

á la pena ordinaria, como si el reo estuviese confeso. Véase el núm. 308.

Segundo. «Si el delito merece pena capital, y hay medias pruebas por testigos ó indicios, se acordará el tormento.» (Ya hemos dicho que el tormento está abolido).

Tercero. «En los delitos que no tienen pena capital, ó en los capitales, en que hubiese medias pruebas, se evacuará la causa con pena extraordinaria.»

Véase aquí reducido á tres proposiciones todo el tratado del valor de los indicios, y los grados de pena que pueden producir.

312. Además de los tres géneros de indicios esplicados, hay otra cuarta clase de indicios leves, que solo son suficientes, para la prision del indiciado, como son la costumbre y hábito vicioso del sugeto en la misma especie de delito: la mala fisonomía, el temblor y mutacion de rostro, la enemistad leve, y no la capital, y otros semejantes que solo pueden servir para dar luz ó inquirir, especialmente contra cierta y determinada persona, y cuando mas para arrestarle. Lo cierto es que estos indicios son de poco momento, sino se hallan vestidos de otros. El semblante sospechoso ó mala fisonomía es muy falible signo, y mas que todos la mutacion de color, porque muchas veces se han visto personas de un pundonor delicado inmutarse en ciertas concurrencias, en que se ha perdido algun dinero ó alhaja, no solo por el natural rubor que les causa un delito tan feo, sino por el recelo de que pueda alguno, aun en duda, sospechar de ello, y esto les causa un desasosiego interior producido de su mismo honor, y de una nimia é intempestiva cavilacion, que no pueden evitar muchos por reflexiones que hagan. Bien se ve cuanto se espone á errar el que en semejante caso tenga por delincuente al que se le note alguna alteracion en su semblante, sin tener otro argumento que le condene.

313. Todo lo espuesto en materia tan intrincada y confusa como la de indicios está recomendando á los vocales de un consejo de guerra, y á los fiscales, y ayudantes que han de formar las causas, el gran cuidado y pulso con que deben proceder para el exámen de las pruebas, especialmente cuando se trata de condenar al reo á pena capital. La humanidad, la razon y la justicia misma, se llenan de horror y desconsuelo cuando los jueces olvidados de estos principios condenan á un inocente por argumentos ó indicios. Este sentimiento tan respetable, y protector del género humano, y las máximas del derecho, que enseñan que para condenar á un hombre á muerte es menester que su delito sea tan claro como la luz del mediodia, y que en caso de duda ha de seguirse la opinion mas favorable y benigna al delincuente, deben estar perpétuamente grabadas en el corazon de los jueces, esponiéndose los que se separen de ellas, á que el noble oficio que ejercen de vengadores celosos de la sociedad ultrajada, se convierta en el de verdaderos tiranos de sus conciudadanos. El derecho que tienen todos los hombres á ser juzgados conforme la equidad, y á ser creidos inocentes, mientras no se justifique demostrativamente lo contrario, debilita infinito la prueba de los indicios. Es verdad que no deben ya así llamarse aquellos que convencen plenamente el ánimo del juez, porque estos mas que argumentos son una verdadera prueba del crimen, y es muy justa y equitativa la ordenanza, que dispone que siendo de la clase de indubitados y claros, se pueda imponer por ellos la pena ordinaria de cualquier delito.

En confirmacion de esta doctrina referiremos un caso acaecido en el regimiento de reales guardias Walonas, en que por real resolucion de 22 de febrero de 1787 se sirvió S. M. aprobar la sentencia de horca y descuartizado, que impuso á un reo walon el consejo de oficiales de dicho real cuerpo por el robo y muerte violenta dada á otro soldado del mismo, no obstante hallarse inconfeso y resultar solo contra él indicios.

Este delito se cometió en la villa de Reus el 10 de junio de 1780, y no obstante que el asesor subdelegado de los cuerpos de casa real existentes en Cataluña, se conformó con la sentencia referida de horca del consejo de oficiales, espuso al director de dicho real cuerpo en su dictámen de 14 de julio del mismo, las dudas que resultaban de esta causa, en la que alegó su defensor, que el reo cuando sentó plaza no tenia la edad prevenida por ordenanza, y pretendió se le admitiera la competente prueba sobre ello, y en el caso de admitirla, y que la justificara, se le podria imponer la pena ordinaria, por lo cual se remitió el proceso á la resolucion de S. M. En este dictámen se tratan todos estos puntos con razones muy sólidas, se esplican los indicios que resultan en la causa contra este reo, y se hace ver, que son de los indubitados y claros que pide la ordenanza, por cuyo motivo se inserta á continuacion, y dice asi:

