

los delincuentes en buques de guerra, como estos gozan del privilegio de extraterritorialidad, los jueces no pueden extraerlos por la fuerza, sino que una vez reclamados y no obteniendo su entrega, darán cuenta al Gobierno para que éste haga las agencias diplomáticas convenientes. Pero si se trata de refugiados en buques mercantes, como éstos no están exentos de la jurisdicción local, pueden ser objeto de intervención de la autoridad respectiva para extraer por la fuerza al refugiado.

Inútil creemos decir que el acusado criminalmente no puede comparecer por procurador, pues además de prohibirlo la ley 12, tít. 5º, part. 3ª, y 92, tít. 15, lib. 2, Recop. de Indias, y de no poderse seguir causa contra reos ausentes, (art. 129, ley de 23 de Mayo de 1837) el sistema actual de enjuiciamiento criminal no permite la ausencia del reo, supuesto que para su detención, declaración *prévia* y demás prácticas de los procesos sancionados por la Constitución, es necesaria la presencia del reo. Esto no quiere decir que en los casos en que se exige y puede exigirse puramente la responsabilidad civil, no pueda el demandado presentarse por procurador, pues entonces se deberán seguir las reglas del juicio civil. Tampoco es necesaria la presencia del reo en las segundas y terceras instancias, pues bien pueden sustanciarse y fenecerse estando ausentes y *asegurados* los reos en otra parte distante, bastando que su defensa se verifique por medio del defensor ó procurador, y aún hay un decreto vigente de las Cortes Españolas (28 de Agosto de 1820) por el que se mandó que los jueces de primera instancia en los casos de apelación y en los demás que conforme á lo mandado en la ley de 9 de Octubre de 1812 deban remitir y remitan de hecho los procesos á las audiencias territoriales, lo ejecuten sin los presos, á no preceder expresa *orden* de aquellas, oyendo por sí mismos á estos últimos, cuando en uso del beneficio que les dispensa el art. 60 del cap. 1º de dicha ley así lo re-

clamen Hoy que según nuestras leyes, no hay juicios de residencia, y que en todo tiempo pueden los jueces ser acusados y demandados por responsabilidad incurrida en el ejercicio de sus funciones, está prevenido que el acusado no pueda estar en el pueblo en que se practique la sumaria ni en 6 leguas en contorno (Decreto de 24 de Mayo de 1813, que en esta parte no se observa. Peña y Peña *Práctica forense* tomo 1º núm. 33).

§ 3º

JUEZ.

Respecto del juez hemos dicho lo suficiente al hablar de organización del poder judicial y de la competencia de cada funcionario de este orden; y ahora solo agregaremos algunas observaciones importantes. En el juicio criminal *ordinario*, el juez solo tiene jurisdicción para instruir el proceso y para aplicar el derecho, pero nunca para apreciar los hechos ó el valor de las pruebas sobre la existencia del delito, pues esto es de la exclusiva competencia del jurado (art. 1º, ley de 15 de Junio de 1869 y 553 á 599 del proyecto). Pero en juicios federales los jueces tienen jurisdicción para todo, por no existir para ellos el sistema de jurados.

Uno de los requisitos legales para poder ejercer jurisdicción en determinado asunto es la imparcialidad del juez; y por esto hay ciertos casos en que los jueces deben inhibirse en un asunto.

Los jueces están, pues, impedidos para conocer de negocios en que es palmaria ó probable la parcialidad de sus decisiones. Ninguno puede por lo mismo ejercer su encargo en causa propia ó á que él pertenezca, porque nadie puede ser juez y parte en una misma causa; este impedimento es fundamental y está consignado en todas las legislaciones (ley

