiciones que a esta intervención se refiere, como ya se hace en el proyecto de Código de Procedimientos de los doc-

hecho inculpativo. (Véase R. Demogue: «De la reparation civile des delittes», pág. 128).



tores Montes de Oca, Méndez y Agote y conforme a lo resuelto en el Congreso Penitenciario que tuvo lugar en esta capital en 1914 (1). Pues bien, permitir que el interesado ejercite su acción civil ante la justicia de represión, no es ni más ni menos, que establecer prácticamente el querellante particular con todos sus inconvenientes.

No deben olvidarse además las características de nuestra organización judicial, distinta de la de aquellos países en donde rige el sistema mencionado; aquí existe una separación completa entre la justicia de lo civil y la que entiende en lo criminal, lo que no sólo permite la especialización de los jueces en las respectivas materias, sino que si se autorizara el ejercicio de la acción civil ante los tribunales de la represión, se llegaría a producir una jurisprudencia contradictoria en lo que se relaciona con la materia de las indemnizaciones de los hechos delictuosos, desde que en unos casos la acción se ejercitaría ante los tribunales civiles y en otros análogos ante la jurisdicción represiva.

Tampoco debe dejarse de apreciar que la mayor parte de los delincuentes son insolventes y que por lo tanto, o el ejercicio de la acción civil ante los letrados de la justicia del crimen o tendría por objeto en todos estos casos, que bajo el pretexto de la reparación, se ejercitasen medios de prueba con fines de venganza, o si ese no fuera el fin, la parte perdería su tiempo y su dinero.

Es de observar también, que dadas las características de nuestro procedimiento actual, la intervención de la parte civil produciría una serie de obstáculos en la marcha normal del procedimiento, que ocasionaría perjuicios a la buena administración de la justicia penal.

Por último, diremos que no pueden producirse esos fallos contradictorios a que se refieren los que sostienen las ventajas del aludido sistema, dado lo que prescriben los arts. 1101, 1102 y 1103 del Cód. Civil. Tampoco puede haber inconvenientes en

(1) Véanse las actas de dicho Congreso, que se refieren a las bases en que debe fundamentarse la nueva legislación procesal.

lo que se relacione con la devolución de los objetos sustraídos o defraudados, etc., desde que ellos se entregan por los tribunales penales a las personas a quienes *prima facie* les corresponden, sin perjuicio de las acciones civiles que procedan y que las partes ejerciten sobre la propiedad de esas cosas (1).

Como conclusión, diremos que hasta ahora no se han presentado entre nosotros inconvenientes en la práctica de las disposiciones que nos rigen, sobre esta materia; de ahí que opinemos, parodiando a la comisión de la Cámara francesa a que antes nos hemos referido, que el sistema actual es bueno, porque funciona desde hacen muchos años sin inconveniente sensible.

(1) Esta es la Jurisprudencia constante de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital.

CAPITULO III

DEL EJERCICIO DE LA ACCION PUBLICA

XIII—DE LOS CASOS EN QUE EL MINISTERIO PÚBLICO NO TIENE LA FACULTAD DE EJERCER LA ACCIÓN PÚBLICA O PENAL

Nº 46. — El ejercicio de la acción pública se halla confiado al ministerio público o fiscal “sin perjuicio, como se dice en el art. 14 del Cód. de Proc., del derecho de acusar o de intervenir como parte querellante en el juicio que incumbe a las personas ofendidas o damnificadas por el delito o a sus representantes legales”.

El ministerio público, investido por la ley de la función de promover la averiguación y enjuiciamiento de los delitos que traen aparejada la acción pública y que lleguen a su conocimiento por cualquier medio (art. 118, inc. 1.º, Cód. Proc.), tiene la facultad de proceder o no, conforme a los dictados de su conciencia y de llegar a las conclusiones que le dicte su convicción. Sin embargo, su independencia en cuanto al derecho de proceder, no es absoluto en aquellos casos en que el juicio se inicia por prevención de la policía, por denuncia o querrela de la parte ofendida o damnificada o de oficio, en que debe actuar ejercitando la acción pública, sin perjuicio de las conclusiones que crea procedentes.

Nº 47. — Siempre que una ley se encuentre en vigor, que esta ley prevea un delito, que un hecho punible se haya cometido del cual nace acción pública, esta acción debe ser ejercitada sin otro examen, sin otra condición. Pero por diversas razones que se vinculan a la relatividad de las instituciones jurídicas, esta regla general sufre excepciones que la misma

ley prevee y que constituyen obstáculos relativos a los hechos o las personas, que se oponen al ejercicio de la acción pública de una manera temporal o permanente.

La acción pública encuentra un obstáculo temporario: a) cuando se halla subordinada a la necesidad de una acusación de la parte ofendida o a una denuncia previa; b) cuando se requiere una autorización previa o depende de un juicio político previo; c) cuando se requiere el cumplimiento de una condición para proceder o prejudicial a la acción, como equivocadamente se les llama a estas condiciones; d) cuando se suspende por el estado de demencia sobreviniente de un inculpado o por su fuga o por razón de una cuestión prejudicial cuya solución corresponda a la jurisdicción civil.

La acción pública sufre un obstáculo que se opone a su ejercicio de una manera absoluta, cuando no obstante constituir el hecho una infracción penal, no da lugar a que se ponga en movimiento dicha acción. Estos hechos u obstáculos pueden reducirse a los siguientes: a) las sustracciones cometidas entre los esposos o próximos parientes (art. 223 Cód. Penal); b) las infracciones cometidas en el territorio por los agentes diplomáticos acreditados ante el gobierno argentino o por toda otra persona que goce de la inmunidad de la jurisdicción; c) el rapto, cuando la validez del matrimonio contratado entre el raptor y la menor raptada se halla reconocido por el tribunal civil (1).

(1) La teoría de las cuestiones prejudiciales las tratamos más adelante, en capítulo aparte. Lo relativo a la demencia del inculpado, sobrevenida después de la infracción, es un obstáculo de hecho que se opone a todo procedimiento lo mismo que la fuga del procesado. Los únicos casos en que la acción pública se halla sometida, en cuanto a su ejercicio, a ciertas condiciones previas y legales, fuera de la existencia de las cuestiones prejudiciales, son las que pasamos a considerar en los párrafos siguientes.—N, del A,

XIV. — DE LOS CASOS EN QUE LA ACCION PUBLICA SE HALLA SUBORDINADA, EN CUANTO A SU EJERCICIO, Á UNA ACUSACION O DENUNCIA PREVIA.

Nº 48. — La ley ha limitado el ejercicio de la acción pública, en cierta categoría de delitos por razones de conveniencia, de utilidad, de oportunidad, de política criminal.

Los delitos en que la ley penal subordina el ejercicio de la acción pública a una denuncia o querrela previa o a ciertas condiciones, son los siguientes:

a) El de adulterio.

b) Los de violación, estupro o rapto.

Respecto al primero de los indicados delitos, la ley dispone: “que el cónyuge ofendido es el único que puede acusar por delito de adulterio, debiendo acusar a ambos culpables” (art. 124, Cód. Penal).

Es fundamentándose en la citada disposición legal que algunos han pretendido, que el ministerio público no es parte en el juicio por adulterio, y también en lo que establece el art. 125 del mismo Código, que prescribe, que: “El cónyuge ofendido puede en cualquier tiempo remitir la pena a su consorte, debiendo en ese caso también perdonar al cómplice”, y es así, que en nuestros tribunales se han llegado a dictar resoluciones aisladas en ese sentido (1); pero la jurisprudencia de la Cámara de lo Criminal y Correccional de la capital es, por el contrario, sosteniendo que el Ministerio Fiscal debe ser oído en las causas por adulterio, teniendo derecho a reclamar la observancia de las leyes (2).

Las mencionadas disposiciones legales fueron tomadas del proyecto de Código penal del doctor Tejedor, quien a su vez no hizo otra cosa que reproducir las prescripciones de los Códigos peruano y español de 1850 y como nota explicativa de esos artículos, transcribió las opiniones de Pacheco y de Cha-

(1) Resolución de la Sala de la Cámara de lo Criminal de la capital, Agosto 1913.

(2) Cámara Criminal, tomo 45, pág. 148; tomo 75, pág. 194.

veau Adolphe, el primero de cuyos autores sustenta la tesis expresada, lo mismo que el segundo, a quien cita el doctor Tejedor sobre la remisión de la pena por el cónyuge ofendido (1). “La regla general en la persecución de los delitos, dice Pacheco, consiste en que esa persecución corresponde al representante de la sociedad. Aun en los que llamamos privados, porque el mal o el perjuicio caen primaria y principalmente sobre una persona; aun en esos, como en los públicos, toda la acusación a aquel funcionario, al que sólo pueden coadyuvar las partes damnificadas. Esta es la regla de nuestro derecho; esta es la regla que han hecho nacer en todos, y no en el nuestro solamente, los progresos de la civilización, y la idea de los intereses sociales. Mas esta regla tiene sus excepciones, y la primera, y quizá la más absoluta, es la respectiva a este caso de adulterio... Esa intimidad de las relaciones más estrechas que puede haber en el mundo no debe ser objeto de una inquisición ni de una causa, sino cuando el interesado lo quiera y lo reclame. ¿Dónde iría a parar la paz y la tranquilidad de los matrimonios, si fuese permitido a cualquier extraño el fijar sobre ellos sus miradas y sus pesquisas, y el sacar al público sus debilidades y sus misterios? Sólo el marido, cuya es la honra que puede manchar la mujer, debe permitirse que invoque la venganza de las leyes en tales casos. Si él no ve, nadie debe advertirle; si él no quiere ver, nadie tiene el derecho de llamarle la atención; si él perdona, nadie puede condenar a los perdonados.”