314. Exemo. Señor: Devuelto á manos de V. E. el proceso formado por el regimiento de Reales guardias Walonas contra el soldado Pedro José N., por contemplársele actor de la muerte violenta dada á Juan D'ennocents, individuo del propio cuerpo, el que habiendo reconocido con la seria atencion que exigen sus gravísimas circunstancias, contemplo, que la sentencia pronunciada por el consejo de guerra de oficiales, se halla arreglada á los méritos de la causa; pero que no debe ponerse en ejecucion sin que S. M. resuelva sobre las dudas verdaderamente árduas que produce. Una es, si en el supuesto de que el reo cuando se le sentó su plaza espresó ser de edad de 17 años (que es la prescrita por ordenanza) deberá admitirse la prueba de menor edad que ha pretendido. Otra, si justificándola el reo efectivamente podrá imponérsele la pena ordinaria correspondiente al delito. Otra, si de los autos resulta prueba por la cual se acredite legalmente el homicidio mencionado. Otra finalmente, si en el caso de no acreditarse por ellos legalmente este crimen, hay la suficiente para la comprobacion del robo con violencia, y de consiguiente si deberá sufrir el reo la pena de muerte declarada por el consejo.

Como las dos primeras dudas tienen en sí mismas cierta conexion y enlace, que por la resolucion de la una se deja inferir la otra; por no hacer difuso este dictámen, me ha parecido conveniente contestarlas sin separacion, lo que ejecuto, suponiendo lo primero ser regla constante de derecho, y que persuade la humanidad, que en el conflicto de duda debe declararse en favor del reo: lo segundo, que aunque es cierto, que la filiacion de cualquiera individuo de la tropa debe contemplarse como un documento auténtico; pero como quiera que nunca sale de la esfera de presuncion, parece debe darse siempre lugar á la prueba, cuando por otra parte no hay fundado recelo, que se intenta con el fin de alargar la decision de la causa, ó por otros de que abunda la malicia, y una piedad mal entendida, por ser regla cierta que abraza naturalmente la razon, de que la presuncion cede á la verdad: lo tercero, porque aunque sea cierto que el reo, como debe creerse, por lo que informa la filiacion, en el acto de

alistarse en el regimiento, declarase tener la edad de 17 años, prevenida por ordenanza, como lo sea igualmente que las leyes conceden á los menores el beneficio de la restitucion en todos aquellos actos en que les resulte perjuicio; parece que siendo de gravísima consideracion el que puede producirse al reo de su citada declaracion, debe esta contemplarse de ningun valor ni efecto, y de consiguiente, que debe haber lugar á la prueba de la menor edad, particularmente suponiéndose como verdadera decision que se refiere por el defensor en el circunstanciado caso ocurrido en el campo de Gibraltar en el tiempo del bloqueo de aquella plaza con otro soldado menor de 17 años, al que no solo no se condenó á muerte, como correspondia á su delito de desercion en tiempo de guerra, sino que se mandó poner en plena libertad, que á esto equiva el despedirlo del servicio.

No puedo dejar de confesar que todas estas razones hacen fuerza como deducidas de principios legales; pero á mi juicio se le hacen mayor las que milita por la parte contraria. Es una que la ley general, como dirigida á la utilidad pública, debe observarse sin embargo de que accidentalmente puede originar cualquier perjuicio á alguno de los individuos, para quienes se promulga, porque á la utilidad pública debe ceder toda conveniencia privada; y así comprendo que la ley de la ordenanza que dispone, que enterado el recluta de la obligacion que contrae, y de las penas á que se sujeta, no debe admitirse escepcion alguna sobre el contenido de su filiacion, que él mismo debe firmar, en la que se hace mencion específica, «de quedar advertido de ser su propia justificacion, que es acto que servirá de prueba contra él, y que no podrá alegar disculpa alguna.» Otra, que de admitirse pruebas contrarias á lo que resulta del solemne documento de la filiacion del soldado, seria trastornar en el ejército la administracion de justicia, abrir franca puerta á la vacilacion de reos y defensores, dilatar la decision de las causas, dar ocasion á que por efecto de una piedad indiscreta se fabricasen documentos falsos; y finalmente, imponer á los regimientos un gravámen pesadísimo; pues las mas de las veces para la comprobacion de las fées de bautismo, tendrian que hacerlo por sí mismos, ya porque no se viciase la verdad, y ya porque los defensores en el caso de no poder comprobar el intento las mas veces, no llegarían á presentar documento que no apadrinase la vida del reo; además de que en otras muchas jamás llegaría á comprobarse la verdad, como se deja reconocer en aquellos casos en que el recluta maliciosamente oculta su verdadera patria: sin que obste la mencionada decision sobre la desercion de Simon N., ocurrida en el tiempo del bloqueo de la plaza de Gibraltar; ya porque los casos de distinta naturaleza, pues el uno es puramente militar, y el otro correspondiente á delitos comunes, y de los prohibidos por los derechos natural y divino; ya porque dicho desertor seria uno de los que sirven en la clase de tolerados, que por no llegar á la edad prescrita por ordenanza, y no ser verdaderos soldados, no estan sujetos á sus penas, lo que me lo hacen persuadir así las poderosas razones significadas, y haber llegado á entender, que en otro caso semejante ocurrido en el mismo campo de Gibraltar, el supremo Consejo de Guerra desaprobó la condescendencia del ordinario del cuerpo de que era el reo maliciosamente la menor edad cuando se le sentó su plaza (pues el faltar á la verdad jamas puede hacerse sin

