

por el batallon de voluntarios de este nombre, á que asistieron para completar el número de vocales un capitán agregado á la misma plaza, y otro del real cuerpo de artillería que disputaron sus asientos.

323. Cuando en los consejos concurren oficiales de marina, por no haber suficiente número de capitanes del ejército, ó al contrario asistan estos á los consejos de marina, se arreglará la precedencia de los vocales en los consejos del ejército por las ordenanzas y órdenes posteriores que rigen en él, y en los de marina por las ordenanzas de la armada, como el rey lo declaró por real orden de 10 de diciembre de 1800.

§ IV.

Modo de celebrarse el consejo.

324. Sentados ya por este orden los jueces, se pondrán sus sombreros; y los demas oficiales y cadetes que entraren en la sala, habrán de estar en pie, descubiertos, y escuchando con quietud y silencio para instruirse; pero solo podrán mantenerse allí hasta el caso preciso de votarse la causa, pues entonces deben retirarse todos menos los jueces; en inteligencia que ha de darse por orden que asistan á ver la celebracion del consejo todos los oficiales, que aquel dia no estén empleados de servicio: art. 37, tit. 5, tratado 8, ord. mil.

El fiscal presentará en el consejo los instrumentos que hayan servido para la justificacion del cuerpo del delito en la causa, como en las de homicidio, el cuchillo, puñal ó navaja con que se ejecutó la muerte, la ropa del difunto llena de sangre sin lavarla, y en las de robo, las llaves ganzáas ó escoplos, etc. para que los vocales con la vista de ellos se enteren mejor de los incidentes del proceso.

El que presidiere dará razon por qué se tiene el consejo de guerra en términos sucintos de este ó semejante modo. «Señores: el soldado Juan de Medina de la sexta compañía del primer batallon de tal regimiento, es acusado de haber herido alevosamente al soldado de la misma Isidro Paredes la noche del tantos, de que le resultó la muerte; por cuyo delito con arreglo á ordenanza se le ha formado el correspondiente proceso que ha de juzgarse en este consejo de guerra. V. SS. con su notorio celo sabrán desempeñar la confianza que S. M. deposita en los vocales de un consejo; y con presencia de lo que nos encarga en sus reales ordenanzas pesarán las circunstancias de la causa con aquel pulso é inteligencia que tienen tan acreditado en su real ser vicio.»

El fiscal ó ayudante traerá el proceso, se sentará á la izquierda del presidente, y á un lado de la mesa, se cubrirá, y luego leerá el memorial, filiacion, informaciones, ratificacion y careo de los testigos, y despues su conclusion y dictámen: art. 38 y 39, título citado de la ordenanza. Solo se descubrirá y pondrá en pie al invocar el nombre de la reina y pedir la pena correspondiente al delito conocido en la causa: real orden de 8 de mayo de 1850: y el ayudante leerá en él su alegato de defensa. El de-

ensor debe tambien comparecer en el consejo. La ordenanza en su art. 39 título citado previene, que el fiscal lea el alegato de defensa, pero la práctica ha establecido que esto lo haga el defensor, porque llevándolo tan sabido y repasado, es consiguiente le dé al leerlo mas espresion que cualquiera otro, que por ser la primera vez que lo ve, ó por tener el escrito mala letra ó defectuosa puntuacion, no puede darle la verdadera fuerza; y esta práctica que no tiene inconveniente ni perjuicio en seguirse, no solo cede en beneficio de los pobres reos, cuya defensa suele muchas veces consistir en el sentido con que se lee una cláusula, y el modo con que se llama con ella la atencion de los vocales, sino que es conforme á lo que la ordenanza previene al defensor en el consejo de generales de que lea por sí la defensa.

325. A la parte de afuera de la sala estarán prontos los testigos deponentes en la causa para comparecer en el consejo, siempre que se ofreciere duda en él, y pareciere conveniente hacer alguna pregunta que conduzca á disolverla; art. 40, tit. 5, trat. 8, ord. mil.

326. Cuando todo esté leído, el presidente propondrá al consejo lo que juzgare en beneficio ó perjuicio del criminal, y cada uno por su orden, y sin confusion hará sus objeciones en pró y en contra para instruirse: artículo 41. Para cumplir con lo que la ordenanza encarga en este artículo, no solo tiene facultad cada vocal de hacer que el fiscal vuelva á leer alguna declaracion, si sobre ella hubiese duda, sino la de preguntarle para aclararla, y el fiscal tendrá obligacion de satisfacerle, como está asi declarado por real orden de 27 de mayo de 1788, por la cual desaprobó S. M. que el Presidente de un consejo de guerra hiciese callar al fiscal en ocasion de satisfacer á un vocal.