“Esto no quiere decir, agrega el autor citado, de ningún modo que deje de oirse en este caso a la parte fiscal; lo que decimos y lo que dice la ley, es que no se imponga pena, sino a querrela de la agraviada. Propuesta por la última la acción, aquella otra podrá ciertamente ser oída, y tendrá derecho a reclamar la observancia de las leyes” (2).

De manera, pues, que si la ley penal prohíbe el ejercicio de la acción pública en materia de adulterio hasta tanto no se

(1) Proyecto Cód. Tejedor, parte 2.^a, libro 1.^o, tít. 3.^o, arts. 4 y 5.

(2) Joaquín Fco. Pacheco: El Código Penal concordado y comentado, tomo 3.^o, pág. 115.

inicie acusación de la parte ofendida, no es más que en razón de evitar el escándalo y el perjuicio que podría ocasionarse a la familia si se permitiera la formación de procesos en la forma en que la ley lo autoriza en los demás delitos públicos; pero desde que desaparecen los justos motivos legales, desde que se hace ya público el hecho por la acusación de la parte ofendida, ya la acción es también pública y el Ministerio Fiscal debe intervenir en la causa en ejercicio de sus funciones. Es verdad que se afirma, como antes lo hemos dicho, que la ley subordina a la clemencia de la parte ofendida la persecución del delito y que ello demuestra también que no puede ejercitar la acción pública el Ministerio Fiscal, pero tal tesis la conceptuados equivocada. “La ley, dice Chauveau Adolphe, subordinando a la clemencia del marido la persecución del delito ha querido que pudiese siempre perdonar a su mujer, y que el ejercicio de la acción pública nunca fuese un obstáculo a la reconciliación de los esposos. Sería contradictorio continuar el proceso a pesar de la voluntad del marido cuando su asentimiento es necesario para comenzarlo. La sociedad tiene más interés en la reunión de los esposos que en el castigo de un delito que no deja trazas que lo hagan cierto y manifiesto para el público; e importa a las buenas costumbres mismas que un hecho que hiere la santidad del matrimonio no se convierta en escándalo público por medio del proceso ante los tribunales, y adquiera por el fallo una certidumbre judicial. Tal es por otra parte el poder doméstico del marido, que no sólo tiene el derecho de quejarse, sino que puede también después de la condenación, sustraer a su mujer de la pena. Si el marido puede, pues, ejercer semejante poder después que su mujer ha sido condenada, con más razón lo podrá antes de la condenación” (1).

De manera, pues, que ateniéndonos a la fuente de las disposiciones de nuestra ley penal y que dejamos citadas, no puede haber duda alguna respecto a lo que antes dejamos aseverado. El delito de adulterio no es un delito privado, es un delito social, y paralelamente al interés público, que reclama, como dice

(1) Chauveau Adolphe, tomo 4, pág. 275.

Garraud (1), la represión, existe el interés contrario de la familia y de los hijos, del que el esposo ofendido es el único juez, por lo que no es de extrañar que la acción pública en esta materia se halle subordinada a ciertas condiciones especiales, que concilian esos dos intereses contradictorios: el interés social del mantenimiento de la fe conyugal, fundamento de la familia, y el interés de la paz y reposo de la misma, que no debe ser turbado por persecuciones indiscretas.

La doctrina de nuestra ley es también la que domina en Francia, aunque en este país existe controversia respecto a si el desistimiento de la acción privada paraliza o no la acción pública (2).

Además, debemos hacer presente que la ley 4189, que reformó el Código Penal, exige otra condición para que se pueda iniciar un proceso por el delito de adulterio, la de que se haya declarado el divorcio por dicha causa. Esta condición, como más adelante lo hacemos notar, al tratar de las cuestiones prejudiciales, no constituye una cuestión de esta naturaleza, y es así que la misma disposición legal a que nos referimos (art. 18 de la citada ley) prescribe expresamente que la sentencia de lo civil no producirá efecto alguno en la causa criminal que se intente.

Núm. 49. — En lo que respecta a los delitos de violación, estupro y raptó, el artículo 141 del Código Penal, dispone que no se procederá a formar causa, sino por acusación o denuncia de la interesada o de la persona bajo cuyo poder se hubiese hallado cuando se cometió el delito.

Si la ley ha establecido esta limitación al derecho de acusar estos delitos contra las costumbres, a la persona agraviada o a sus próximos parientes, es en razón de evidentes consideraciones morales y de decencia pública, que están al alcance de todo el mundo. Mas en el caso supuesto o en casos semejantes, como

(1) Garraud, obra citada, tomo I, pág. 358, núm. 163, y *Traité théorique et pratique de Droit penal*, tomo V, pág. 133. — A. B. Bouché: *L'daultere au point de vue pénal*, págg. 229.

(2) Autor y obra citada, pág. 355, núm. 162 y nota 15. — Hoffman: *Questions préjudicielles*, tomo I, pág. 28 y nota.

dice Pacheco, cuando la agraviada no puede hacerlo por sí y carece de familia que la proteja o lleve su voz, no habrá más remedio que acudir a los tribunales o funcionarios, a quienes por la naturaleza de su misión corresponde el patrocinio de tal desvalimiento (1). Es por esto que la segunda parte del citado artículo establece que si el delito se cometiere contra una impúber que no tenga padres ni guardador, puede acusar cualquiera del pueblo o procederse de oficio; lo mismo sucede en el caso de que el delito fuera cometido por su ascendiente, tutor o por cualquier persona encargada de la guarda de la menor.

Algnos (2) han pretendido que el desistimiento de la persecución privada en esta clase de delitos, paraliza la acción del ministerio público, lo que es un error. En nuestro derecho como en el derecho francés, es regla de orden público, que la acción pública puede ser ejercida sin que haya sido provocada por la parte damnificada; las excepciones a este principio no pueden resultar sino de la ley; como toda excepción, ellas no pueden extenderse a otros casos que aquéllos que han sido formalmente establecidos y su efecto no puede ir más allá de los límites que la ley le ha fijado. De esto resulta que cuando la acción pública ha sido puesta en movimiento por la denuncia a la cual ella se halla subordinada, según lo prescribe el mencionado artículo 141 del C. Penal, esta acción se ejercita con toda independencia y no puede ser paralizada por el denunciante o por el desistimiento del querellante o por transacciones con el prevenido.

La única condición impuesta por la ley al Ministerio público, es la de esperar que la interesada o la persona bajo cuyo poder se hubiere hallado cuando se cometió el delito, lo denuncie o se querelle; pero querer exigir además que esta parte persista en su reclamación hasta el juzgamiento definitivo, es imponer una segunda condición que la ley no autoriza; es crearla arbitrariamente, es hacer de esa acusación o de esa de-

(1) Obra citada, tomo III, pág. 156.

(2) Esta cuestión ha sido planteada varias veces en los tribunales de la capital, cuya jurisprudencia es en el sentido que sostenemos.

nuncia el principio mismo de la acción pública no obstante que esas limitaciones constituyen una excepción a ese mismo principio que reside en la independencia del ministerio público para perseguir directamente y de oficio todo delito.

Núm. 50. — Un solo caso prevee el Código penal en que el representante público, no es parte en el ejercicio de la acción penal y en que sólo puede ser iniciado y proseguido el juicio criminal por el particular ofendido; es en materia de calumnias e injurias. El artículo 185 del Código penal, derogado por la ley 4189, establecía que: “estando vivo el ofendido nadie sino él puede acusar por injuria o calumnia. Si hubiese muerto podrán hacerlo sus herederos forzosos”. Este artículo ha sido reemplazado por el 21 de la citada ley, que prescribe: “Las respectivas acciones sólo podrán ser ejercitadas por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes.”

Como se ve, la ley penal eleva a precepto positivo el principio jurídico de que la acción por calumnia o injuria es puramente privada, disponiendo que nadie pueda ser penado sino en virtud de querrela de la parte ofendida; pero la ley penal establece la excepción para los casos de injuria contra funcionarios públicos a causa del ejercicio de sus funciones (artículo 237 del Código Penal), en cuyo caso el Ministerio Fiscal tiene el ejercicio de la acción penal.

XV.—DE LOS CASOS EN QUE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PÚBLICA DEPENDE DEL RESULTADO DE UN JUICIO POLÍTICO

Núm. 51.—La ley no ha podido reconocer a ningún miembro de la sociedad, la facultad de cometer impunemente ninguna acción de las que califica como delito; todos los habitantes del territorio son iguales ante la ley, cualesquiera que sean sus títulos o rangos. De ahí que la acción pública se extienda a todas las personas indistintamente.

Pero junto al principio indicado, hay otro no menos conservador del orden público; es aquel que obliga a velar para

que los poderes no se invadan los unos a los otros y que tiende a que las instituciones políticas se conserven, no permitiendo que altos y determinados funcionarios se hallen expuestos a persecuciones irreflexivas, lo que no importa sustraer a cierta clase de personas a la acción de las leyes, sino sólo someter el ejercicio de esta acción a un examen previo que garantice que ella no será abusiva, que no traerá ninguna perturbación en el Estado.

Todos los poderes políticos del Estado requieren estar garantidos en el desempeño de sus funciones, por inmunidades y prerrogativas que impidan que se turbe el ejercicio de su mandato, — garantías que contribuyen a que se respete y proteja a las personas en razón de las funciones que desempeñan.

Estas garantías las establece la Constitución Nacional, y algunas leyes que reglamentan su ejercicio, para los miembros del Parlamento, del poder judicial y del poder ejecutivo de la nación y constituyen un obstáculo al ejercicio de la acción pública.