malicia) parece que las leyes no deben dispensarle su proteccion, pues segun regla de derecho, en vano implora su favor el transgresor de las mismas. Otra finalmente (y es la que encuentro mas poderosa), que en un delito tan atroz como el que resulta del proceso, aun prescindiendo de todo lo referido, y verificada la menor del reo en los mismos concluyentes términos, le contemplo acreedor á la pena de muerte impuesta por el consejo pues aunque es cierto, que por la ley 8, tit 13 partida 7, se fija la edad de diez y siete años para la declaracion de la pena ordinaria del delito, y parece que por su disposicion se impone á los jueces la necesidad de mitigarla, cuando no ha llegado el reo á cumplir esta edad, como opina el señor Matheu *de re criminali* en la controversia 41, núm. 49, venerando como venero la doctrina de un escritor tan sabio y respetable, contemplo que no se debe juzgar en todo caso por el contesto material de la letra de dicha ley. Lo primero, porque esta no se halla concebida en términos puramente negativos; esto es, prohibiendo se ejecute lo contrario á lo que dispone: y cuando las leyes se conciben en esta conformidad, segun el unánime sentir de los teólogos no ligan en todo caso aun en el fuero interior de la conciencia. Lo segundo, porque la mencionada ley, además de no hallarse concebida en términos negativos, está fundada en la presuncion de que en menores de diez y siete años no se encuentra toda aquella malicia que en los que llegan ó esceden de esta edad, pues de contemplar á unos y á otros, igualmente sería una necesidad, y notoria falta de justicia variar la disposicion. Lo tercero, porque si para contraer matrimonio la malicia suple la edad prefijada por disposicion canónica ¿qué razon puede haber para que no se siga esta regla en el castigo de los delitos, cuando es mas urgente la causa, y bien frecuente espermentarse, que reos de menor edad esceden en malicia á los mayores? En el caso mismo que refiere el señor Matheu en la citada controversia se reconoce esto propio, pues el sujeto que se menciona en ella cuatro veces, antes de cumplir la edad de diez y siete años habia ya sido procesado por distintos robos, siendo digno de notar, que á los doce, que fué la primera vez que compareció en juicio fué acusado de otros muchos, *de pluribus furtis*.? Pues qué razon puede haber para mantener estas fieras en el seno de la sociedad, cuando su conservacion es principal objeto de las leyes penales? ¿Y cómo el que por sus graves escesos se hace acreedor á una muerte eterna, no lo ha de ser á la temporal que deja la república en sosiego, y que tal vez le asegura su salvacion? No creo que V. E. atribuya este modo de pensar á dureza de corazon; pues seguramente habrá reconocido en los muchos dictámenes que le he dado, que antes bien declino hácia la compasion, que efectivamente se estiende hasta los brutos, pues no puedo sufrir sin amargura se les castigue, ni aun mortifique fuera de lo que permite la razon; pero como conozco que la injusta piedad que se ejercita con un flagicioso, redundará en grave detrimento de otros muchos inocentes; de aquí nace, que cuando concibo, ó prudentemente recelo por la calidad de los hechos este desorden uno á la compasion la severidad, porque esto exigen el buen orden de justicia; por estos mismos principios han declamado modernamente dos escritores sabios de primer orden, el uno el eminentísimo cardenal de Luca en el tratado *de conflictu leg. et rat.* Observacion 11, y en el suplemento á la misma observacion bajo el epigrafe, *an et quando minori temperanda sit*

pena perpetrati criminis, ú el maestro Feijóo en el tomo VI, discurso I, paradoxa tercera, y particularmente en la quinta, cuyo argumento es: *la edad corta es favorecida de los jueces en las causas criminales de lo que debiera ser.*

Por lo que respecta á la tercera duda sobre si de los autos aparece prueba legal del homicidio, es cierto, que si se atiende á lo que dicen la mayor parte de los escritores criminalistas, es preciso confesar, que no la hay; pero como en muchos de ellos se reconoce copiaron sin examinar radicalmente la verdad, y que los mas opinaron, segun el tenor de las reglas comunes, no descendiendo á casos particulares, y por la de derecho, de ser mejor dejar impune al reo, que castigar al inocente, no debe embarazarnos tan respetable autoridad para que espongamos nuestro sentir.