10, tít. 4º, part. 3ª). Este impedimento solo procede cuando se trata de interés *personal* del juez; pero no del cargo ú oficio que desempeña, como cuando pronuncia en favor de su jurisdiccion ó cuando castiga la injuria, ofensa, ó descomedimiento contra su oficio ó dignidad; si bien esto se entiende cuando la ofensa es leve y puede castigarse con una correccion ligera ó pena pecuniaria, pues cuando dé lugar á un juicio criminal deberá abstenerse el juez, pudiendo dejar á otro el conocimiento de la causa y la imposicion de la pena. (Peña y Peña, Práctica forense, tomo 2º, pág. 100. Carleval, Disput. 2, números 798 y 799. Véase lo que dijimos al hablar de acumulacion é incidentes criminales.) El juez tampoco puede ejercer su cargo en negocios que toquen á sus padres, hijos y demás *de su compañía*. Así se espresó la ley 9, tít. 4º, part. 3ª, y Gregorio López comentándola dice: que se entiende de todos los parientes hasta el décimo grado y sus familiares que viven con él. Por una ley de Indias (31, tít. 15, lib. 2) se espresó este mismo impedimento aún con más especificacion, pues dijo que ningun oidor pudiese votar como juez en negocio que tocase á los mismos oidores, á sus ascendientes y descendientes, á sus colaterales dentro del cuarto grado y á sus criados. El juez no puede ejercer su cargo en causa de aquella mujer con quien hubiese querido casarse ó gozarla por fuerza sin lograrlo por falta de su voluntad, ni tampoco en las de las demas personas que estuviesen en su compañía viviendo con él (ley 6, tít. 7, part. 3ª). Ninguno puede ser juez en causa en que hubiere sido abogado ó consejero, personero ó asesor (ley 10, tít. 4º, part. 3ª y 18, lib. 2, tít. 5º, Recop.) El juez que sentenció un pleito en primera instancia no puede hacerlo en la segunda (ley 25, tít. 15, lib. 2, Recop. de Indias, art. 52, ley de 9 de Octubre de 1812, art. 35 de la 5ª ley constitucional y 184 de la Constitucion de 1843). Tampoco puede fallar un negocio el que externó su opinion en él (ley 13, tít. 4º, part. 3ª que prohi-

be á los jueces externar su opinion, y Peña y Peña, lugar citado, núm. 77). Tampoco puede sentenciar una causa que fuere del todo semejante á la que él tiene pendiente como parte (Peña y Peña, lugar citado, y Murillo, lib. 2, tít. 2º, núm. 25); aunque esta circunstancia más bien es motivo de recusacion que impedimento, por las leyes modernas. Los jueces federales y ministros de la Suprema Corte están forzosamente impedidos para conocer de negocios en que sus padres, hijos y yernos, suegros ó hermanos hubieren hecho ó hagan en la actualidad de abogados (ley de 14 de Febrero de 1826 art. 15 y de 22 de Mayo de 1834. art. 22). Tales son tambien en sustancia los impedimentos legales que fija el Código de procedimientos civiles en su art. 342, pues allí dice: que todo juez ó magistrado se tendrá por forzosamente impedido 1º, en negocios en que tenga interés directa ó indirectamente: 2º, en los que interesen de la misma manera á sus parientes consanguíneos en línea recta sin limitacion de grados, á los colaterales dentro del cuarto grado, y á los afines dentro del segundo, uno y otro inclusive: 3º, cuando tengan pendiente el juez ó sus espresados parientes un pleito semejante al de que se trate: 4º, siempre que entre el juez y alguno de los interesados haya relacion de intimidad nacida de algun acto religioso ó civil, sancionado y respetado por la costumbre: 5º, ser el juez actualmente sócio, arrendatario, dependiente ó criado de alguna de las partes: 6º, ser tutor ó curador de alguno de los interesados ó administrar actualmente sus bienes: 7º, ser heredero, legatario ó donatario de alguna de las partes: 8º, ser el juez ó su mujer ó sus hijos que estén bajo su patria potestad deudores ó fiadores de alguna de las partes: 9º, haber sido el juez abogado ó procurador, perito ó testigo en el negocio de que se trata: 10º, haber conocido del negocio, como juez árbitro ó asesor, resolviendo algun punto que afecte á la sustancia de la cuestion: 11º, siempre que por cualquier motivo haya ex-

ternado su opinion ántes del fallo: 12º, si fuere pariente por consanguinidad ó afinidad del abogado ó procurador de alguna de las partes, en los mismos grados que espresa la fraccion 2ª de este artículo (art. 343). Los jueces y magistrados tienen el deber de inhibirse del conocimiento de los negocios en que ocurra alguna de las causas espresadas, aún cuando las partes no los recusen.”

El proyecto de Código de procedimientos reconoce los mismos impedimentos forzosos, pena de responsabilidad, si no se escusan los jueces en el conocimiento de las causas en que aquellos existan, con las diferencias siguientes: el impedimento relativo á colaterales consanguíneos solo comprende los de segundo grado: el impedimento 3º existe solo cuando hay proceso *igual* no bastando el *semejante*: el impedimento 5º abraza los casos en que el juez sea *actualmente acreedor, socio, arrendatario, arrendador, dependiente ó amo de alguna de las partes*: el 8º comprende además el caso de ser el juez acreedor de alguna de las partes: el impedimento 10º no existe y en lugar del 11º el proyecto previene que está impedido el juez, si *tuviere notorias y estrechas relaciones de afecto ó respeto con el abogado ó procurador del procesado ó de la parte civil*.