Núm. 52.—Uno de los privilegios concedidos a los miembros del Congreso, es el de no poder ser acusados o interrogados judicialmente, ni molestados por las opiniones o discursos que emitan desempeñando su mandato (art. 60 de la Cons. Nac.). Este privilegio, dice Montes de Oca, tiene por fin salvaguardar la independencia parlamentaria. En muchos asuntos es fácil que los diputados o senadores se vean arrastrados a herir las preocupaciones de la comunidad, en defensa de una medida que conceptúan de interés general. Si pudieran ser arrestados por injurias o calumnias o por las opiniones que vierten en el recinto de la asamblea, estarían limitados en su libertad. Pero esa libertad de palabra no es, como pudiera creerse, completa y absoluta. El artículo delimita la impunidad de que gozan los diputados o senadores en su uso; si vertieran sus opiniones fuera del recinto de las leyes, con versión de actos independientes de su confección, quedarían fuera del amparo constitucional (1).

(1) Derecho constitucional, t. II, pág. 171.

Otro de los privilegios de que gozan los miembros del Congreso es el de no poder ser arrestados, salvo en caso de ser sorprendidos *infraganti* en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante u otra aflictiva y aun así la constitución establece que el tribunal que aprehenda al diputado o senador, deberá dar cuenta a la cámara respectiva con la información sumaria del hecho (art. 61).

Se explica esta disposición constitucional por la misma razón que funda todos los privilegios parlamentarios. Si los tribunales de justicia pudieran arrestar a los miembros del Congreso, por haber cometido un delito, quedarían aquéllos en situación de impedir las sesiones del Congreso, suponiendo infracciones ilusorias o convirtiendo en crímenes actos de nimia importancia (1).

Por último, otra disposición constitucional complementa esas garantías prescribiendo que cuando se forme querrela por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier senador o diputado, examinando el mérito del sumario en juicio público, podrá cada cámara, con dos tercios de votos, suspender en sus funciones al acusado, y ponerlo a la disposición del juez competente para su juzgamiento (art. 62).

Como se ve, por lo que dejamos manifestado, la constitución ha querido la libertad material de los miembros del Congreso, impidiendo que el mandatario de la nación pueda ser distraído del cumplimiento de un mandato que implica su presencia real en la cámara a que pertenezca. La excepción es personal y el título de senador o diputado no suspende los actos que tiendan a constatar la infracción y las operaciones judiciales tendientes a ese fin, siempre que ellas no exijan la presencia del diputado o senador; lo que es prohibido es un acto de persecución personal, de naturaleza a trabar su libertad, a impedirle el desempeño de su mandato (2). Para poder procesar a un diputado o senador es necesario la autorización de la cámara respectiva, la que lo otorga o no, teniendo en cuenta el mérito del sumario,

(1) Autor, obra y lugar citado. — J. M. Estrada: Derecho Constitucional, pág. 448 y sigs.

(2) Fallos de la Suprema Corte Nacional, tomo 14, pág. 230.

examinado en juicio público. Sólo un caso prevee la constitución en que es permitido la persecución personal contra un diputado o senador, puesto que hasta permite el arresto, y ese caso es el que antes dejamos hecho notar o sea cuando es sorprendido *infraganti* en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante u otra aflictiva.

Núm. 53—El presidente de la República, el vicepresidente, los ministros, los miembros de la suprema corte, los vocales de las cámaras federales y de los tribunales de la justicia de la capital, los jueces de sección y los de la jurisdicción ordinaria, y los fiscales de las cámaras mencionadas, son los funcionarios pasibles del juicio político (cons. nac., arts. 45, 51, 52; y ley orgánica de los Tribunales, arts. 69, 106 y 123) (1).

Los expresados funcionarios no pueden ser objeto de investigaciones judiciales o acusaciones por hechos calificados de delito, sin que previamente hayan sido destituidos de sus cargos por sentencia dictada por el Senado en juicio público instaurado por acusación de la Cámara de Diputados, en las condiciones y forma que prescribe la constitución (2).

(1) Se ha pretendido incluir entre los funcionarios que gozan de inmunidad al Intendente Municipal, y así se sostuvo en un caso que fué sometido a los tribunales de la capital, por el delito de injuria; pero si bien esa tesis fué aceptada por el juez de primera instancia, la Cámara de Apelaciones no se pronunció sobre ella, desestimando la querrela por otros motivos. (Acusación F. Da Rosa y W. Macchi v. Intendente, Octubre 1919, y folleto publicado por el estudio de los doctores Maglioni, Novaro y Damianovich.)

(2) Véanse fallo sde la Cámara Comer. y Crim., tomo 98, páginas 132 y 386. — Montes de Oca, obra citada, tomo II, pág. 198.

CAPÍTULO IV

DE LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

XVI—CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PÚBLICA O PENAL

Núm. 54.—La acción pública o penal se extingue por causas que son *naturales* o *políticas*. Las primeras son aquellas que resultan del concepto mismo de la acción: el derecho de perseguir deja de existir, sea porque su fuerza se halla agotada, sea porque el objeto misma de la persecución se ha extinguido, sea porque desaparece algunas de sus condiciones. Tres circunstancias producen este efecto: *la muerte del inculpaado; la cosa juzgada; el perdón* de la parte damnificada.

Las causas políticas, son aquellas que resultan de circunstancias extrínsecas a la naturaleza de la acción, pero que vinculadas a ciertas consideraciones de política criminal, aseguran a un culpable, la impunidad. Ellas son: *la prescripción, la amnistía, la transacción* entre las partes interesadas y el delincuente (1).

Las causas de extinción de la acción penal son, o bien *comunes* a todos los delitos y por consiguiente generales, o *propias* a alguno de ellos, o por lo tanto especiales. Entre las primeras se encuentran, *la muerte del inculpaado, la cosa juzgada, la amnistía, la prescripción*. Entre las segundas figuran *la retractación pública*, en ciertos delitos contra el honor, *el perdón* de la parte damnificada en los delitos de acción privada y en el de adulterio. Sólo nos ocuparemos aquí de las primeras, es decir, de las comunes generales.

(1) Garraud, obra citada, tomo I, pág. 455, núm. 207.

XVII. — DE LA MUERTE DEL INculpADO

Núm. 55.—La muerte del delincuente es uno de los medios de extinguir la pena. Esto se comprende por sí mismo, dice el comentario oficial del Código de Baviera, respecto de las penas corporales que recaen inmediatamente sobre la persona. La ejecución contra el cadáver o efigie del difunto no es más que una venganza estéril, que ninguna impresión produce en el público. Otro tanto sucede con las penas pecuniarias, aunque ellas no recaigan inmediatamente sobre la persona (1).

Esta es más o menos la doctrina que ha aceptado nuestro Código Penal y por consiguiente, la muerte, al extinguir las penas, extingue la acción penal por falta de objeto, y es así que la jurisprudencia constante de la Cámara de lo Criminal y Correccional de la Capital, ha establecido que: "si el procesado falleciera durante la tramitación de la causa, debe sobreseerse en ella" (2).

Núm. 56—Las consecuencias de este hecho de extinción de la acción penal o pública deben ser examinadas en las situaciones siguientes, que comprenden más o menos los diversos casos que pueden presentarse a resolución de los tribunales:

a) La primera y la más simple, se presenta cuando el fallecimiento del inculpado es anterior al juicio. Si el procedimiento no se ha iniciado, ya no podrá iniciarse, y si ello ha tenido lugar por ignorancia de la muerte del inculpado, los actos del procedimiento se tendrán como no sucedidos: los gastos deberán ser soportados por el estado. Si la causa se falla en la ignorancia del fallecimiento acaecido con anterioridad, ese fallo no tiene valor alguno desde que habría sido dictado cuando ya se hallaba extinguida la acción penal y por consiguiente

(1) Véase sobre el cumplimiento de las penas pecuniarias por los herederos, a Obarrio: Curso de Derecho Penal, pág. . — Helié, obra citada, t. I, núm. 1248; Garraud, obra y lugar citado. — Mangin, obra citada, tomo II, pág. 60, núm. 280. — Tejedor: Curso de Derecho Criminal, tomo III, nota al núm. 66, y tomo II, nota 3 al número 65.

(2) Tomo I, pág. 384; tomo V, pág. 200, etc.

cuando correspondía sobreseer en la causa por ese motivo, conforme a nuestra jurisprudencia.

b) La segunda situación se presenta cuando el fallecimiento del inculpado se produce después del fallo de primera instancia, pero antes de la espiración de los términos de los recursos de apelación y nulidad. Si el fallo es absolutorio, la parte acusadora no tendrá el derecho de apelar, por cuanto su acción se ha extinguido y si apela en la ignorancia del fallecimiento del inculpado, este recurso debe ser considerado por el Tribunal Superior como no interpuesto. En caso de condenación, el fallecimiento sobrevenido antes de que el fallo haya pasado en autoridad de cosa juzgada, aniquila el procedimiento y el fallo, de suerte que el condenado muere *integri status*, si muere durante el término que la ley le acordaba para apelar (1).

c) La tercera situación supone la existencia de un recurso de apelación interpuesto por la parte acusadora o por el acusado. Si ésta fallece antes de concedido el recurso, el juez competente deberá abstenerse de pronunciarse sobre dicho recurso, sobreseyendo en la causa. Si por el contrario el inculpado fallece después de interpuesto y concedido el recurso de apelación, es al Tribunal de apelación a quien le corresponde sobreseer, dado que el juez se habría desprendido ya del asunto con la concesión del recurso.

Todas las soluciones expresadas no pueden ofrecer duda, y como es fácil comprenderlo se refieren únicamente al inculpado que fallece y no a los demás coprocesados en la misma causa aún cuando en materia de adulterio suela sostenerse, que la muerte de la mujer durante el curso del proceso, extingue la acción penal con respecto al cómplice (2).