Es constante segun todo derecho haber cuatro especies de prueba, una de testigos, otra instrumental, otra de indicios, y otra de argumentos convenientes deducidos de las leyes y razon. Es tambien constante, que segun la naturaleza del crimen, hora, tiempo y lugar en que se ejecutó, deben admitirse las pruebas, pues es claro que en aquellos crímenes que se perpetraron en plena luz, y á presencia de diversas personas no deben admitirse indicios, ni argumentos para la prueba: é igualmente por el contrario en los ejecutados de noche, en sitio retirado, ó en el campo, en los cuales solo por accidente podian presenciarnos algunas personas: el pretender escluir los vehementes indicios y convincentes argumentos es querer que los mas de los delitos queden impunes: que la sociedad viva en zozobra, y espuesta á los insultos de hombres malvados que siempre buscan la ocasion del descuido, y que sus insultos no los registren los ojos.

Esto supuesto parece no haber duda razonable de que el reo Pedro José N. es el actor del homicidio del infeliz Juan D'ennocents. Lo primero, porque desde luego se creyó asi, y en ningun otro ha recaido la mas minima sospecha. Lo segundo, porque el homicidio espresado, segun lo que de autos resulta, fue ejecutado en el campo, retirado del camino, en lugar oculto, segun se demuestra por el sitio en que se encontró al referido D'ennocents entre las agonías de la muerte, y en hora en que muy rara persona se encuentra por el campo, pues segun lo que informa la causa fue desde las diez y media del dia 10 de junio hasta la una y media poco mas ó menos. Lo tercero, porque preguntado el reo en qué se habia ocupado desde la mencionada hora hasta la de las dos, respondió haber estado divirtiéndose en el patio del cuartel, y frente de los pabellones con diferentes soldados del regimiento; y examinados, ratificados y careados estos, se comprobó ser falso en los términos mas convincentes; pero lo que da mas valor á este eficaz indicio, es el haber pretendido el reo sostener su falsedad aun en los careos, cuando reconveniéndosele en la confesion por el ayudante que ha instruido el proceso, sobre que no podia negar haberle encontrado dos soldados de su compañía en el camino del Molino (sitio inmediato en que se hizo el homicidio á la una y media poco mas ó menos) contestó por verdad, dando por disculpa no haberse acordado. Lo cuarto, porque segun refiere en su declaracion Antonio Duipis, que se hallaba de cuartelero en el cuarto del enunciado reo á las dos de la misma tarde del dia en que acaeció el homicidio, le vió entrar en él muy sudado, y en el instante mudarse la camisa, poniendo en la mochila la que se quitó, y despues haberse puesto á lavar la chupa y chaleco con que iba vestido; y habiéndosele reconvenido despues estrajudicialmente

sobre la sangre de la camisa, chaleco y medias, respondió ser manchas de cerezas; pero despues en la confesion, apurado sobre este particular por el ayudante, reconociendo sin duda no podia sostener este empeño, respondió últimamente, que se ratificaba en que las manchas del chaleco y medias eran de cerezas; pero que las de la camisa eran de sangre que le habia salido de las narices, cuya confesion dió sin duda en estos términos, tal vez noticioso de que por el cirujano, solo se habian reconocido las manchas de sangre de la camisa por no habersele manifestado las demas prendas, en lo que se advierte su grande precaucion y malicia. Lo quinto, porque cuando ya el reo se retiraba hácia el cuartel á la una y media del mismo dia, advirtiéndose se acercaban á él los soldados Nicolás Colombier y José Cuilli, se echó en tierra boca abajo, á lo que naturalmente se infiere, para que no le reconociesen la sangre que llevaba en chupa, chaleco, camisa y medias, como sospecharon los mismos soldados despues que fue notorio el homicidio, cuyo hecho legalmente comprobado ha negado el reo para dar mas valor á la sospecha. Lo sexto, haberse comprobado con cuanta certeza parece cabe en lo humano, haber vendido en la misma tarde que se ejecutó el homicidio el juego de hebillas de plata del uso del difunto D'ennocents, pues la Providencia divina, interesada en la conservacion del hombre, y que abomina el doloso y sanguinario, parece que dispuso no solo la venta de las hebillas aquella misma tarde, sino que se dirigiese el reo á la tienda de platero en que hubiese dos maestros, para que este sustancialísimo hecho se justificase con la mas invencible prueba; pues dichos dos maestros plateros en dos distintos dias, separadamente uno de otro, y puestos en dos filas los dos batallones que se hallan en Reus, le reconocieron sin perplejidad alguna, lo declararon asi, se ratificaron en lo mismo, lo sostuvieron en la confrontacion con el reo, y junto el consejo para juzgar esta causa, volvieron á ratificarlo, á lo que se añade para la mayor evidencia, habersele encontrado al reo cuando se le registró la misma cantidad de dinero, y en la misma especie que los plateros declararon haberle dado por el juego de hebillas, cuyos hechos comprobados con la mayor moral certeza, ha pretendido oscurecer el reo con su negativa, para poner mas en claro su malicia. Unese á esto, para la plena comprobacion del cuerpo del delito del robo del de las hebillas, el que el alférez D. Francisco Fabre, sargento de la compañía del difunto, y Santiago Ravario, soldado de la propia, examinados en el proceso sobre la identidad de las hebillas, la contestan con tanta individualizacion y formalidad, como pudiera hacerlo si viviese el mismo dueño; pues el uno despues de haberlas reconocido por propias del difunto, declara el origen ó título de la propiedad; y el otro sin haberlas reconocido, manifestó hallarse soldada una de las charreteras, lo que asi se comprobó; de todo lo cual resulta (á lo que comprendo) legal prueba de haber sido el mencionado reo actor del homicidio; pero cuando para la comprobacion de este crimen no bastase, no parece haya arbitrio para dudar serlo del robo con violencia: ya porque como queda espresado en ninguna otra persona ha recaido la mas minima sospecha, ya porque este por su naturaleza es de prueba privilegiada, pues siempre se ejecuta cuando se contempla los actores sin testigos (y esta es la razon, porque jamás faltaría en la república semejante peste, por mas que se estiendá la severidad de las leyes): ya por haberse ejecutado en el campo, y á hora en que las gentes le frecuentan poco, lo que por dos