327. En este intermedio se hará venir de la prision al criminal en buena custodia, y concluida la conferencia, se le hará entrar por el fiscal y se le mandará sentar en medio de la junta en un banquillo sin respaldo, art. 42.

La ordenanza exigia que se tomase juramento al reo, pero en el dia no se le toma por las razones espuestas al tratar de la declaracion indagatoria. Pregúntale pues el presidente de qué crimen está acusado, si le ha cometido, qué razones le han podido inducir á ello; y qué es lo que tiene que decir para su descargo. Los capitanes que quisieren interrogarle para instruirse mas bien, lo harán cada uno de por sí, arreglándose á lo que conste de la causa con claridad y en breves términos; y cuando no haya mas que preguntar, se volverá á llamar al sargento, para que con la misma custodia le vuelva á la prision, y el presidente mandará que el concurso de los que no intervienen en la causa deje aquel sitio despejado: art. 43.

328. Habiendo salido el criminal, y quedado solos los que intervienen en la causa, propondrá el presidente (en cuanto á las razones del reo) lo que le pareciere que conduce á su cargo ó su descargo: cada uno de los jueces, si se le ofreciere que decir, hablará por su antigüedad, y concluida esta conferencia, pedirá á cada uno su voto el presidente.

329. Mientras se tiene esta conferencia, y á continuacion de la diligencia de que se ha avisado á los capitanes para el consejo, se estenderá; la de haberse hecho relacion en el mismo del proceso, y leído la defensa de que se han examinado los testigos que se han presentado por el reo, y oídose

sus descargos y se le ha vuelto á la prision, cuya diligencia suele omitirse en algunos procesos, y está mandado repetidamente por el señor Don Felipe V. se espese en las cabezas del consejo de guerra al votarse la causa, y últimamente volvió S. M. á prevenirlo al marqués de Risbourg, capitán general de Cataluña, en su real orden de 3 de noviembre de 1729, con motivo de varios defectos que se encontraron en un proceso, formado contra dos desertores del regimiento de infantería de Córdoba, encargando no dejara de estenderse esta diligencia.

330. Si el reo á las preguntas que se hagan en el consejo diese alguna respuesta en su descargo que, sin embargo de lo que queda justificado en la causa, merezca alguna atención, se estenderá en la diligencia antecedente y lo mismo convendrá se practique con las razones que el defensor alegue de palabra en el consejo, si son de alguna entidad, y con las preguntas que se hagan á los testigos, que segun queda dicho deben estar allí prontos, por si el consejo estimase por conveniente hacerles entrar: para que estendidas las preguntas y respuestas den mas conocimientos al capitán general, auditor ó al supremo Consejo de guerra, cuando vean el proceso, y en este caso se puede estender del modo que se dice en el formulario.

La defensa luego que esté leida se ha de coser al proceso, para que haga un cuerpo unido con él, y se coloca regularmente despues de la diligencia antecedente.

§ V.

Obligaciones de los vocales, y modo de votar y estender los votos.

331. De poco serviría, ni á la recta administracion de justicia, ni al alivio de los reos, que los jueces fiscales y ayudantes sepan formar con espedicion y rectitud los procesos, si los vocales que han de examinar luego, y votar esta misma causa, no tienen la instruccion necesaria para conocer sus defectos, y el género de prueba que produce contra el acusado.

332. Para imponer á un delincuente la pena de muerte, encarga la ordenanza á los jueces que tengan presente, que ha de haber concluyente prueba del crimen: y anteriormente tiene dicho, que el fundamento de las causas criminales es la justificacion del delito. ¿Cómo será posible que puedan desempeñar con acierto las estrechas obligaciones de este encargo, los que entren en el consejo sin saber cuando llama, y entjende el derecho probado plenamente un delito, y cuando se halla ó no justificado el cuerpo de él? Por esto parece forzoso que se impongan en estos precisos conocimientos, y con esta idea hemos explicado en la sección 15 el valor de las pruebas, y método que tiene cada delito de justificarse, porque de otro modo es fiar al acaso una materia tan delicada, en que no se trata nada menos que de la vida y honor de los infelices que tienen la flaqueza de delinquir, y nunca se desempeñará así la confianza que S. M. deposita en estos empleos.

333. Para cumplir con ella debe todo juez oír con suma atención el

proceso, llevando cuenta de los testigos presenciales que haya, ó del género de indicios que se presenten adversos ó favorables al reo, poniendo gran cuidado en el modo con que están estendidas las declaraciones, sin olvidar lo que así sobre estas, como sobre la confesion del criminal hemos dicho en las págs. 175 y 212: si tuviere alguna duda en estos puntos, debe registrar por sí el proceso, y esponerla en las dos conferencias que se tienen en el consejo que sirven de mucha instruccion.