Núm. 57.—Qué influencia tiene la muerte del procesado con respecto a los gastos del juicio? Es evidente, que si la condenación ha llegado a ser definitiva, el pago de las costas pue-

(1) Véase Garraud, obra y lugar citado. — Mangin, obra citada, tomo II, núm. 278, pág. 54.

(2) Véase Garraud, obra y tomo citado, pág. 641, núm. 212. — Blanch, tomo V, núm. 93 (contrario a esta doctrina).

de ser reclamado a los herederos. Pero en los otros casos, cuando el inculpado fallece durante la tramitación del proceso, tal reclamación no procede en razón de que nuestra ley procesal establece que las costas serán a cargo de la parte vencida en el juicio, y no puede haber parte vencida sinó cuando exista una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (1).

XVIII. — DE LA COSA JUZGADA

Núm. 58—La segunda causa común de extinción de la acción pública o penal, es la *cosa juzgada*, que puede dar lugar a una excepción perentoria (2).

Ya hemos manifestado su importancia y expresado algunas consideraciones sobre su fundamento (3). Solo nos restaría apreciar los elementos necesarios que la constituyen y los casos en que debe ser aplicada; pero todo ello lo trataremos al considerar las excepciones o “artículos de previo y especial pronunciamiento” como los denomina nuestra ley procesal (4). Unicamente diremos aquí, que la cosa juzgada como principio de fondo y de orden público, puede y debe ser declarada de oficio, puesto que no es permitido procesar a nadie sino una sola vez por la misma infracción como expresamente lo establece la ley (5).

Por nuestra ley los funcionarios que instruyen el procedimiento dentro de los límites de las respectivas funciones o competencia deben consignar las circunstancias tanto adversas como favorables al presunto reo, y en cumplimiento de este deber, si el juez o Tribunal que conociera de la causa estimase la existencia de méritos bastantes para considerar la cosa juzgada, debe aportar de oficio al proceso los datos necesarios

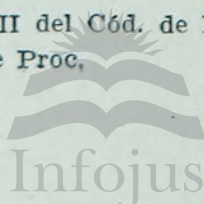
(1) Art. 144 Cód. de Proc. — Véase entre otros a Helié, obra y tomo citados, núm. 1250; Garraud, obra y lugar citados; Mangin, obra citada, tomo II, pág. 61, núm. 281.

(2) Arts 443 y 454 del Cód. de Proc.

(3) Véase cap. I, núm.

(4) Tít. XIII del libro II del Cód. de Proc.

(5) Art. 7 del Cód. de Proc.



para apreciar y decidir esta cuestión sin tener que esperar a que lo hagan las partes interesadas oponiendo la excepción correspondiente, porque el mismo interés público que sirve de fundamento a las leyes penales y principios de garantía individual exige que no solo no se pene por el mismo hecho a quien ya se condenó o fué absuelto, sino que tampoco se le procese y ello podría tener lugar por la omisión quizá involuntaria en el uso de la excepción de cosa juzgada. En su consecuencia, si durante el sumario se comprobase la existencia de los elementos de la cosa juzgada deberá darse por terminado por falta de materia, sobreseyéndose la causa. La misma solución procederá durante el plenario o juicio propiamente dicho.

XIX. — DE LA AMNISTÍA

Núm. 59.—Por nuestro sistema constitucional, la amnistía es un acto del poder Legislativo, una ley, que tiene por efecto el abolir los hechos criminosos y los procedimientos o persecuciones judiciales a los cuales han dado o pueden dar lugar. Las leyes de amnistía comprenden a los procesados por un mismo delito y se aplican comunemente a los delitos políticos; ellas benefician no solamente a los autores, sino a los cómplices y encubridores y se extienden a los hechos accesorios que no tienen una existencia distinta.

La amnistía como la muerte del inculpado solo extingue la acción penal, no la acción civil de reparar el perjuicio causado por el hecho delictuoso. Iniciado el procedimiento la amnistía produce el sobreseimiento definitivo en la causa, pues constituye una excepción perentoria (1).

XX. — DE LA PRESCRIPCIÓN

Núm. 60—Otra manera general de extinción de las acciones penales es la prescripción, que no es otra cosa que la cesación del derecho social de acusar o de penar, después de cierto tiempo. La prescripción constituye, por lo tanto, un modo

(1) Arts. 443 y 454 del Cód. de Proc.

de extinción común del derecho de perseguir y del derecho de ejecución de las condenaciones penales.

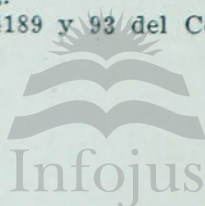
Sobre los fundamentos de la prescripción de la acción penal o pública se ha discutido mucho, pero podemos reducir a dos las concepciones que dominan en la historia de la institución. La primera encuentra la razón de ser de la prescripción en el olvido del delito, en la cesación de la perturbación causada por su perpetración y también en la desaparición o la incertidumbre de las pruebas. La segunda concepción encuentra en la prescripción del derecho de acusar una especie de pena contra la negligencia del acusador (1).

Nuestra ley penal se ha fundamentado en la primera concepción y por eso es que el término de la prescripción lo hace correr desde la media noche del día en que se cometió el delito, o si éste fuera continuo, en que cesó de cometerse, no obstante la ignorancia del Ministerio Público o del particular damnificado; más, como todo acto directo del procedimiento contra la persona del delincuente o si éste antes de vencido el término comete otro delito, tienen por resultado traer el recuerdo del delito, la prescripción se interrumpe (2).

La prescripción de la acción es de orden público y por lo tanto, como lo tiene resuelto la jurisprudencia constante de nuestros tribunales, puede y debe ser declarada de oficio por los jueces en cualquiera de los estados de la causa. Al considerar los artículos de previo y especial pronunciamiento, y estudiar por lo tanto a la prescripción como excepción a la acción pública o penal, nos ocuparemos de sus requisitos y sobre la inteligencia y aplicación práctica con referencia a los preceptos de la ley penal y procesal y jurisprudencia de los tribunales.

(1) Véanse: Garraud, obra y tomo citados, pág. 464, núm. 217; Helie, obra y tomo citados, núm. . — Proyecto Código de Tejedor. — Moyano Gacitúa: Curso de Ciencia Criminal, pág. 403. — Obarrio, obra citada, pág.

(2) Art. 16 de la ley 4189 y 93 del Cód. Penal,



CAPITULO V

DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

XXI. — NOCIONES GENERALES SOBRE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

Núm. 61.—Muy a menudo sucede que un hecho que castiga la ley penal, se relaciona con otro hecho anterior, que constituye una cuestión de orden civil, que es necesario resolver previamente, porque de la existencia o inexistencia de ese hecho dependerá la resolución que haya de recaer sobre la infracción penal acusada. A estas cuestiones las leyes y los jurisconsultos las llaman cuestiones prejudiciales, porque la decisión de las mismas debe juzgar por anticipado o prejuzgar, las otras cuestiones que de ellas dependen.

Pero no hay que confundir las cuestiones prejudiciales con las previas; no toda cuestión que requiera una resolución anterior o previa a la que haya de recaer sobre el asunto principal constituye una cuestión prejudicial bajo el punto de vista científico.

Las cuestiones prejudiciales en el procedimiento penal, son aquellas de carácter civil o administrativo, como dice Aguilera de Paz, propuestas en una causa con motivo de los hechos perseguidos en la misma, que se hallen tan íntimamente ligados al acto justiciable que sea racionalmente imposible separarlas, y cuya resolución pueda tener influjo en la decisión de la causa, o de cuyo fallo haya de depender la sentencia que deba dictarse en esta (1). Pero debe tenerse presente además, la observación general que Hoffman hace, aplicable a todas las cuestiones pre-

(1) Tratado de las cuestiones prejudiciales, p. 29.

judiciales, de que para que haya una cuestión de esta naturaleza, es necesario que el hecho civil o no civil a probar previamente, sea *anterior a la infracción y que sea distinto*, pues los hechos, aun de puro carácter civil, que sean elementos constitutivos de la infracción o que se confundan con ella, no dan lugar a cuestiones prejudiciales, es decir que ellos no necesitan ni una instrucción separada, ni con mayor razón, su remisión ante otros jueces, y que el tribunal de represión ante el cual son alegados como medios de justificación es competente para examinarlos y juzgarlos a mismo tiempo que el fondo del asunto (1).

En cambio las cuestiones previas son ciertas circunstancias que tienen por efecto el de paralizar por cierto tiempo la acción penal o el de rechazarla por completo. Las cuestiones relativas a esas circunstancias deben ser juzgadas antes de la cuestión de saber si el prevenido es culpable del hecho imputado, porque si la existencia de esas circunstancias se constata, la acción penal deja de ser admisible y por consecuencia la pena no puede ya o no puede todavía ser aplicada, aun cuando el hecho reúna todas las condiciones de la infracción penal. Una diferencia esencial distingue a esa clase de cuestiones, que les llaman *previas*, de las cuestiones prejudiciales. En efecto, las primeras no se vinculan como las otras a la existencia misma de la infracción, ni tienen por objeto como las prejudiciales, un elemento del delito; conciernen única y exclusivamente a la acción penal, y a la aplicación de la pena.

Las cuestiones previas se juzgan ante los tribunales de represión separadamente y antes de que pueda abordarse el examen del asunto principal que constituye la infracción. Nuestra ley las enuncia taxativamente y les fija un procedimiento especial (arts. 443 y sgtes. del Cód. de Proc.).

