

de materia criminal, y falsísima y hasta absurda cuando se trata del juicio de amparo. En cuanto á lo primero, no negaré que esa doctrina cuenta con no corto número de proselitos; pero á medida que los estudios jurídicos se profundizan y perfeccionan, fuerza es reconocer que la interpretación contraria tiende á dominar en la jurisprudencia, pudiendo presentar, como su título más glorioso y legítimo, los sufragios autorizadísimos y sin par de un Savigny, de un Böhme, de un Bayer, de un Wachter y de otros que sería prolijo enumerar (1). Pero ¿cómo negar esto en orden al fuero criminal, y muy principalmente al juicio de amparo, en los cuales, para servirme de la exactísima y apropiada expresión de mi estimado y elocuente amigo el señor Lic. Fernando Vega, la parte resolutive de las sentencias está contenida en una especie de *fórmula espartana*, cuyo sentido es incomprensible, si no se la relaciona con los considerandos sobre que descansa (2)? ¿Qué quiere decir, en efecto, Señores Magistrados, "la Justicia de la Unión ampara y preteje, etc., etc.," si no atendemos á los motivos de esa declaración, los únicos que nos revelan qué precepto constitucional fué el infringido, cuál la ley inexactamente aplicada, y cuáles, por último, las razones de hecho y de derecho que ameritan el amparo de la Justicia de la Unión?

Inevitable es, pues, convenir en que sentencias como la que invocamos, ó nunca tienen fuerza de cosa juzgada, ó si la tienen, consiste no sólo en su parte dispositiva, sino también y muy principalmente en sus motivos y considerandos.

(1) Savigny; *Derecho romano*, tomo 5, § CCXCIII, página 247.—Böhmer, *Exercit. ad Pandect.* tomo 5, pág. 533, § 18.—Bayer, *Civil prozesz.* pág. 184.—Wächter, *Handbuch des in Württemberg geltendem Privatteunts*, tomo 5, II, § 73.

(2) *El recurso de casación y el de amparo.*

Debo concluir ya, Señores Magistrados, este fatigoso alegato, en el cual me han sostenido dos sentimientos para mí decisivos y superiores á todas las dificultades que esta causa ha suscitado á los defensores: mi respetuosa y sincera amistad con el Señor Diaz González, verdadero patrono del procesado Aviet, y mi más profundo convencimiento de la inocencia de éste. Os he presentado, en mi afán de cumplir con el deber que esas circunstancias me imponen, todas las alegaciones que la simple lectura de la sentencia de la Suprema Corte me ha sugerido, esperando que vuestra ilustración complete lo que ellas puedan tener de deficiente. La controversia, á mi juicio, es clarísima, porque se reduce á la preeminencia jurisdiccional de ese alto Tribunal, á sus facultades y á los efectos de sus sentencias. Yo no puedo dudar de vuestro fallo que seguramente reconocerá la justicia implorada aquí por los defensores del infortunado Aviet, pues al lado de dos ilustres jefes de nuestro ejército, veo á un abogado insigne, gloria de nuestro Foro y garantía segura de que en este recinto se rinde siempre constante y fervoroso culto al cumplimiento de las leyes.

¿Porqué habían éstas de ser infringidas, cuando ocho años no han bastado para convencer de crimen á ese pobre joven? Conjeturas y sólo conjeturas ha podido reunir sobre la cabeza de nuestro defenso la más larga y empeñosa de las instrucciones procesales. Y por tan delesnables causas, de cuya inepticia os han dado testimonio los sabios más afamados de nuestra Escuela de Medicina ¿vais á confirmar una sentencia de pena capital, de pena irreparable y trascenental á los infelices deudos de Aviet. "¡Qué prudencia, decía D'Angentre, qué atención hay que tener, no sea que tomemos por "necesario lo que no es sino probable; por cierto lo "que no existe; por evidente lo que apenas es dudo-

“so! Porque si las cosas se presentan en términos que el hecho haya podido suceder de dos maneras, aun cuando una sea más creíble, más vorosimil, aun más conforme á lo que sucede frecuentemente, sabed, jueces, que no podeis condenar en esta ocasión, pues para esto es preciso que el hecho no haya podido suceder de otra manera.”