respectos hacen tambien privilegiada la prueba; ya por hallarse plenamente justificado el cuerpo del delito del robo en el perfecto reconocimiento de las prendas robadas, y haber estado éstas en poder del reo, sin que haya dado otra razon de éste hecho que su negativa; siendo asi que no puede haber cosa mas sencilla que el manifestar de dónde las habia adquirido, y mas viendo manchada su fama, y con el temor natural de perder la vida, y ya finalmente en que el cuerpo del delito, perteneciendo á la violencia, se halla evidentemente demostrado en las mortales heridas que se reconocieron en el infeliz D'ennocents, en la propia sangre de que se hallaba cubierto, y en la chupa, chaleco, camisa y medias de que se encontró manchada la del reo.

No obsta á lo que llevamos persuadido los principios legales de que en lo dudoso, debe preferirse lo mas benigno: que en caso de duda debe favorecerse al reo, que es mejor dejar á este impune que castigar al inocente; pues todos estos y otros legales axiomas deben únicamente tener lugar cuando la duda es prudente, razonable y propiamente tal; pero no cuando es de las innumerables que fabrica la fantasia en el desordenado taller de la ignorancia y del escrúpulo: en este sentido es como todos los teólogos y juristas sensatos han entendido hasta ahora estas reglas del derecho, y en esta inteligencia yo tambien las tengo por verdaderas.

No obsta tampoco la sentencia comun de que por indicios no se debe quitar la vida á reo alguno, pues hablando generalmente, yo tambien suscribo á ella; pero no cuando el delito, segun derecho, es de privilegiada (como es el presente y queda espuesto) y cuando los indicios son tan urgentes y eficaces: pues en semejantes casos algunas veces aun deben preferirse á la de testigos, como lo persuade la razon y lo vemos comprobado en dos que nos refiere la Escritura Sagrada. El uno es el del libro primero de los Reyes, cap. 24, en el que se espresa, que huyendo David del odio injusto de Saul, habiendo este salido en su busca con tres mil soldados escogidos, yendo ya de camino le dió gana de purgar el vientre, entrando á este fin en una cueva espaciosa de Engaddi, en donde David se hallaba oculto, se acercó á él con silencio, y le cortó un pedazo de manto real, y saliendo de ella Saul, salió David tras él, y para prueba de su fidelidad y que no habia querido darle muerte, se lo manifestó; entonces Saul, reconociendo por este eficaz indicio su lealtad, bañado en lágrimas le dijo: *justior es tu quam ego, tu tribuisti mihi bona, ego autem reddidi tibi mala*. El otro es el de aquella célebre controversia de las mugeres sobre la propiedad del niño, en la que por solo el indicio del amor, la decidió el sapientísimo rey Salomon; y no porque á la fantasia de algun escrupuloso no pudiese ocurrirle la duda de que el no consentir la una de las mugeres en que se dividiese el infante, podia originarse de la natural ternura del sexo, y el asentir la otra á esta inhumanidad, de la obstinacion por mantener el empeño; pues aunque esto pudiera ser asi, en los juicios debe abrazarse lo mas verosímil.

SECCION XVI.

FORMALIDADES QUE SE PRACTICAN DESPUES DE CONCLUIDO EL PROCESO.

FORMACION Y CELEBRACION DEL CONSEJO DE GUERRA.

§ I.

Del presidente del consejo.