Es necesario tener presente también, que las cuestiones prejudiciales pueden ser excluyentes o no de la jurisdicción civil a la que corresponde su juzgamiento en virtud de prescripciones legales expresas. Así, por ejemplo, si el delito de que se

(1) Cuestiones prejudiciales, tomo I, pág. 352 N.º 216.

inculpa a una persona es el de bigamia, y la cuestión planteada versa sobre la validez o nulidad del precedente matrimonio, se alega un hecho anterior y distinto de la infracción, cuya resolución corresponde a la justicia civil, por nuestras leyes, por lo que el procedimiento penal se suspende hasta tanto haya el pronunciamiento correspondiente en aquella jurisdicción.

Las segundas, no suspenden el procedimiento penal ni exigen una instancia especial, por corresponder su resolución a los tribunales de la jurisdicción penal, cuyos jueces las examinan y resuelven antes de ocuparse en su fallo, sobre la cuestión de la infracción imputada. Así, por ejemplo: si el delito de que se inculpa a una persona, estriba en el de defraudación, por violación de depósito, que legisla el artículo 203, inciso 6º, del Cód. Penal, y el acusado plantea la inexistencia del contrato de depósito, el juez, al resolver el asunto deberá previamente en su fallo establecer la existencia o no de ese contrato de depósito.

Por último, debemos llamar la atención sobre una de las tantas clasificaciones que los autores han hecho de las cuestiones prejudiciales, porque ella se presta a confundir las ideas sobre esta materia. Nos referimos a la que divide las cuestiones prejudiciales, en prejudiciales a la acción y prejudiciales al juicio.

Esta clasificación mantenida por el uso, es impropia e ilógica y proviene del error de confundir la acción con el procedimiento. Admitir que una cuestión de derecho privado pueda ser prejudicial a la acción penal o pública y hacer depender de ella el procedimiento, es absurdo, dice Manzini. Si la acción penal no existe aún ¿cómo puede ejercitarse una cuestión que sea prejudicial a ella, o sea, a lo que todavía no tiene existencia? El absurdo, agrega dicho autor, está sobradamente demostrado por la práctica de aquellas legislaciones que, como la francesa y la italiana, acogieron la prejudiciabilidad de la acción en materia del estado de filiación.



Estas cuestiones no son cuestiones prejudiciales, que suponen el objeto característico del *paerjudicium*, sino condiciones *para proceder* (1).

En cuanto a las llamadas prejudiciales al juicio, no son otra cosa que cuestiones previas o “artículos de previo y especial pronunciamiento” como las denomina nuestra ley.

Núm. 62. — Expresadas estas ideas generales, sobre las cuestiones prejudiciales y previas, haremos notar lo necesario sobre los principales sistemas propuestos por los tratadistas y los establecidos en las legislaciones de los principales países del mundo civilizado.

A cuatro pueden reducirse dichos sistemas, a saber:

1º El que establece que todas las cuestiones conexas con el delito y por lo tanto las prejudiciales deben ser resueltas por el mismo juez de la acción penal;

2º—El que prescribe lo contrario que el anterior, o sea que el juez de lo penal debe remitir siempre y en todo caso el tribunal competente la resolución de toda cuestión prejudicial que se plantee;

3º El que determina que el juez de la represión debe someter las cuestiones prejudiciales a la resolución de la jurisdicción civil únicamente en determinados casos, siendo competente para resolverlas en los demas;

4º Y por último, el sistema que permite al juez de lo penal el remitir a la jurisdicción competente para su fallo, las cuestiones prejudiciales, cuantas veces lo crea necesario.

Como vemos hay dos sistemas que podremos llamar *estremos* y otro dos, *medios* o *eclécticos*. El primero da preferencia absoluta para la resolución de las cuestiones prejudiciales a los tribunales de la represión: en cambio los otros tres se inclinan hacia la intervención de la justicia civil.

Los partidarios del primer sistema vulgarmente conocido por el principio en que se funda: *el juez de la acción es también juez de la excepción*, sostienen su razón de ser en que es preciso que así sea, porque el juez que ha de decidir sobre

(1) Véase sobre este punto a Aguilera de Paz. — Obra citada, págs. 343 y sigtes.

la existencia de un delito y sobre los caracteres de su penalidad, sobre la culpabilidad de aquél a quién se le imputa, debe tener necesariamente el derecho de examinar, de apreciar todos los hechos todos los actos constitutivos de dicho delito y de fallar sobre todas las cuestiones que con él se relacionen.

Además argumentan sobre otro orden de ideas, haciendo notar los inconvenientes que originarían los otros sistemas. "Si por el contrario, dice Mangin, pudiera ser de otro modo; si la instrucción y el fallo debieran dividirse en otras tantas partes, como cuestiones de las que de él pudieran hacer; si esas cuestiones debieran de ser sucesivamente sometidas a cada una de las jurisdicciones competentes para juzgarlas cuando se presentasen aisladas de un hecho criminal, resultarían de él grandes inconvenientes. No sólo se suscitarían a cada momento conflictos de jurisdicción, entorpeciendo con sus interminables lentitudes la marcha de la justicia, sino que también se encontraría rota la unidad en la instrucción; la independencia del juez en el exámen de las pruebas sería reemplazada por las decisiones de otro tribunal; el fallo definitivo no sería dictado por virtud del resultado de los debates en el proceso, y se concibe que los intereses de la sociedad y los derechos de la inocencia podrían experimentar un grave daño" (1).

Debemos observar que los sostenedores de este sistema, establecen que la regla general, de que el Juez de lo criminal es competente para decidir, las cuestiones de derecho civil que se vinculen al hecho de la prevención, puede admitir excepciones; pero éstas solo pueden tener lugar en los casos, "en que esas cuestiones hayan sido formalmente separadas de la jurisdicción criminal y atribuidas a otra" (2).

Los sostenedores del segundo sistema lo fundamentan, entre otras razones, en las siguientes: a) que el juez de lo penal no tiene competencia para declarar la existencia del derecho, ni para decidir las relaciones jurídicas que median entre

(1) «L'Acciin publique et civile en matiers criminelle», tomo I, pág. 243, N.º 168.

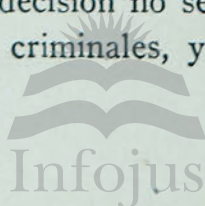
(2) Autor, obra y lugar citado. — Hoffman. Obra citada. Tomo II, pág. 147, núm. 325.

particulares; b) que aunque lo hiciera, no puede su fallo obligar a las partes si éstas no quieren someterse a él; c) que si la justicia penal condena al presunto reo y luego el tribunal civil viniera a negar la existencia de ese elemento esencial para que haya delito, resultaría que se habría condenado sin haber acto punible; d) que por lo contrario, si se absolviera al acusado y después el juez de lo civil afirmase la concurrencia de dicho elemento esencial para la existencia de la infracción penal, se habría absuelto a un culpable con detrimento de la justicia; e) que el sistema de la prejudicialidad civil se halla conforme no sólo con la separación natural de las distintas jurisdicciones, sino también con la propia economía de los juicios, obteniéndose por este medio una resolución definitiva de la controversia de derecho privado, etc.

Los otros dos sistemas que dejamos enumerados son sin embargo los más aceptables y los que tienen mayores adeptos. Son sistemas eclécticos de prejudicialidad limitada o parcial, obligatoria en el uno y potestativa en el otro.

“Se ha impugnado estos sistemas, expresa Aguilera de Paz, diciéndose que disminuyen la independencia de la jurisdicción penal; pero esta objeción es infundada, pues como la sentencia del tribunal no represivo al resolver la cuestión prejudicial se limita a la declaración de un estado de derecho o de hecho, *sin prejuzgar en nada las consecuencias jurídicas del mismo en el orden penal*, las cuales quedan reservadas al juez del delito, es indudable que resulta respetada e íntegra la libertad de éste, sin encontrar obstáculo ni prejuicio alguno que impidan en definitiva el ejercicio de su jurisdicción ni la independencia de sus pronunciamientos. Así lo entienden Borsari y Casorati”.

“El juez de lo criminal, según los partidarios de estos sistemas, pueden sin menoscabo ni perjuicio de su propia autoridad, desligarse del vínculo de ciertas cuestiones de puro Derecho Civil, para cuya decisión no se prestan la celeridad y la forma de los procesos criminales, y que por el contrario, se



acomodan y adaptan perfectamente a las reglas del procedimiento” (1).

Como en el sistema de la prejudicialidad relativa y obligatoria, puede suceder que el prevenido plantee o promueva sin fundamentos la cuestión prejudicial y con el único objeto de suspender el procedimiento penal, algunos han creído conveniente lo que se establece en el otro sistema, que evita esto, por cuanto por él se faculta al juez de lo criminal para examinar la procedencia o improcedencia de la cuestión propuesta y en el caso de estimarla fundada, someterla a la resolución de la justicia civil o decidirla por sí en el caso de que por sus circunstancias pudiera ser resuelta por el mismo en cuanto a las necesidades del proceso criminal.

Este último sistema o sea, el de la prejudicialidad limitada y facultativa, el cual según algunos autores, es el que mejor responde a la lógica del derecho penal, “porque salva las exageraciones de los sistemas absolutos de la independencia y predominio de la jurisdicción penal y de la prejudicialidad civil, a la vez que asegura la libertad de ambas jurisdicciones”, no es sin embargo conveniente por razón de dejar al arbitrio del tribunal ante quien se promueve la cuestión prejudicial, el resolver si ha de ser consentida o no su decisión a la jurisdicción represiva (2).

Por último volviendo al sistema de la prejudicialidad relativa y obligatoria, diremos que aparte de las objeciones generales que hacen los partidarios del de la prejudicialidad civil absoluta al de la independencia y predominio de la jurisdicción penal, se alega por otros, que no pudiéndose determinar *a priori* cuales son los casos que real y científicamente deben ser sometidos obligatoriamente a la resolución del tribunal civil, produce omisiones e incertidumbres.