334. El empeño de querer sacar los defensores á sus reos siempre inocentes, y no producirse en sus defensas con aquella buena fé que se requiere, suele ser muchas veces la causa de que algunos vocales no las atiendan, creyendo exageracion cuanto se alega en ellas; y este es un abuso tan perjudicial á los reos, que merece esponer todos los inconvenientes que de esto resultan, por la facilidad con que los oficiales jóvenes, que se ven por la primera vez de vocales en los consejos de guerra, pueden seguir estas máximas.

Las defensas de los reos son de derecho natural, y sería defectuoso y nulo cualquier juicio criminal en que no se admitieran: y si acaeciera en todos no ser atendidas por los jueces, era lo mismo para el efecto que prohibirlas. Por esto los vocales que desean el acierto, deben entrar en el consejo de guerra sin preocupacion adversa ni favorable al reo, sin atender las voces y opiniones de la causa, que comunmente se esparcen en los dias que se forma el proceso, que refieren el hecho y circunstancias del delito con equivocacion precisamente, por no haber visto la sumaria, por donde únicamente puede manifestarse lo que resulta contra el acusado, y es muy espuesto dar crédito á ellas: porque sucede muchas veces en una muerte, por ejemplo, que los mismos testigos examinados que han declarado ocultando la verdad por favorecer al reo, estra judicialmente entre sus compañeros refieren luego la realidad del hecho, en lo que acriminan: llegan estas sin mas exámen de unos á otros hasta á los oficiales que han de servir de vocales, y dando crédito á ellas, entran ya en el consejo con preocupacion contra el delincuente, teniéndole por un verdadero homicida, registran tumultuariamente el artículo de ordenanza que señala la pena á este delito, y se la aplican, sin haber visto el proceso, ni saber de qué modo se hallára comprobada esta muerte, pudiendo variar enteramente el concepto de la causa, ya en no estar justificado el cuerpo del delito, ya en el modo de examinar los testigos, y otras cosas que concurren en la formacion de las sumarias, y se han explicado en las secciones anteriores que deben tener muy presentes los vocales; y preocupados con esto no atienden las razones, que el procurador alega en favor de su reo, y privan á un infeliz de la defensa que le conceden el derecho natural y todas las ordenanzas y leyes, como parte integral de un juicio criminal. Por el contrario suele tambien suceder, que estas mismas voces esparcidas son favorables al reo, y llevados de ellas, forman algunos vocales el concepto de absolverle, é imponerle alguna pena estraordinaria, aun cuando merezca el delito la capital; y con estas ideas, y la comun opinion de que el fiscal siempre ha de acriminar hasta el extremo los delitos (de cuya preocupacion se ha tratado ya en la pág. 222 y siguientes), no hacen caso de su conclusion, y desprecian los motivos que hay para proceder contra el delincuente con todo rigor de ordenanza.

Este modo tan ligero de hacer concepto de las causas, antes de verlas,

produce gravísimos inconvenientes en la administracion de la justicia militar, porque tratándose en conversaciones particulares un asunto de tanta gravedad sin la instruccion y debido conocimiento, contribuye principalmente á que se enrede y ofusque la verdad. Las leyes para aplicar las penas establecidas, piden en la consumacion de los delitos la justificacion de ellos, con tal precision, que puede muy bien suceder, que á un verdadero homicida, á quien por descuido no se hubiese probado en la causa el cuerpo del delito, sin testigos presenciales ni indicios que le acriminen, le dan tal vez por libre, porque la sentencia ha de ceñirse precisamente á lo que conste probado en el proceso, y no á lo que estra judicialmente se sepa. En confirmacion de esta doctrina tan corriente, no podemos menos de recordar á los vocales de los consejos de guerra el hecho sucedido en el año de 1790. Tres soldados comelieron con uso de armas y violencia un robo en la ciudad de Barcelona, por cuyo delito impone la real orden de 31 de agosto de 1772, la pena de horca. Fueron puestos en consejo de guerra, y los tres defensores, antes de acabarse de sustanciar la causa, sin haberla visto, y en la firme inteligencia de que eran reos del último suplicio, acudieron al rey á solicitar el indulto de sus clientes; y S. M. conmutó la pena de muerte en la de diez años de presidio á Puerto-Rico por la real resolucion de 6 de febrero de 1799, que se circuló al ejército, pero habiendo visto el auditor por varias circunstancias que resultaban del proceso, que no eran reos de muerte, como equivocadamente se habia pensado, y que sentenciados por el consejo les correspondia menor pena que la de diez años de presidio, y que el real ánimo fue minorarla y no aumentarla, se dió cuenta al rey de este estraño caso, y S. M. mandó se celebrara el consejo de guerra, en el que fueron sentenciados á seis años de presidio, pena mas benigna que la impuesta por S. M., cuya sentencia tuvo la real aprobacion, todo lo que se originó de haber hecho juicio de este proceso por las voces estra judiciales que se esparcirian, sin aguardar á que se finalizara, ni cotejar las pruebas que en él resultaban.