315. Luego que el proceso se halla en el estado que dejamos espuesto en las secciones anteriores, debe de procederse á la celebracion del consejo de guerra. Para ello, el juez fiscal da cuenta al coronel ó comandante de su regimiento, y el dia antes de celebrarse, irá á pedir permiso para formarle al capitán general de la provincia en su caso, si se presentó á él el memorial, ó al gobernador ó comandante de la plaza ó cuartel, que debe presidirle, teniéndolo en su casa, á no ser que por enfermedad, ausencia, ocupacion incompatible en el servicio ó cualquier otro motivo no pudiese presidir el consejo, en cuyo caso puede nombrar para que le presida al gefe inmediato de la plaza, segun se resolvió por real orden de 9 de marzo de 1773, disponiendo, que este gefe inmediato habia de ser el teniente rey, y por su ausencia ó enfermedad, habia de recaer esta facultad en los gefes de los cuerpos de la guarnicion, como se declaró por real orden de 10 de julio de 1787, sin que en estos casos debiesen presidir los consejos los oficiales generales que tuviesen destino en la plaza ó cuartel, como se declaró por la real orden de 28 de abril de 1791. V. el artículo 27, tit. 5, trat. 8 ord. mil.

Mas posteriormente, por reales órdenes de 22 de octubre y 8 de diciembre de 1816, se dispuso, que el mando de una plaza en ausencia ó vacante de su gobernador, habia de recaer en el gefe mas graduado y antiguo que estuviese en ella, por cuyas reales disposiciones quedaron derogados el art. 3, trat. 6, tit. 2; y el 5 del mismo tratado, tit. 13 de la ordenanza, que conferian dicho interino mando á los tenientes de rey, cuya clase fue suprimida por real orden de 13 de setiembre de 1842, sustituyéndola en sus funciones los sargentos mayores. Por real orden de 30 de mayo de 1849, se declaró tambien, que no pudiendo recaer el mando de una plaza en el sargento mayor de la misma, mientras hubiere en ella algun gefe mas graduado ó mas antiguo, corresponde á este por ausencia ó vacante del gobernador la presidencia de dichos consejos de guerra, como atribucion aneja al que tuviere el mando de la plaza: Coleccion legislativa, t. 44. Tampoco pueden presidirlo el fiscal de la causa ni los vocales del consejo: reales órdenes de 21 de diciembre de 1840 y 10 de noviembre de

1844. En campaña se obtiene la v^{en}ia del general en jefe, ó del que mande el campo donde se halle el regimiento, el cual no puede rehusar la presidencia, teniéndose entonces el consejo en la tienda del coronel ó comandante del cuerpo.

Luego que el juez fiscal ó ayudante tenga el permiso, avisa por medio de un oficio á los capitanes nombrados para el consejo, de cuyo servicio se lleva escala en algunos cuerpos, y en otros los nombra el coronel ó comandante. En dicho oficio se espresará la hora en que ha de decirse la misa del Espíritu-Santo, que han de oír juntos todos los vocales y el parage donde ha de celebrarse el consejo.

II.

Circunstancias que han de concurrir en la eleccion de los vocales del consejo.

316. El número de jueces para componer el consejo de guerra ha de ser impar y á lo menos de siete, segun dispone la ordenanza del ejército, trat. 8, tit. 5, art. 30, y nunca ha de nombrarse capitán ó subalterno de cuya compañía fuere el reo; ni vocal, cuyo hijo sea defensor, segun real órden de 24 de enero de 1769 que se espidió á consulta del Supremo consejo de guerra al ejército de España, y á los vireyes y gobernadores de Indias por la via reservada de este ministerio en 5 de mayo de 1788; estendiéndose esta prohibicion á la calidad de suegro y yerno para concurrir ambos á un mismo consejo, como así está prevenido por real resolucion de 17 de noviembre de 96. Posteriormente por real órden de 30 de agosto de 89, declaró S. M. que tampoco deben asistir de vocales á un consejo dos hermanos; y si alguno de ellos es el juez fiscal ó ayudante que ha formado el proceso, no concurra al consejo el hermano capitán.

Tampoco puede ser vocal toda autoridad interesada personalmente en el resultado de la causa: real órden de 10 de noviembre de 1844.

Cuando el delito fuere por infraccion de las órdenes de plaza, ó contra la tranquilidad, seguridad y servicio de ella (en cuyo caso corresponde á su gobernador, ó comandante la administracion de su reservada pronta justicia), hará juntar el consejo de guerra compuesto de trece ó quince capitanes (mas ó menos, y siempre número impar) de todos los regimientos de la guarnicion, de modo que nunca bajen de siete los jueces que hayan de votar: art. 31, tit. 5, trat. 8, ord. mil.

317. El proceso en este caso ha de formarle y poner su conclusion el fiscal que eligiere el gobernador entre los cuerpos de la guarnicion, y cuando los regimientos que sirvan en ella no tengan número competente de las clases de capitanes vivos, reformados y graduados, se nombrarán los que falten de los agregados de este carácter al estado mayor de la plaza; y en su defecto el gobernador de ella escribirá al que lo fuera de la mas inmediata, para que le envíe el número de capitanes que necesite, hasta completar el suficiente para el juicio de la causa, pues no ha de en-

trar en el consejo oficial subalterno, sino en el caso de no haber capitanes bastantes en el parage en que se celebrare, ó á la distancia de ocho leguas, observando lo mismo en los cuarteles los comandantes de ellos, si (por no tener bastantes capitanes) fuere preciso completar con los de otros cuerpos el número de jueces: art. 32. Véase el núm. 318.