Nº 63. — En la legislación positiva se presentan también diferencias en cuanto a la manera como se hallan reglamentadas las cuestiones prejudiciales. Del breve examen que hare-

(1) Obra citada, pág. 49.

(2) Autor y obra citada, pág. 50.

mos en seguida de algunos de los Códigos extranjeros más importantes se desprenderán claramente estas diferencias.

a) FRANCIA. El Código Civil de esta nación, ha establecido una doble regla. “Los tribunales civiles serán los únicos competentes para estatuir sobre las reclamaciones de estado”, dispone el art. 326 y el art. 327, prescribe: “Que la acción criminal contra un delito de supresión de estado no podrá comenzar hasta después del juzgamiento definitivo sobre la cuestión de estado”.

Estas reglas han surgido en la legislación francesa por un doble motivo: el uno fundado en el peligro de la prueba testimonial—motivo criticado por inexacto en razón de que la prueba es independiente del orden de las jurisdicciones—y el otro, se sustenta en el deseo de evitar los escándalos de familia a que podría dar lugar la acción criminal por el delito de supresión de estado, sin la previa resolución de la cuestión civil por la jurisdicción de este orden.

Algunos autores han considerado que la supresión de estado no es según la legislación francesa una cuestión *prejudicial a la acción*, como llaman a esas condiciones para proceder, sino una cuestión prejudicial al juzgamiento. Se fundan para sostener esa tesis, en que el art. 327 del Cód. Civil no entiende referirse sino a cuando la acción civil ha sido intentada antes del procedimiento criminal o cuando se inicia estando pendiente este procedimiento. “De otra manera, dice Marcadé, y sino se intenta la acción, es claro que un acusado no podría paralizar eternamente la acción pública colocándose para siempre al abrigo de las penas que merece su crimen o delito con el pretexto de que una acción podrá ser iniciada de un momento a otro. Cuando el artículo se refiere al comienzo de la acción es evidente que se trata solo del juzgamiento” (1).

Sin embargo, esta no es la aplicación que se hace en Francia, de las mencionadas disposiciones, en donde como ya lo hemos hecho notar en otro lugar se admite la errónea clasifi-

(1) «Expl. du Code Civil», tomo II, pág. 31. Véase también Laurant, tomo III, pág. 595 núm. 472 y stes. — Merlin «Quest. de Droit», tomo XII, pág. 250.

cación de cuestiones prejudiciales a la acción y al juzgamiento. La persona víctima de un crimen de supresión de estado debe obtener previamente un fallo del Tribunal civil antes de tener acceso en los tribunales del crimen y la mayor parte de los autores como la jurisprudencia, someten la acción del Ministerio Público a la prescripción del art. 327 del Cód. Civ.

Existe otro caso de cuestión prejudicial a la acción, y es el de raptó seguido de matrimonio. El art. 357 del Cód. Penal establece que el raptor no podrá ser perseguido sino por la acusación de persona que según el Código Civil, tiene el derecho de pedir la nulidad del matrimonio, ni condenado sino después que esa nulidad haya sido pronunciada. Hay para el raptor un medio de escapar a la pena y ese medio consiste en que su matrimonio no sea atacado de nulidad.

Es de observar que, sobre si este caso paraliza el procedimiento o impide el ejercicio de la acción, existen divergencias entre los autores (1).

En cuanto a la cuestiones prejudiciales al *Juzgamiento*, son aquellas que se refieren a las cuestiones relativas a la propiedad, las que en realidad no existen por razón de que algún texto de la ley atribuya su conocimiento a la jurisdicción civil, sino por razón de la jurisprudencia que ha fundado esta derogación de la competencia de los tribunales criminales, generalizando una regla que la ley solo ha establecido para un caso particular, en los de delitos forestales.

De manera, pues, que en esta nación se ha generalizado el criterio de la prejudicialidad civil, salvo en lo que se relaciona con el Derecho Mercantil respecto a la quiebra o bancarrota, pues, para ejercitar la acción penal contra el quebrado culpable no es necesaria la previa declaración de dicho estado, ni la calificación de la quiebra, sino que el tribunal penal es competente para comprobar ese estado, así como la calidad de comerciante del fallido y las demás circunstancias de la quie-

(1) Le Sellyer, t. II, núm. 686; Blanch t. V, p. 323; Hoffman, t. II, núm. 496; Haus, «Droit Penal belge», núm. 843; Carnot sobre el art. 357, etc.

bra, pudiendo proceder criminalmente desde luego y autorizado está para hacerlo así con independencia de las decisiones de los tribunales de comercio (1).

b) ALEMANIA.—Si el carácter delictuoso de un hecho, dispone el art. 261 del Cód. de Proc. Criminales, depende de la decisión sobre una cuestión jurídica del orden civil, el Tribunal criminal resolverá igualmente sobre esta cuestión, conformándose a las reglas en vigor para el procedimiento y la prueba en materia penal. Pero el Tribunal está autorizado por esa misma disposición legal a suspender la instrucción del asunto y a fijar un término o plazo a los interesados para introducir una acción civil; puede igualmente el tribunal penal esperar la decisión de la jurisdicción civil.

Los redactores del Código Alemán se han inspirado, pues, en el principio de que el juez del hecho delictuoso debe juzgar todas las cuestiones de cualquier orden que ellas sean, que se vinculen al delito y que puedan influir en la apreciación de la culpabilidad. Pero, sin embargo, como dejamos expresado, admite que la jurisdicción penal, cuando lo crea conveniente, pueda dejar la solución de la cuestión civil a la resolución de la jurisdicción de este orden, sin hallarse jamás ligado el juez criminal, por ello, a la decisión del juez civil.

c) AUSTRIA.—La legislación austriaca establece que “la competencia del juez encargado de la instrucción y del juicio en lo criminal, se extiende a las cuestiones civiles prejudiciales. La decisión adoptada en lo civil sobre cuestiones de esta naturaleza no lo liga al Juez criminal en aquello que concierne a la represión” (art. 5º, Cód. de Proc.).

Sin embargo, la mencionada disposición prescribe además: “que cuando la cuestión prejudicial interesa a la validez del matrimonio, la cosa juzgada en lo civil debe servir de base a la decisión del juez criminal. Si no existe todavía la decisión civil y si la instancia está pendiente o si el juez criminal ha provocado él mismo una, porque el hecho objeto de la incul-

(1) Aguilera de Paz, obra citada, pág. 59. Hoffman; obra citada, tomo II, pág. 117, núms. 314, 315 y 316. Mangin: obra citada, tomo I, pág. 245, núm. 169. Merlin-Rep.; «Faillite et Banqueroute».

pación constituye uno de los impedimentos al matrimonio que deben ser relevados de oficio, debe suspender su decisión hasta la del juez civil competente.

d) ITALIA. Según las prescripciones del nuevo código de este país, la prejudicialidad civil es obligatoria como en Francia, en el delito de suposición y supresión de estado, suspendiéndose el ejercicio de la acción penal hasta la decisión del juez civil sobre la cuestión de estado. El juicio civil puede ser promovido por el procurador del Rey, antes del juicio competente, en contradicción con todas las partes interesadas. (artículo 2º, Cód. de Proc.).

En los demás casos en que la decisión sobre la existencia del delito dependa de la resolución de una cuestión civil, el juez penal tiene la facultad de someterla a la decisión del juez de aquel orden, fijando un término, durante el cual se suspende el juicio penal, término que puede ser prorrogado si la controversia civil no ha sido definida por causas no imputables a la parte. En el caso de que no sea procedente esa prórroga o que en el término prorrogado la controversia civil no haya sido decidida, el juez penal resuelve sobre la imputación (art. 3º).

e) ESPAÑA. El código español ha establecido un sistema mixto en esta materia, siendo la regla general, según lo prescribe el artículo 3º, la de que la competencia de los tribunales de la justicia penal se extienda a todas las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales; sólo cuando la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el tribunal de lo criminal debe suspender el procedimiento hasta la resolución de aquella por quien corresponda. Pero es de observar, que en estos casos el tribunal penal puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al juez o tribunal civil o contencioso administrativo competente, y que si el expresado plazo pasa sin que el interesado lo haya utilizado, el tribunal represivo alza la suspensión y continúa el procedimiento (art. 4º).

Pero la ley española ha establecido para ciertos casos la prejudicialidad civil obligatoria y ello sucede cuando las cues-

tiones se refieren a la validez de los matrimonios o a la supresión de estado, en que la decisión de los tribunales civiles sirve de base a la de los tribunales del crimen (art. 5°).

En cuanto a las cuestiones relativas a la propiedad de un inmueble o a otro derecho real, ellas son resueltas por el tribunal penal, sólo en los casos en que tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión.

Por último, debemos hacer notar que el tribunal de lo criminal, en los casos que le corresponde resolver una cuestión de orden civil o administrativa de la naturaleza de las expresadas, debe atemperarse a las reglas del derecho civil o administrativo.

f) INGLATERRA. El derecho inglés no contiene, en realidad, ninguna regla general sobre esta materia. Cuando la cuestión prejudicial es de importancia, el juez de lo penal puede reservar su resolución al tribunal competente, suspendiendo el fallo de la causa o la ejecución de la sentencia en su caso, hasta la definitiva decisión de la excepción constituida por la cuestión prejudicial. De las cuestiones relativas a la propiedad, a la herencia, quiebra o ejecución, que se hallasen pendientes de sustanciación en el tribunal competente, no puede conocer el tribunal penal.