Este ejemplar debe recordar á los jueces sus estrechas obligaciones, y que no es posible que cumpla con ellas el que oye estra judicialmente un delito, y sin mas exámen registra la ley y condena al reo, siendo una pura casualidad que de este modo se apliquen las penas legalmente, y con aquel pulso y reflexion que manda el rey en sus ordenanzas.

335. Con el mismo fin, y para el mayor alivio é instruccion de los jueces de un consejo, se especificarán á continuacion algunos puntos mandados observar por S. M. y su Supremo Consejo de Guerra antes y despues de la publicacion de las últimas ordenanzas del año de 1768, que deben tener muy presentes los vocales al votar una causa.

336. Para imponer á un reo la pena ordinaria no ha de servir de obstáculo el que alegue el no haber prestado el juramento de fidelidad á las banderas, segun lo resuelto por S. M. con fecha de 13 de noviembre de 1772, (que se comunicó á los dominios de Indias en 5 de mayo de 1788) con motivo de una duda ocurrida en un consejo de guerra, con tal que se justifique habersele advertido de las penas que señala la ordenanza.

237. Siempre que el delito merezca pena de presidio ú obras públicas, no puede nunca exceder de diez años, conforme la real pragmática del año de 1771, y lo mandado al ejército por real orden de 18 de febrero de 72,

y por el Supremo Consejo de Guerra en 23 de diciembre de 1777. Estas reales órdenes tienen sin embargo sus escepciones, como cuando se destinan á presidio á algunos delincuentes á voluntad del rey, ó á diez años y que cumplidos no pueda salir sin espresa licencia de S. M. Asi se previno por real orden de 22 de marzo de 1778, espedita por la via de guerra, y comunicada por la de marina al intendente de Cartagena. Tampoco tiene lugar cuando un reo, confinado ya á presidio por diez años, comete otro delito, pues entonces se le debe recargar por el tiempo que merezca, como está declarado por reales resoluciones de 20 de febrero de 1781, y 27 de febrero de 86, comunicada la primera por el Consejo de Guerra, y la segunda por la via reservada de Marina, por las cuales se declara, que las reales órdenes antecedentes que prefijan diez años de presidio por la mayor pena, se deben entender por una sola sentencia; pero no cuando cometan nuevo crimen, pues si hubiera incompatibilidad para castigarse este, se daría márgen á que los reos confinados por un delito cometiesen impunes otros mayores.

338. Ningun vocal puede señalar el presidio donde ha de cumplir el reo su condena, pues esto es privativo de la direccion de presidios, pero sí la clase de presidio en que debe sufrir el reo su condena.

339. Los matriculados sentenciados á presidio por marina, han de destinarse al del arsenal de la Carraca, mientras haya cabida para ellos, y cuando no, á los de Ceuta y Tarifa, como los reos militares: real orden de 27 de octubre de 1829.

340. En 2 de julio de 1845, se consultó al gobierno con motivo de haberse impuesto á un carabnero la pena de seis años de presidio en clase de soldado en el batallon fijo de Ceuta, sobre si á pesar de haberse fundado el consejo en la real orden de 19 de marzo de 1775, para pronunciar dicho fallo, podia este llevarse á efecto, por hallarse en oposicion con lo mandado en real orden de 12 de febrero de 1839, que dispuso que por ningun tribunal ni autoridad del reino se condenase al regimiento fijo de Ceuta reo alguno, cualquiera que fuera su delito; y enterada S. M. y teniendo presente la nueva organizacion que por decreto de 13 de junio de 1843, se dió al espresado batallon fijo, y que por real orden de 16 de febrero de 1845, se autorizó al inspector general de la guardia civil para destinar á dicho cuerpo los individuos de la misma guardia que por sus circunstancias no mereciesen continuar en ella, se declaró que dicho carabnero podia ingresar en el precitado batallon fijo: real orden de 2 de julio de 1845.

341. Por otra real orden de 7 de abril de 1842, se ha dispuesto, que tanto las autoridades civiles y militares del reino, como los tribunales cesen de aplicar á los dominios de Indias para servir en las dependencias militares de aquel ejército, á individuos de ninguna clase, ya sea en virtud de sentencia por delitos que hayan cometido, ó de providencias gubernativas, en la inteligencia de que si contra la espresion terminante de esta orden fuesen destinados algunos á los mencionados paises, ni serán admitidos ni satisfecho su tránsito por cuenta del presupuesto.