*Réplica al Señor Procurador.*

SEÑORES MAGISTRADOS:

Lo ya larguísimo de estas audiencias que nos obligan á todos á ponerles un pronto y radical término, pues mejor que en nuestras argumentaciones aquí expuestas con más ó menos vehemencia, debemos fiar en la grave y notoria ilustración de esta Sala; y lo exiguo de las proporciones con que muy ingeniosamente aminoró ayer el Señor Procurador este debate, á tanta altura y en tan extenso radio presentado y sostenido por la defensa en las anteriores sesiones, son serios motivos que me imponen el deber de ser brevísimo en esta réplica, en la cual os prometo no salir ni una línea del estrechísimo cuadro trazado por la requisitoria, cuyo hábil plan apenas hace necesario ni volver sobre los elementos constitutivos de la *cosa juzgada*, ni sobre si la producen ó no las sentencias de amparo, ni finalmente sobre si lo que aquí hemos invocado debe traer, como necesaria consecuencia, la inmediata libertad de nuestro cliente, que en todo esto ha convenido el dignísimo Señor Procurador de esta Sala, llegando hasta pedirnos, lo que mucho le agradece la defensa, que declareis nulo todo ese proceso, porque no ha debido incoarse ningún procedimiento contra Aviet

por el cargo de homicidio, de lo cual resulta que esa voluminosa causa *no tiene fundamento legal*. Son estas las propias y últimas palabras del Sr. Procurador.

Pero, Señores Magistrados, después de tan acertadas afirmaciones que, á mi humilde juicio, eran palabras precursoras de conclusiones favorabilísimas á Aviet, mi ilustrado amigo el Sr. Arroyo, haciéndonos verdadera ostentación de ese ingenio preclaro que he sido y soy el primero en reconocerle, ha expresado que, no obstante convenir en todo con la defensa, debiais vosotros, Señores Magistrados, librar oficio á la autoridad militar correspondiente para que dictase nueva *orden de proceder*, ya no por homicidio, porque sobre tal cargo se había instruido indebidamente este proceso contra un militar, ya amparado por la Suprema Corte Federal, sino por el delito de insubordinación, único posible, tratándose como se trata en el caso de un inferior y un superior, pues si bien es uno solo y mismo el hecho, la muerte del capitán Gutiérrez; desde el momento en que por circunstancias de clase del pretendido ofensor y del ofendido, se presta á ser considerado bajo dos aspectos, el de homicidio y el de insubordinación, no pertenece á tribunales de vuestro fuero examinarlo y someterlo á juicio sino bajo el segundo aspecto, por la razón muy conocida de que en todo proceso el fuero especial prevalece sobre el común ó general, no habiendo sido el pretendido homicidio de Gutiérrez sino el medio, la forma, la manifestación del otro delito.

Tal ha sido, Señores Magistrados, el punto principal de la requisitoria que todos, inclusive vosotros y el numeroso público que asistía á la audiencia, hemos oído ayer con el grande y sostenido interés que esta causa ha despertado en todas las clases sociales, y con toda la atención que se merece el dignísimo Señor Procurador de esta honorable Sala.

¿Qué podré decir en respuesta, Señores Magistrados, sino que, por más hábiles esfuerzos de su Señoría, para evadir la cuestión á que la defensa lo ha llamado, todavía estamos en ella, dentro de sus términos precisos, bajo el golpe de su misma resolución, y ahora, en verdad, más adentro y más comprometidos en ella que antes, porque el Señor Procurador nos cierra todas las puertas y con su conducta nos ha enseñado que todo el actual debate debe reducirse á si milita ó nó en favor de Aviet la excepción de *cosa juzgada*? Está visto, Señores Magistrados, que este proceso gravita hacia continuas é implacables violaciones de esa garantía constitucional. En el Consejo de Guerra, el Señor Asesor decía, según se revela por uno de los considerandos de la sentencia apelada, que la Suprema Corte Federal carecía de atribuciones para declarar inocente al acusado, y ahora el Señor Procurador nos anuncia, para llegar siempre á la misma conclusión de que no hay *cosa juzgada* en favor del procesado, que aunque toda esa causa va á ser declarada nula, por virtud del amparo concedido á nuestro cliente, no debe ser éste puesto en libertad, sino reencargado bien preso por otro delito que, sin embargo, es el mismo hecho, el pretendido homicidio del capitán Analecto Gutiérrez; pero con otro nombre, con otro caracter, con otra calificación: *insubordinación*.