XXII. — DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES SEGÚN NUESTRA LEGISLACIÓN

Nº 64.—Antes de entrar a considerar la forma como nuestra legislación ha reglamentado las cuestiones prejudiciales, creemos conveniente, para evitar interpretaciones erróneas, llamar la atención sobre los puntos siguientes:

a) Que ninguna de las definiciones que los autores dan de las cuestiones prejudiciales, ha merecido general aceptación, no pudiendo en rigor considerárselas jurídicamente exactas.

b) Que algunas de esas definiciones se refieren únicamente al sistema seguido por la legislación del país en que ha sido

dada, por lo que no presentan el carácter general y científico que toda definición debe tener.

c) Que sólo reciben con propiedad el nombre de cuestiones prejudiciales: aquellas que los criminalistas llaman *prejudiciales al fallo de la acción penal*, porque no impiden que ésta sea ejercitada, sino que únicamente ponen obstáculo a que recaiga resolución sobre ella, cuando ha sido puesta en ejercicio; todas las que difieren de las anteriores y de las llamadas *prejudiciales a la acción penal*, en razón de que no tienen que ser resueltas en una instancia o procedimiento separado, sino que deben ser juzgadas conjuntamente con el fondo de la causa por los jueces llamados a decidir la acción penal (1).

Sentados estos puntos generales debemos de hacer notar que el Código de Procedimientos no nos ha dado una definición de lo que entiende por cuestiones prejudiciales; sólo nos dice en el artículo 17 que: “si la acción penal dependiese de cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente a otra jurisdicción, *no podrá iniciarse el juicio criminal* antes de que haya sentencia ejecutoriada en la cuestión prejudicial”, y en el art. 18 ha prescripto que las sentencias en el juicio civil no hacen cosa juzgada en el criminal, “excepto las que recaigan en las cuestiones prejudiciales”.

Tampoco nos da el Código Civil una definición de las cuestiones prejudiciales; sólo establece “que si la acción criminal dependiese de cuestiones prejudiciales, cuya decisión compete exclusivamente al juicio civil, *no habrá condenación* en el juicio criminal antes que la sentencia civil hubiese pasado en autoridad de cosa juzgada (2).

Como puede observarse, entre los prescripto por el Código Civil y lo establecido por el de procedimientos, existe una marcada diferencia: mientras en la disposición del primero se prohíbe *la condenación*, en el segundo la prohibición es con respecto a la *iniciación del juicio criminal*. ¿Cuál es la razón de ser de esa diferencia? Es que la disposición civil se ha refe-

(1) Aguilera de Paz: obra citada, pág. 27.

(2) Artículo 1104.

rído a las cuestiones prejudiciales a la sentencia y la de la ley procesal a las mal llamadas prejudiciales a la acción? Pensamos que ese no ha sido el pensamiento ni de los autores de los proyectos legales ni del legislador y que ello ha obedecido a la confusión que ha existido y aún reina en esta materia, no obstante considerar que esa es la interpretación que corresponde dar a las mencionadas disposiciones.

En el art. 29 del proyecto del doctor Obarrio se establecía lo mismo que prescribe el art. 17 del Código vigente, con la diferencia que en aquél se enumeraban las cuestiones prejudiciales o sean: las que versaren sobre la validez o nulidad de los matrimonios; las que versaren sobre calificación de las quiebras; las que revistan ese carácter por disposición expresa de las leyes. Es decir, por lo tanto, que en el artículo del indicado proyecto, se establecían como cuestiones prejudiciales las mismas a que se refieren los arts. 1104 y 1105 del Cód. Civil vigente en esa época, por lo que al prescribir la no iniciación del juicio criminal antes de que la sentencia civil hubiese pasado en autoridad de cosa juzgada, se refería a cuestiones prejudiciales a la sentencia o sea a las que se refiere la ley civil, que sólo prohíbe la *condenación* en el juicio criminal antes de que la sentencia civil haya pasado en autoridad de cosa juzgada.

La comisión revisora de dicho proyecto suprimió la enumeración de las cuestiones prejudiciales que se hacía en el art. 29, seguramente porque se hallaban consignadas ya en la ley de fondo y por ser más propias de esta legislación (1).

De lo que dejamos expresado, resulta, pues, que el art. 17, por su espíritu, ha respondido a un concepto erróneo sobre las cuestiones prejudiciales, hallándose en contradicción con lo prescripto por el Cód. Civil.

Existen otros motivos para pensar en la forma que lo hacemos y es que si la disposición procesal se hubiese referido solamente a las mal llamadas cuestiones *prejudiciales a la acción*

(1) Informe de la Comisión revisora, compuesta por los doctores O. Leguizamón, Juan E. Barra y Filemón Posse, y art. 24 de su proyecto.

y no a las que establece la ley civil, habría legislado sobre quienes pueden promover esas cuestiones prejudiciales al juzgamiento y la oportunidad en que ellas pueden ser opuestas; habría fijado las reglas procesales a que debía sujetarse su sustanciación, etc., y nada de esto aparece reglamentado, lo que prueba que el legislador ha pensado que ello no era necesario desde que el juicio no podría iniciarse, lo que es un manifiesto error porque así, por ejemplo; para ejercitar la acción penal por el delito de bigamia y por consiguiente para iniciar el juicio criminal no se requiere que previamente se inicie por la parte damnificada o el presunto autor la acción civil sobre validez o nulidad del primer matrimonio, y que la justicia de ese orden se pronuncie definitivamente sobre este punto.

Entendemos, sin embargo, que la disposición procesal debe ser interpretada como que se refiere a las cuestiones *prejudiciales a la acción*, es decir a esas condiciones para proceder como las llamamos nosotros con Manzini (1), y no a las cuestiones que reciben con propiedad el nombre de prejudiciales, o sean las *prejudiciales al fallo* o a la sentencia y cuya decisión compete exclusivamente al juicio civil, como lo son las que versaren sobre la validez o nulidad de los matrimonios, que, como veremos más adelante, son las únicas que hoy existen, porque las relativas a la calificación de las quiebras han dejado de serlo por razón de las reformas introducidas por la ley de quiebras vigente.

El sistema de nuestra legislación es, pues, el de que el juez de la acción es juez de la excepción, salvo en aquellos casos que expresamente excepcionan las leyes.

Nº 65.—La ley ha reservado a la jurisdicción civil la resolución de las cuestiones matrimoniales cuando afectan a la culpabilidad y no en los casos en que puedan influir en la responsabilidad.

La validez, y por consiguiente, la nulidad del matrimonio puede afectar a la culpabilidad en el delito de adulterio, en el

(1) Como lo es en el delito de adulterio, lo prescripto por el artículo 18 de la ley 4189.

de bigamia o celebración de matrimonio ilegal, pues, según sea válido o nulo el matrimonio contraído con anterioridad a la realización de dichos delitos habrá o no lugar a estimar la existencia de ello y por consiguiente a considerar o no culpable al que hubiese ejercitado los actos motivos de la acusación. También puede influir en determinados delitos contra la propiedad, desde que los cónyuges están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causen. Igualmente sucede en ciertos casos de ocultación o encubrimiento, y en lo que respecta a la mayor gravedad de la pena, en otras (1).

Pero es necesario distinguir bien estas situaciones diversas, porque los últimos casos citados en que a la resolución de la cuestión incidental del matrimonio depende ya sea la inexistencia de la infracción (ocultación o encubrimiento) o la recepción de la acción pública (hurtos, defraudaciones y daños entre esposos), no dan lugar al planteamiento de una cuestión prejudicial que deben resolver los Tribunales del orden civil; es al tribunal de la represión a quien corresponde pronunciarse sobre la eximente de responsabilidad o inadmisión de la acción pública por razón del matrimonio. Sólo en los primeros casos mencionados, en que la infracción perseguida implica la calidad de esposos, la validez o nulidad del matrimonio puede dar lugar a una cuestión prejudicial.

Nº 66. — En el Código de Comercio, antes de ser reformado por la ley de quiebras, figuraba el título relativo a la calificación de la quiebra, en el cual se establecía el procedimiento que debía observarse para determinar las causas que hubiesen dado lugar a ese estado. Era un verdadero juicio, como dice Obarrio, con sus formas y sus términos especiales; pero sin que faltara en él una sola de las solemnidades o condiciones requeridas por lo común para la debida investigación (2). Este jui-

(1) Arts. 44 y 223 del Código Penal; art. 17, cap. I, inciso 2.º, ley 418, y otros.

(2) Estudio sobre las quiebras, pág. 323, núm. 352.

cio se seguía en expediente por separado y se fallaba declarando la inocencia del fallido o la culpa y el fraude.

Esto ha sido borrado de la legislación actual y por consiguiente, no existiendo ya la calificación de las quiebras, cuya decisión competía exclusivamente al juicio civil, han dejado de existir las cuestiones prejudiciales que versaban sobre la calificación de las quiebras; la declaración del juez del concurso sobre la inculpabilidad del fallido no impide el ejercicio de las acciones penales de parte de los acreedores, que pueden deducirlas ante la jurisdicción competente o el derecho de intervenir a su costa en el juicio criminal provocado por la declaración del dolo o culpabilidad del deudor hecho en el juicio comercial (1).

Pero si sobre el punto mencionado no puede caber duda alguna, se ha suscitado la cuestión de si es prejudicial a la acción penal, la declaración de quiebra del deudor por el tribunal de comercio.

Por nuestra parte pensamos que la acción penal por el delito de quiebra culpable o fraudulenta, en el estado actual de nuestra legislación no se halla subordinada al juicio comercial y que, por lo tanto, puede ser iniciado el juicio criminal sin el requisito o condición de la declaración previa del estado de quiebra por el tribunal de orden civil o de la denuncia del mismo, dado que no existe ninguna prescripción legal que establezca esa condición.