342. No se permite destinar ningun penado por delitos comunes al servicio de las armas, ni tampoco por circunstancias ni consideraciones de ninguna especie prestar servicios militares durante el tiempo de su condena, ni tampoco concede el gobierno en ningun caso á los reos des-

tinados á presidio que se les cuenten como años de pena los trascurridos en el servicio de las armas, porque la profesion militar recibe desdoro con el ingreso de los malhechores en las filas del soldado, y el mal ejemplo del crimen ataca la disciplina, y ademas no son castigo suficiente para los delitos comunes las fatigas de la milicia: real decreto de 23 de agosto de 1844. Sin embargo de estas disposiciones, el Código penal fija una escepcion á ellas en su artículo 107, respecto de los sentenciados á confinamiento mayor, disponiendo, que el gobierno pueda destinarlos al servicio militar, si fuesen solteros y no tuviesen medios con que subsistir, siendo ademas útiles por su edad, salud y buena conducta para el servicio. V. lo espuesto en el Febrero reformado; t. 5, pág. 136, y t. 6, página 527.

343. Conviene tambien tener presente la real orden de 30 de abril de 1852, por la cual, habiéndose consultado con motivo de haber sido aprehendido y deber ser juzgado por los delitos de desfalco y desercion un capitán de artillería que consiguiente á su desaparicion, fue dado de baja en el cuerpo y en el ejército por real orden de 6 de julio de 1850, ocurriendo de aqui la duda, de si deberia considerarse como tal capitán al mencionado, pues en virtud de la misma real orden habia quedado reducido á la clase de paisano; enterada S. M. resolvió, que dicho sugeto debia conservar el carácter que tenia al cometer los delitos de que habia sido acusado, pues bajo tal concepto se le habian de formar los cargos que le resultaban, y que debia por lo tanto ser alta en el cuerpo de artillería, pero en clase de encausado, y con la parte de sueldo que en tal situacion le correspondia; pues si bien la real orden por la que se le dá de baja á un oficial ausente envuelve la privacion de empleo y se procede á la provision de su destino, tal providencia debe considerarse interina en cuanto al empleo, y produce sus efectos, mientras que el mismo oficial permanece ausente á los llamamientos judiciales; pero aprehendido ó presentado que sea, deben guardarse todas las consideraciones debidas á su empleo conciliables con la situacion de encausado.

344. Cuando hubiere algun reo acusado del delito de incendiario, y por no haber pruebas suficientes contra él, no se le pueda imponer la pena ordinaria de ordenanza, y haya de señalársele alguna extraordinaria, no se impondrá á esta clase de reos la de arsenales, sino la de presidio cerrado con arreglo á una real orden de 19 de abril de 1775, que se circuló á los departamentos de marina por la via reservada de este ministerio, y se espidió á consulta del consejo de Castilla, y comunicó á todos los tribunales y justicias del reino.

345. No podrán los vocales destinar á ningun reo á los bajeles de la real armada, por tenerlo asi dispuesto el rey con fecha de 16 de enero de 1784 á escepcion de las galeras que resolvió S. M. restablecer por real orden comunicada al ejército en 19 de febrero de 1785, por la cual se mandó que volviendo á su fuerza y vigor la pena á ellas prescrita en las leyes, se impusiesen á los reos las que merecieran; y por real orden de 27 de enero de 1787 se mandó, que los confinados á la caja de Málaga por delitos graves se remitan á los destinos que prefijen sus condenas, y los de delitos leves, queden solo en la plaza y sus inmediaciones. Posteriormente á representacion del capitán general del departamento de marina de Cartagena, mandó el rey por resolucion de 21 de mayo de 1787, se aplicasen tambien á las

galeras aquellos reos condenados á las bombas, que por la supresion de este trabajo quedasen sin ocupacion: y que siendo estas penas de una propia naturaleza se aplicaran indistintamente, espresándose asi en sus condenas. Y últimamente, por real orden de 1.º de marzo de 1802, se previno por el ministerio de marina, que en tiempo de paz no se destinen los reos confinados al servicio de los bajeles, porque desarmados estos no hay aplicacion que darles.

346. Si algun reo alegase no tenia la edad competente cuando sentó plaza, si realmente lo justificase, seria esta circunstancia de alguna consideracion, y no podria condenársele con todo el rigor de ordenanza: asi lo resolvió el rey en un proceso militar hecho contra Francisco Real, soldado del regimiento de infantería de Zamora sobre desercion, de diez y seis años cuando sentó plaza; y por no tener la edad que prescribian entonces las reales ordenanzas, aunque era de buena disposicion y estatura, mandó S. M. se despidiese del servicio sin otra pena, á que procedió consulta del supremo Consejo de Guerra de 15 de marzo de 1729, y volvió á confirmarse en 23 de noviembre de 1780, en un proceso formado en el regimiento de reales guardias Walonas contra un desertor que justificó no tener la edad de ordenanza al tiempo de sentar plaza, en que se sirvió el rey aprobar la sentencia de los vocales, que le absolvieron y dieron por libre, mandando se le diera su licencia absoluta. En el año de 1786 se alegó tambien por un defensor del propio cuerpo de guardias Walonas, no tenia la edad prevenida en la ordenanza un soldado que cometió el delito de robo y muerte violenta, cuya duda con otras dos que se suscitaron en esta causa, espuso al rey el auditor de guerra de Cataluña D. Francisco Pascual Cler, sin embargo de que por la atrocidad del crimen y otras circunstancias, se conformó con la pena de horca y desuartizado, en que le condenó el consejo ordinario de oficiales: en cuyo dictámen se indicaron las razones alegadas en favor y en contra de esta escepcion de menor edad. Véase el núm. 313.