Hé aquí, pues, siempre, Señores Magistrados, en esta eterna tela de Penélope, el inevitable, el agobiador problema de la *cosa juzgada*. ¿Lo duda el Señor Procurador? Pues sírvase oír algunas de las muchas demostraciones que le traigo, para patentizar que la evasiva de su Señoría es tan vieja como el estudio mismo de las condiciones de la excepción opuesta por la defensa, que es una de las objeciones previstas y refutadas por los autores, de tal manera, Señores Magistrados, y no lo tome á mala parte mi

estimado amigo el Sr. Arroyo, que sabe cuánto lo aprecio, que al oír ayer esta ingeniosa salida del Señor Procurador, me acordaba, sin poderlo evitar, del corifeo de la Reforma protestante, de quien se cuenta que, no encontrando argumentos nuevos contra los dogmas católicos, se dedicaba á hojear los mismos libros ortodoxos para sorprender ahí, en el capítulo destinado por la prudencia de los expositores á prevenir y contestar objeciones, las mismas que pudiera fulminar contra la Iglesia.

Todo lo que ha dicho ayer el Señor Procurador, para burlar los efectos de la sentencia de amparo en favor de Aviet y desde el punto de vista de la *cosa juzgada*, está en los mismos autores que defienden esta garantía, y por ellos sabemos que no es obstáculo legal para que pueda ser invocada, que al mismo hecho, ya juzgado, se le quiera dar otro nombre, otro calificativo, algún disfraz, en fin, que no cambie su esencia, su sér ontológico, sus condiciones naturales. "Que me sea permitido, leó en una célebre monografía sobre la máxima: *non bis in idem*, hacer observar que la distinción de que se trata, parece más ingeniosa que científica, y que no se concilia con las grandes miras de humanidad y de moral que han dictado la disposición del art. 360. La ley prohíbe perseguir una segunda vez el *mismo hecho*, sea que se trate de *crimen* ó de *delito*. Entendida de otra manera, ella faltaría enteramente á su objeto. ¿Qué importa al acusado que la nueva incriminación sea diferente de la primera? ¿Será por esto menos arrastrado ante los tribunales por un hecho de que debía creerse definitivamente absuelto? Si se puede encontrar en el hecho de que el acusado ha sido absuelto un simple delito, se podrá encontrar también un crimen de otra naturaleza que el primero. El estará, pues, expuesto de nuevo á todos los azares y ansiedades de una acusación criminal. Hé aquí lo

que dicen, desde luego, la justicia y la sana razón, ajenas á toda combinación sabia é ingeniosa. Es lo que dicen también las leyes que han precedido al Código de Instrucción Criminal, y sobre todo, las leyes romanas que son su fuente." Del mismo modo se expresan, Señores Magistrados, Faustin Helie y J. J. Haus, célebre criminalista belga, cuyas obras son hoy consultadas por todos en Derecho Penal (1).

Y no podía ser de otra manera. ¿Cuál es el motivo que ha hecho respetar en todas las legislaciones la cosa juzgada? Poner un término á los procesos. Y ¿cree el Señor Procurador que tan noble fin se lograra, abriendo á un acusado tantas sumarias cuantos fueran los aspectos bajo los cuales puede ser considerado un mismo hecho? Y si la administración de justicia se equivoca, ¿ha de sufrir el reo las consecuencias de estos equívocos? ¿qué especie de infernal madeja sería esta interminable cadena de procesos, tejidos y destejidos, cada uno ó dos años; pero con horribles desgarramientos de la vida del hombre, de su honra y de su libertad?