La acción pública y la acción civil son independientes una de otra. Exceptuado el caso en que la ley prevé la influencia de la una sobre la otra, dice Tejedor, ellos marchan en línea paralela sin estorbarse. Si se admitiera que la acción pública está subordinada a la declaración de la quiebra, dependería de los acreedores, porque el ministerio fiscal no es parte en el tribunal de comercio. La represión del delito estaría sometido así, a los intereses de las partes o a la negligencia del tribunal; un olvido o una transacción podrían encadenarla. La connivencia de los acreedores con el deudor podría dejarla impu-

(3) Arts. 1542 y 1552. Obra citada, Obarrio, pág. 341, núm. 366.

ne. Es imposible admitir esta excepción del derecho común, sin que la ley la sancione expresamente (1).

Estos principios son hoy mayormente aceptables, si se tiene presente que del Código de Comercio ha desaparecido el juicio de calificación y que la ley de quiebras que lo reformó ha establecido un sistema en esta materia, semejante al de la legislación francesa. La tendencia moderna de la legislación comercial en materia de quiebras, como se dice en el informe de la Comisión del Senado, es favorable a la acción independiente de los acreedores, restringe la tutela judicial que nuestra anterior legislación imponía y deja al juicio de quiebra un carácter puramente comercial, separándolo de la acción criminal a que pueden dar lugar los actos del deudor, cuyo juzgamiento interesa más a la acción pública que al bien privado del acreedor. En caso de dolo o fraude o culpa grave, la acción pública debe ejercerse solamente para castigar el delito, con independencia de los efectos civiles que corresponden a los particulares. Estos principios se hallan claramente establecidos en los arts. 28 y 143 de la citada ley.

La quiebra es un hecho y no es el juicio del tribunal el que lo establece y la jurisdicción criminal es competente para determinarlo cuando reviste el carácter de delito. Los fallos de una instancia civil no tienen influencia, dice Tejedor, sobre la acción pública, cuando la misma instancia no es prejudicial. Esta influencia sólo podría resultar de la autoridad de la cosa juzgada. Pero esta autoridad no puede existir delante de la jurisdicción criminal, porque no hay identidad de objeto entre la acción civil y la acción pública. La primera sólo tiene por fin el interés privado del que la ejerce. La segunda, el interés general de la sociedad. No hay tampoco identidad de partes. El ministerio público no es parte en las instancias civiles. El no procede en ellas por vía de acción (2).

Por consiguiente, no existiendo en la ley una prescripción que establezca que no podrá iniciarse acción criminal por el delito de quiebra culpable o fraudulenta, sin que previamente

(1) Proyecto de Código Penal.

(2) Curso de Derecho Penal, tomo I, pág. 22, núm. 449.

se haya hecho la declaración de quiebra por el tribunal del orden civil, no es posible admitir que la acción penal que nace de un hecho que reviste el carácter de delito, como lo es el de quiebra culpable o fraudulenta, se halle subordinada a condición alguna y que no pueda iniciarse el juicio criminal en la forma común para los demás delitos de acción pública. Esto es indudable en nuestro derecho y esta es la opinión adoptada por la doctrina y la jurisprudencia francesa (1).

La Cámara de lo Criminal y Correccional de la capital no se ha pronunciado claramente al respecto; pero si ha decidido últimamente algunos casos que son consecuencia de los principios que dejamos establecidos. Así, por ejemplo: ha resuelto que la declaración de quiebra hecha por el Tribunal de comercio, no impide que el Tribunal criminal aprecie libremente dos de los elementos esenciales del delito: la calidad de comerciante del inculpado y el hecho de la quiebra, que también lo son para la declaración de quiebra por el Tribunal del orden civil (2). Es decir, ha resuelto que la resolución del tribunal de comercio no obliga al tribunal de la represión y por consiguiente que no es una cuestión prejudicial, pues si lo fuera haría cosa juzgada en el juicio criminal (3).

De manera que opinamos que el tribunal mencionado ha resuelto implícitamente el punto en cuestión, desde que se ha pronunciado en el sentido indicado y desde que no existe ninguna prescripción legal expresa que establezca como condición para proceder que el tribunal de comercio declare previamente la quiebra. Sólo contrariando los principios establecidos en los referidos fallos podría pronunciarse en forma contraria.

(1) Hoffman, obra citada, tomo 2, pág. 117, núms. 31., 315 y siguientes y autores que cita. M. A. Bertoult: «Questions et exceptions prejudiciales», pág. 98, núm. 80 y sigtes. F. Hélie y J. Depelges: «Pratique criminelle des Cours et Tribunaux», tomo II, pág. 791, número 943 y sigtes. Garraud: «Traité du Droit Penal Français», tomo 6, pág. 7, etc.

(2) Véase sentencia de fecha 6 de Mayo de 1915, en el proceso seguido a L. B., y sentencia de fecha 6 de Diciembre de 1917, contra J. W.

(3) Art. 18, Cód. de Procedimientos.

Nº 67. — Nuestra ley procesal no ha establecido quienes pueden promover las cuestiones prejudiciales, ni ha reglamentado la oportunidad en que ellas pueden ser opuestas, ni cuales son las reglas de procedimiento a que debe ajustarse la sustanciación de esas cuestiones. Tampoco lo ha hecho la jurisprudencia, por lo menos en forma de que permita fijar con claridad el criterio judicial al respecto; de ahí que debemos por nuestra parte buscar la solución de estos puntos.

Respecto al primero, la solución es para nosotros clara, dado que las cuestiones prejudiciales tienen la consideración o el carácter de verdaderas excepciones y nuestra ley procesal establece implícitamente a quienes corresponde la oposición de los artículos de previo y especial pronunciamiento, que son excepciones al ejercicio de la acción penal (1). Por consiguiente, opinamos que la proposición de las cuestiones prejudiciales compete únicamente al inculpado o demandado en el juicio (2).

En cuanto a la oportunidad en que ellas pueden ser opuestas, pensamos que dado su carácter de verdaderas excepciones, deben serlo en el estado del procedimiento que la ley procesal ha fijado para las otras excepciones, o sea en cualquier estado del sumario o al contestar la acusación (3). Hay un límite al ejercicio de ese derecho que se halla impuesto por la naturaleza misma de los casos y ese límite es el de la contestación de la acusación, porque la parte acusada que ha evacuado ese límite sin promover el incidente de admisión de cuestiones prejudiciales, acepta de hecho y de derecho el juicio criminal en cuanto somete el fundamento de sus pretensiones a la decisión de la jurisdicción de dicho orden y en otro caso sería necesario volver sobre ese trámite y estado del procedimiento para que la cuestión prejudicial surtiera sus efectos, lo cual es legal-

(1) Arts. 445 y 448 del Cód. de Proc.

(2) Véase Aguilera de Paz, obra citada, pág. 169, que sostiene también pueden ser opuestas por el representante del ministerio público o el querellante particular.

(3) Arts. 445 y 445 Cód. de Proc.

mente imposible, pues no puede retrocederse en el curso de los procesos (1).

Por otra parte es de observar que si bien los tribunales no tienen el derecho de apreciar la validez o nulidad de los matrimonios, pueden por ejemplo examinar si prima facie la acción de nulidad contra el matrimonio puede ser útilmente ejercida y si los hechos producidos en apoyo de la misma, no constituyen más que un medio dilatorio (2). Luego la excepción penal debe de ser opuesta en las oportunidades debidas a los efectos de ser examinada su procedencia o improcedencia y de resolverse la suspensión o no del procedimiento criminal, del ejercicio de la acción penal.

En cuanto al procedimiento a seguirse en el planteamiento y tramitación de las cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente a otra jurisdicción, tiene que ser el señalado por la ley procesal para las excepciones dilatorias (3), pues como ya lo tenemos repetido, las cuestiones prejudiciales presentan los caracteres de las excepciones que pueden oponerse al ejercicio de la acción penal y como tales deben estar sujetas a procedimientos semejantes o iguales al de las otras excepciones.

En cuanto a la libertad de los procesados contra quienes se ha decretado prisión preventiva, no procede por el hecho del

(1) Véase autor y obra citada, pág. 176. La jurisprudencia de la Cámara en lo Criminal y Correccional de la capital no es clara al respecto y es contradictoria. Así, por ejemplo, vemos en la causa por bigamia seguida contra A. C., sentencia de Diciembre 24 de 1913, en que se planteó ante el Tribunal de apelación la cuestión prejudicial de la nulidad del primer matrimonio, que la mayoría del Tribunal sostuvo la tesis de que si bien la ley no ha fijado la oportunidad en que deben ser promovidas estas cuestiones, «ella no era admisible, por estar concluida la discusión de la causa en segunda instancia, máxime en el presente caso, en que, como lo hace notar el señor fiscal, aparece desprovista de verosimilitud e introducida con el solo fin de evitar el fallo del proceso.» Nosotros sostuvimos en ese caso la tesis que aquí sostenemos. Véanse las resoluciones de la Sala 2.^a del Tribunal, de fecha Febrero 18 de 1915 y Junio 8 de 1916, y tomos de la jurisprudencia que se citan.—N. del A.

(2) Véase Garçon: «Code Penal annoté», tomo I, pág. 923 y sigtes.

(3) Véase arts. 446 y sigtes. del Cód. de Proc.

planteamiento y admisión de la cuestión prejudicial, pues mientras no sea declarado nulo, por ejemplo, el primer matrimonio por la jurisdicción del orden civil, siguen persistiendo los motivos que han dado origen a la prisión preventiva y porque la ley civil solo obliga a suspender la condenación en el juicio criminal, apartê de que de lo contrario le bastaría a un procesado oponer la exceción indicada para obtener su libertad y escapar a la acción de la justicia (1).

(1) Véase autor y lugar citado, núm. 26.

INDICE



Infojus

SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA



SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