347. Si algun reo alegase no tener la talla prevenida en la ordenanza, cuando sentó plaza, para evadirse con este pretexto de la pena señalada á su delito, se tendrá presente una real resolucion en 8 de diciembre de 1767, que el rey se sirvió espedir á consulta del supremo Consejo de Guerra, con motivo de haberse dudado en un consejo de oficiales celebrado en el departamento de Cartagena, para juzgar á tres desertores de segunda vez de los batallones de marina, que debian sortear la vida con arreglo al capítulo de ordenanza que entonces regia, si al uno debia imponérsele la pena ordinaria, por fallarle la talla que el rey prescribe en sus ordenanzas; por la cual declaró S. M. que no debia servirle al reo la falta de talla para libertarse de la pena señalada á este crimen.

En los delitos de desercion han de examinar los vocales escrupulosamente, si el reo alega y justifica haberle faltado en su compañía á suministrarle el pan, prest, enganchamiento, vestuario y demas que le pertenece y que hemos espuesto al tratar de las primeras diligencias de un sumario de delito de desercion.

348. Si alguna vez ocurriese que en algun proceso de los que corresponde su determinacion á los consejos de guerra ordinarios, resultase implicado con el reo algun oficial, tendrán entendido los vocales, que no tienen facultades para imponerles ninguna pena, y que en este caso solo pueden mandar, que estraclando lo que resulte contra el oficial, se pase al

capitan general para su determinacion, en los términos que previene el real decreto de 14 de mayo de 1801 á la consulta del supremo Consejo de Guerra, sobre la representacion del capitan general de Filipinas, por duda ocurrida en el asunto á un consejo de guerra ordinario celebrado en aquella plaza.

349. Si los vocales advirtiesen que el defensor en su alegato se separa de lo que prescribe la ordenanza, faltando á la verdad de lo que resulta comprobado en el proceso, y faltando tambien al juramento que tiene prestado de defender á su cliente, como S. M. manda en sus reales ordenanzas, ó escediéndose en su defensa en términos impropios contra la persona del fiscal: podrá el consejo, despues de haber quedado solos, hacerle entrar para manifestarle estas faltas: y si conviniese en que lo son y se viese que en esto ha procedido con sencillez y buena fé, podrá permitírsele retirar su defensa, y presentar otra en que se enmienden tales defectos: pero si el defensor sostuviese su escrito y no se conviniese en retirarlo, ó el fiscal se considerase ofendido de tales espresiones, y pidiese la debida satisfaccion, el consejo tiene obligacion de hacer presente por separado al capitan general lo que resulta contra el oficial defensor, para que este superior gefe tome la providencia que estime conveniente; por cuanto el consejo de guerra ordinario de oficiales no tiene autoridad para imponer pena alguna á los oficiales que en los procesos saliesen delincuentes, como está declarado por S. M. á consulta del Consejo Supremo de Guerra en el real decreto de 14 de mayo de 1801.

350. No puede dejar de pronunciar sentencia el consejo ni aun votándose la remision de autos al tribunal Supremo de Guerra y Marina por el Consejo de Guerra, sino que debe dar cada uno de los vocales su voto, condenando ó absolviendo, segun la calidad del delito y la pena que le corresponda; y cuando no la haya determinada ó que prudentemente no se pueda aplicar alguna de las establecidas, se recurre á lo que ordenan las leyes generales del reino, segun se acordó por el tribunal Supremo con fecha de 22 de octubre de 1776, y la misma ordenanza previene en el art. 3, tít. 5, tratado 8. En su consecuencia, cuando el delito no tuviese penas señaladas en la ordenanza, habrá que imponer las marcadas en el Código Penal civil, y para la aplicacion de estas penas se tendrán presentes las reglas que en el mismo se contienen, así como la que establece la 45 de la ley provisional para su aplicacion, que se ha espuesto en el núm. 283, en el caso de que examinadas las pruebas y graduado su valor, adquieran los tribunales el convencimiento de la criminalidad del acusado, segun las reglas ordinarias de la crítica racional, pero no encontraren la evidencia moral que requiere la ley 12, tít. 14, Part. 3. En apoyo de esta opinion que emitimos, podremos citar ademas de las disposiciones espuestas, la real orden de 31 de marzo de 1852, en la que se ha declarado, que la pena inmediata á la capital se considere la de diez años de presidio con retencion, siempre que la pena de muerte haya sido impuesta á los reos, con arreglo á la ordenanza general de ejército ó á los bandos militares, porque si la sentencia se dictare con sujecion á las disposiciones del Código penal civil, será entonces inmediata á la pena capital la de cadena perpétua.