De las leyes, Señores Magistrados, que son la expresión de los intereses sociales, se ha dicho que no pueden tener efecto retroactivo, que no pueden atacar derechos adquiridos, porque estos forman y son parte de nuestra propiedad, de nuestro patrimonio, moral y de honorabilidad á veces, como en el presente caso. ¿No podrá decirse, por analogía de razón, que el acusado absuelto de un hecho ya ha adquirido con respecto á él un derecho de inocencia, que no puede ser de nuevo controvertido, porque es suyo, le pertenece irrevocablemente y forma parte de su patrimonio moral, mil veces superior y más digno de respeto que los bienes materiales? Los actos de un juez, que son derivación de las leyes, ¿han

1 Faustin Helie, *Traité de l'instruction criminelle*, tomo 2, núm. 1011.—J. J. Haus, *Droit penal belge*, tomo 2, núm. 1304.

de ser de mejor condición que las leyes mismas? Pero basta ya, Señores Magistrados, que sin pensarlo, estoy ofendiendo vuestra ilustración sobre una materia tan evidente y de tan obvia resolución. Un grande atentado, cuya resonancia en toda la República podreis conocer por las cartas de distinguidos abogados á quienes se ha dirigido el Sr. Díaz González, ha sido cometido contra el más alto de nuestros Tribunales y en él contra la más respetable de nuestras leyes, la Constitución Política de 1857. Después de estas largas y porfiadas discusiones entre el Señor Procurador y la defensa, haced sólo de cuenta que esa magna ley, aquí agraviada y que fué siempre la noble enseña que tremolasteis en los campos de batalla, está á las puertas de este recinto, esperando vuestro fallo.

La sentencia definitiva en este importante negocio no fué pronunciada, sino mucho tiempo después de terminadas las audiencias, á causa del fallecimiento del Sr. Magistrado Lic. D. Jesús M<sup>a</sup> Aguilar, miembro de la 1<sup>a</sup> Sala de la Corte Militar. Integrada ésta con el Sr. Lic. D. Eduardo Zárate, dicha sentencia se pronunció, siendo su parte resolutive la siguiente:

Primero.—Se revoca la sentencia del Consejo de Guerra ordinario, reunido en esta Plaza el 27 de Enero de 1890, en la parte en que con fundamento del art. 561 del Código Penal, condenó al teniente del 25 Batallón Carlos E. Aviet, por el delito de homicidio calificado, á la pena de muerte, pasado por las armas.

Segundo.—Por el delito de insubordinación fuera del servicio, consistente en el homicidio perpetrado en la persona del capitán Anacleto Gutiérrez, se condena al expresado teniente Carlos E. Aviet á sufrir la pena de veinte años de prisión, contados desde el 15 de Abril de 1883, con pérdida de su empleo, condecoraciones y recompensas militares.

Tercero.—Hágase saber, comuníquese á la Secretaría de Guerra, vuelvan los autos al Juzgado de su origen, con el testimonio respectivo para su cumplimiento, y archívese el toca.

Así, por unanimidad de votos, lo decretaron y firmaron el Presidente y Magistrados de la 1.ª Sala de la Suprema Corte de Justicia Militar.—*J. N. Méndez.—Pedro P. Ypez.—Eduardo E. Zárate.—M. Novoa, oficial 1.ª.—Rúbricas.*

CAPILLA ALEJANDRINA  
BIBLIOTECA UNIVERSITARIA  
U. A. N. E.

La sentencia definitiva en este importante negocio no fue pronunciada sino después de terminadas las actuaciones a cargo del Jefe de la Sala de la Corte Militar. La causa está con el Sr. Jefe D. Eduardo Zárate. La sentencia se pronunciará, siendo en parte resolutiva la siguiente:  
Primero.—Se revoca la sentencia del Consejo de Guerra ordinario, recaída en esta Plaza el 27 de Enero de 1890, en la parte en que con fundamento del art. 201 del Código de Justicia Militar, se condenó al teniente del 25 Batallón Carlos E. Zárate, por el delito de homicidio calificado, a la pena de muerte pasando por las armas.  
Segundo.—Por el delito de homicidio calificado cometido en el homicidio perpetrado en la persona del capitán Anacleto Gutiérrez, se condenó al expresado teniente Carlos E. Zárate a sufrir la pena de veinte años de prisión, contados desde el 13 de Abril de 1884 con pérdida de sus empleos, compensaciones y recompensas militares.

# PROCESO DE FRANCISCO FOURNIER (HOMICIDIO).