Por real órden de 5 de julio de 1852 se ha dispuesto, que los capitanes de reserva con medio sueldo deben concurrir á los consejos de guerra para que por no haber efectivos ni graduados sean nombrados, siempre que el pueblo de su domicilio se halle dentro del rádio de los ocho leguas y no haya tampoco capitanes de la misma reserva, con goce de sueldo entero en la situacion de provincia.

318. Siempre que hubiere un criminal de infanteria á quien se haya de poner en consejo de guerra, y faltare en la guarnicion y destinos inmediatos el número necesario de capitanes de infanteria para formarle, concurrirán los de caballeria ó dragones que se nombraren para completar el consejo, y sin distincion de cuerpos tomarán interpolados los oficiales de infanteria, caballeria y dragones, el lugar que por antigüedad de capitanes les tocare, aunque tengan grado superior, llevando cada uno su patente ó justificacion de su data, para que examinándolas gradúe la colocacion de los asientos el presidente; y este deberá serlo siempre oficial del cuerpo general de infanteria, caballeria ó dragones de que sea el reo: art. 33. Véase lo que mas adelante se dice sobre esto en el § 320 y siguientes.

319. Si el criminal fuere de caballeria y no hubiere suficientes capitanes de esta clase ni de la de dragones montados, se nombrarán para jueces capitanes de infanteria, como espresa el antecedente artículo para iguales casos en el juicio de un reo de infanteria: art. 34.

En los juicios de un reo dragon se seguirá la misma regla, con la diferencia de que estando montados, han de completar la falta de jueces de su cuerpo con capitanes de caballeria, y desmontados con los de infanteria, debiendo esta tambien (en igual caso de completar la falta de sus jueces) llamar antes que á los de caballeria, á los capitanes de dragones, cuyos cuerpos sirvan como infantes: art. 35.

Por real órden de 17 de noviembre de 1796, se ha dispuesto, que faltando capitanes de infanteria, caballeria y dragones, se llame al consejo á los que fueren necesarios de los cuerpos de artilleria é ingenieros que hubiese en la guarnicion.

Por real órden de 14 de julio de 1840 se dispuso, con motivo de consulta, de si existiendo capitanes de batallones francos podria ó deberia nombrarse para los consejos de guerra ordinarios á los de artilleria é ingenieros, que estando prevenido por las reales órdenes de 22 de noviembre de 1796 y 14 de abril de 1839, que los capitanes de artilleria é ingenieros deben concurrir de vocales á los consejos de guerra ordinarios, en falta de los de infanteria y dragones antes de los reformados, agregados y graduados, cuyas últimas consideraciones, ni aun obtienen los de cuerpos francos, si no se les ha espedido real despacho, puede citarse á capitanes de artilleria por no existir los necesarios de infanteria y caballeria, sin que obste la circunstancia de que los de cuerpos francos concurran á la celebracion del consejo cuando son juzgados individuos de los mismos, porque esta es una medida especial conforme con la institucion de tales tribunales, sin que por esto se dé á dichos capitanes la misma facultad para todos los consejos.

Asimismo, por real orden de 17 de marzo de 1853, se ha dispuesto, en vista de que siempre han sido negadas las reclamaciones de los cuerpos de artillería é ingenieros para que los generales, gefes y oficiales de los mismos fuesen exceptuados del servicio de presidentes vocales, fiscales y secretarios de comisiones militares y demas correspondiente al ramo de justicia militar, que los citados cuerpos no gocen esta exención ni privilegio alguno, pues no es conveniente se les conceda para dejar de ejercer los cargos que se les designen en la administracion de justicia militar, y que se puede nombrar vocales del Consejo de Guerra de oficiales generales á los de artillería, sin que rija en esto la real orden de 22 de agosto de 1846, que dispone, que los capitanes generales de los distritos, en todo lo correspondiente á los cuerpos de artillería é ingenieros, se entiendan directamente con los directores y subinspectores de los mismos.

A continuacion de la conclusion fiscal se ha de poner la diligencia de haber avisado á los capitanes para celebrarse el consejo.

§ III.

Preferencia de los vocales entre sí.

320. Cuando los capitanes hubiesen llegado al parage donde ha de celebrarse el consejo, tomará su lugar el presidente, y sucesivamente todos los jueces por su antigüedad de capitanes, empezando desde la derecha, figurando círculo, de modo que el mas moderno se halle á la izquierda del que preside, quien tendrá delante de sí una mesa con recado de escribir, las reales ordenanzas, y ademas todas las órdenes posteriores que pueden hacer al caso: art. 36, tit. 3, trat. 8, ord. mil.