Con arreglo á estas reales determinaciones, y á lo que previene la ordenanza, deben conducirse los capitanes que sean vocales en un consejo de guerra, en el cual quiere el rey se observen las formalidades que para el

acuerdo de su juicio y sentencia prescribe en sus reales ordenanzas, y que cualquiera que contraviniera á lo prevenido en ellas, concurriendo en calidad de juez al Consejo de Guerra, sea depuesto de su empleo; y para vigilar sobre este punto tan interesante, encarga S. M. á los capitanes y comandantes generales que reconocen los procesos, suspendan de él al oficial que por suavidad afloje ó agrave su voto, disminuyendo ó alterando la ordenanza, y que el presidente de un consejo, si notare que algun vocal se separa de lo que en ella se previene, le mande que motive y funde su voto por escrito, sin que por estose suspenda el consejo: art. 47 y 59, tít. 5, tratado 8, ord. mil.

§ VI.

Del modo de votar.

351. Concluida la última conferencia segun se dijo en el número 327 pedirá el presidente á cada uno su voto. El último juez votará primero, el de su izquierda despues de él, y así sucesivamente, subiendo hasta el que preside, que será el último á dar su voto, y este valdrá por dos cuando votare á vida, y cuando á muerte por uno solo: art. 45, tít. 5, tratado 8, ordenanza.

352. El que diere su voto se levantará, y quitándose su sombrero dirá en alta voz: «Hallando al acusado convencido de tal crimen, le condeno á ser ahorcado ó pasado por las armas, ó á tal pena que queda ordenada por este delito.» Si le hallare inocente dirá: «No hallando al acusado convencido de tal crimen, por el cual se puso en consejo de guerra, es mi voto que se le dé por absuelto y ponga en libertad.»

353. Si la materia fuese dudosa, que no haya bastantes pruebas para condenarle, ó muchas para absolverle, podrá votar que se tomen otras informaciones, espresando sobre qué puntos debe recaer, y que en el ínterin quede preso: art. 46.

354. Al paso que cada capitan diere su voto, le escribirá y firmará al pie de la diligencia de haberse juntado el consejo; mas si alguno de los vocales estuviere imposibilitado para firmar, debe hacerlo otro por él. Luego que todos hayan firmado, se contarán los votos para ver la sentencia que resulta en esta forma: art. 51.

Si hubiere un voto mas á muerte que á otra pena menos grave, ó á ser absuelto, sufrirá el reo la de muerte: art. 52.

Si estuvieren los votos divididos en tres penas, ó en dos y absolucion, de modo que la pena de muerte tenga tantos votos como el número que componen los de vida, ha de sufrir el reo la pena que tenga mas votos de aquellos que le libertan la vida: art. 53.

355. Si la mitad de votos fuere á muerte, y la otra mitad á vida, dividiéndose esta mitad por igualdad de número de votos en dos penas distintas, se impondrá al reo la que de las dos penas sea mas grave: art. 54.

356. Con motivo de haber votado en una comision militar el presidente y dos vocales por seis años de presidio, otro por la de cuatro y tres por la de dos, se consultó al gobierno, quien decidió que la pena que con arreglo al espíritu de la ordenanza general del ejército debia considerarse impuesta en este caso, era la de cuatro años de presidio en cuyo número hay verdaderamente conformidad, y se declaró que esta resolución sirviese de regla general en los casos iguales que se ofreciesen; real orden de 15 de marzo de 1849.

357. Contados los votos, y vista la pena que decide la pluralidad, hará el fiscal ó ayudante estender la sentencia. Estas palabras con que se esplica la ordenanza, aunque no espresan asista para este acto el escribano, lo dan á entender tácitamente; pues se previene por ellas al mayor que haga escribir la sentencia; y habiendo de hacerse por otro, nadie debe ejecutarlo sino quien ha actuado, é intervenido en toda la causa, por cuyo motivo su asistencia en el consejo no tiene ningun inconveniente, porque desde el principio de ella está ligado con el juramento que presta de guardar sigilo y fidelidad. Ademas de estas razones se halla autorizada esta práctica con una real orden espedita en Sevilla á 3 de noviembre del año de 1731, con motivo de haber apoyado el coronel del regimiento de reales guardias de infanteria española la solicitud de los capitanes en un consejo de que el escribano estendiera los votos, y la sentencia, como lo ejecuta, con todo lo que interviene en el proceso; y S. M. determinó que cada vocal escribiera el suyo con arreglo á ordenanza, y que despues de contados los votos, se llamára al escribano para que estendiera la sentencia.

358. Todos los jueces firmarán al pie en este orden, aunque no hayan votado la pena que espresa la sentencia, respecto de que la pluralidad de votos la ha de decidir; pero no se propalarán los votos fuera del consejo: art. 56, tit. 5, trat. 8.

359. Despues de firmados los votos particulares de los jueces, no podrá incluirse en la sentencia persona que no esté mencionada en ellos, ni el fiscal ó ayudante, á cuyo cargo deja la ordenanza el estenderla, podrá hacerlo, por ser responsable á que se forme arreglada precisamente á la pluralidad de votos, en cuya confirmacion, habiéndose visto en el Supremo Consejo de Guerra un proceso contra Francisco Domenech, tambor del regimiento de dragones de Lusitania, sobre la muerte dada á Juan de Ayala, en que, ademas de este tambor, venia incluido en la sentencia Juan Bautista Martinez, de quien no se hizo mencion alguna en los votos de los oficiales que compusieron el consejo, y consultando al rey sobre esto en 12 de enero de 1728, se sirvió S. M. resolver, que á dicho Martinez se le pudiese desde luego en libertad, y que á los oficiales que compusieron el consejo, y al ayudante que estendió la sentencia, se les convocase por el comandante de la plaza donde se hallasen, y se les previniese la estrañeza que habia causado á S. M. lo referido, para que en su inteligencia procurasen en adelante arreglar sus votos y sentencias, y estenderlas sin semejantes efectos; pues de lo contrario tomaria S. M. contra ellos la resolución mas conveniente.

§ VII.

Aprobacion de la sentencia.

360. Fallada asi la causa y estendida la sentencia, pasa el fiscal el proceso al capitan ó comandante general, y en su ausencia al gobernador ó comandante de las armas, para que remitiéndolo á aquel gefe, lo reconozca y con dictámen del auditor apruebe la sentencia con arreglo á la real orden de 26 de octubre de 1769. El auditor si encuentra que la sentencia está arreglada á justicia, propone su aprobacion. Estando conforme con este dictámen el gefe militar, le aprueba, y debe llevarse á ejecucion, á cuyo efecto se devuelve la causa al juez fiscal ó al gefe del cuerpo. Si el auditor no está conforme ha de fundar las razones en que se apoya devolviendo el proceso al gefe militar, el cual se pasará al tribunal Supremo de Guerra y Marina directamente, quien decide, causando su fallo ejecutoria. Si el gefe militar disiente del auditor, pasa tambien los autos al tribunal Supremo, con espresion de los motivos en que se funda y segun hemos dicho al tratar de los tribunales militares en la primera parte. Hasta la devolucion del proceso ha de estar muy secreta la determinacion del consejo, y arrestado con seguridad el reo, sin notificársele la sentencia hasta aquel caso preciso, á fin de que contando desde entonces el plazo que prescribe la ordenanza para su preparacion, se observe en esta parte sin variacion lo que en ella está mandado: real orden de 26 de octubre de 1769, y de 14 de abril de 1837.

361. Por el art. 3, tit. 5, trat. 8, ord. del ejér., se dispuso, que en el caso de que el proceso se haya formado por delito que la ordenanza general no previene, ni tenga en ella pena señalada, deberá ponerse el reo en consejo de guerra y aplicarle la pena que para aquel crimen señalan las leyes generales; pero no se procederá á su ejecucion, y se pasará el proceso al capitan general, para que con dictámen del auditor le remita al Supremo Consejo de Guerra, y éste consulte al rey la sentencia, como S. M. lo previene en sus reales ordenanzas.

Mas habiéndose declarado por la real orden de 14 de abril de 1837 citada, que deben someterse los procesos militares al tribunal Supremo de Guerra y Marina, en el solo caso de no conformarse los capitanes generales con la sentencia pronunciada por los consejos de guerra ordinarios, en razon á no conceptuarla justa y arreglada á su resultancia con relacion á la pena que por ella se imponga á los reos, se cree modificado dicho artículo en su segunda parte por dicha real orden. Véase el nuevo Colon del señor Bacardi, t. 2, pág. 193.

362. La cesura del comandante militar, sobre si hay ó no justicia, deberá ceñirse á solo lo que previene la ordenanza general del ejército, segun el delito de que se trate, con sujecion á las reglas que se dan en ella misma para el juicio y decision de la causa; y siempre tendrá el co-