321. La preferencia de los vocales entre sí, ha de graduarse por antigüedad de capitanes, aunque tengan grado superior, como se previene en el art. 33, tit. 3, trat. 8 de la ordenanza del ejército. La antigüedad ha de calcularse por los despachos reales que tengan y no por los de los capitanes generales ó generales en gefe, autorizados para otorgar tales gracias: reales órdenes de 23 de diciembre de 1773, y de 14 de abril de 1839. Goza pues preferencia el que tiene empleo efectivo en propiedad sobre el que solo es graduado, aunque sea mas antiguo que aquel; debiendo tener presente, que la circunstancia de estar un oficial en la clase de ilimitado no le separa de la clase de vivo en el ejército, y debe ocupar como tal el lugar que le corresponde segun su antigüedad: reales órdenes de 21 de mayo de 1831, y de 4 de mayo de 1834.

322. Respecto de la preferencia que deben tener los capitanes de los cuerpos de artillería é ingenieros cuando concurran á los consejos de guerra, se dió en 27 de abril de 1804 la real orden siguiente: «Enterado el rey de la duda ocurrida en Lima sobre preferencia de asiento en un consejo de guerra ordinario entre el capitán primero del real cuerpo de ingenieros don Manuel de Leon y el de la misma clase del real cuerpo de

artillería don Antonio Bracho, que determinó en el acto del consejo el presidente, arreglando la antigüedad que correspondia á ambos oficiales por las fechas de los últimos despachos, que estos obtuvieron de capitanes primeros; se ha servido S. M. declarar, que atendiendo á que la expedicion de nuevos despachos de capitanes primeros en los dos cuerpos fue solo para formar las clases de primeros y segundos, segun la nueva constitucion de éstos, no hay razon para que los que ya eran capitanes efectivos pierdan la antigüedad en que estaban en posesion, y cuyo carácter era el mismo, aunque despues se les diesen despachos de primeros, á mas de que alternando los capitanes primeros de artillería é ingenieros por antigüedad de despachos con los de infantería, que no tienen aquella denominacion, podria alguno de estos tener mas antigüedad que la del capitán primero de ingenieros, y menos que la del capitán de artillería del antiguo pie, resultando de consiguiente una implicacion que no seria posible conciliar en la alteracion del servicio; y asi la antigüedad de la primera patente de capitán de artillería que presentó Bracho, debió haber servido para la preferencia de antigüedad, siendo tan claras estas reflexiones, que no debieron haberse ofrecido dudas al presidente del consejo de guerra, ni al virey para decidir la cuestion.»

Por real orden de 27 de noviembre de 1796, se declaró, que los capitanes de artillería é ingenieros deben concurrir á los consejos de los cuerpos del ejército en falta de capitanes de infantería, caballería y dragones antes de los reformados, agregados y graduados.

Ultimamente, por real orden de 14 de julio de 1840, se ha dispuesto, que toda vez que la ordenanza general del ejército en el art. 33, tit. 3, tratado 8, tiene claro y distintamente determinado el orden en que han de colocarse los capitanes vocales de los consejos ordinarios sin distincion de cuerpos é armas, es voluntad de S. M. que se observe estrictamente dicho artículo, sean de infantería, artillería ó ingenieros los capitanes que compongan los mismos consejos, ocupando cada uno el lugar que por su empleo efectivo le corresponda, de cuyo modo ni podrá dudarse que los capitanes de artillería é ingenieros que sean gefes del ejército se hallan exentos de este servicio, ni el lugar que deben ocupar cuando sean tambien capitanes de infantería por méritos de guerra con fecha anterior á la que obtengan en las escalas de sus respectivos cuerpos, pero que esta circunstancia solo se tendrá presente para el régimen especial de cada uno.

En real orden de 29 de noviembre de 1789, se mandó, que en los consejos de guerra de oficiales generales tomen su asiento despues de los brigadieres, los coroneles vivos y efectivos de infantería, caballería, dragones, artillería é ingenieros que concurran como coroneles, sin otro respeto que el de su graduacion, prefiriéndose entre sí por su antigüedad, y que inmediatos á estos lo ejecuten los agregados á regimientos que gocen el carácter de actual servicio, y seguidamente los agregados á plazas, y dispersos nombrados para dicho acto. Y aunque esta real resolucion se limita solo para los consejos de guerra de oficiales generales, se sirvió S. M. declarar por otra de 30 de julio de 1793, que debia arreglarse su contenido en toda junta, congreso ó consejo de guerra ordinario de los demas oficiales, en que debian preferirse los agregados á cuerpo á los de plaza, por concurrir las mismas razones en uno y otro caso, cuya real orden se espidió con motivo de disputa ocurrida en la plaza de Tarragona en un consejo celebrado