Además del caso de impedimentos forzosos, los jueces pueden abstenerse del negocio que ante ellos se ventila ó ser separados de su conocimiento á pedimento de los interesados en ciertos casos en que hay probabilidades de parcialidad. Esto dá lugar á la recusacion y excusa, respecto de cuyas causas Verlanga Huerta en su *Procedimiento en materia criminal* dice: “Todos los escritores prácticos como las leyes del reino especialmente las recopiladas se entretienen lo bastante en detallar la forma de proponer, sustanciar y decidir las recusaciones, al paso que casi nada instruyen acerca de lo más importante, que es en nuestro concepto, los motivos de proponer dicho remedio. A fin de suplir este vacío, tenemos necesidad de consultar la costumbre de los tribunales

y las leyes de analogía.” Nosotros consultaremos con más razon jurídica el proyecto de Código de procedimientos criminales, pues sus autores debieron tener en cuenta nuestras prácticas legales. Dicho proyecto en su art. 689, dice: que son justas causas de recusacion las que constituyen impedimento y además las siguientes:

1º Haber seguido el juez, su mujer ó sus parientes consanguíneos ó afines en línea recta sin limitacion de grado, ó colaterales dentro del segundo, algun negocio criminal contra alguna de las partes.

2º Seguir actualmente con alguno de los interesados en el proceso, el juez ó las personas á que se refiere la traccion anterior, un negocio civil, ó no llevar un año de terminado el que ántes hubiere seguido.

3º Ser el juez administrador de algun establecimiento ó compañía que sea parte en el proceso.

4º Asistir durante el proceso á convite que diere ó costear alguno de los interesados, tener mucha familiaridad ó vivir con alguno de ellos.

5º Aceptar presentes ó servicios de alguno de los interesados.

6º Hacer promesas, prorumpir en amenazas ó manifestar de otro modo odio ó desafecto á los procesados ó á la parte civil.

Los tribunales del crimen podrán (art. 690) declarar admisible toda recusacion que se funde en causas análogas ó de igual ó mayor entidad que las enumeradas.”

Hasta aquí el proyecto, cuyas disposiciones tambien pueden considerarse como vigentes hoy, pues ellas más ó menos explícitamente están contenidas en las leyes (8, tít. 1º, lib. 11 Nov., 9 y 10, tít. 4º y 6, tít. 7, part. 3ª; 24 y 25, tít. 22, part. 3ª; 14 y 28, tít. 11, lib. 7 Nov.; 5, tít. 5º, part. 5ª; 5 y 8, tít. 10, part. 7ª y 9, tít. 7, part. 5ª) y adoptadas en la práctica.

Al hablar de la excepcion dilatoria de recusacion veremos en qué forma se deciden las cuestiones sobre impedimentos, excusas y recusaciones de jueces y demás funcionarios judiciales.

§ 4º

ACCIONES.

Accion criminal es el medio jurídico de que se vale aquel á quien la ley da facultad de pedir el castigo de un delito, cuasi-delito ó falta, para ejercitar y hacer valer en juicio esa facultad. Las acciones pueden ser públicas ó privadas segun que el derecho para exigir el castigo corresponda á la sociedad en general, ó solo á determinado individuo. Pueden ser ordinarias ó excepcionales, segun que el juicio en que se deducen haya de ser el ordinario y comun, ó tenga fijados por la ley trámites especiales. Las acciones pueden tener por objeto el castigo de un delito, el de un cuasi-delito, ó el de una falta; pero esta division más bien surte sus efectos al tratarse de la aplicacion de la pena que en materia de procedimientos, y así es bastante en este terreno la division de acciones ordinarias y extraordinarias; pues en ella está incluida la de delitos graves, la de delitos leves y faltas, y es la que sirve de base para diversificar la tramitacion de los juicios. Las acciones públicas corresponden á los delitos públicos, y en materia de procedimientos se dice que tienen ese carácter los que pueden perseguirse *de oficio*. Y pueden perseguirse de esa manera todos los delitos en general (ley 2, tít. 34, lib. 12 Nov.; 10, lib. 8, tít. 24 R., art. 258 del Código penal y 56 del proyecto). No puede procederse de oficio, sino por queja del ofendido en los delitos siguientes: adulterio (art. 820 del Código penal): injuria, difamacion ó calumnia personal (art. 658 idem): juegos prohibidos por lo

que hace á la responsabilidad de los empleados ó funcionarios que manejan caudales públicos, pues se necesita que la autoridad política los consigne á la judicial (art. 875 idem): omisiones punibles, con perjuicio del interés público, de asen-tistas, proveedores y funcionarios encargados de hacer ministraciones al ejército ó al Gobierno (art. 903 idem): ultrajes á un miembro del Congreso en ejercicio, en que se necesita para proceder queja del ofendido ó del Congreso, excepto el caso de delito infraganti (art. 915 relacionado con el 910 id.): ultrajes á un jurado, cámara ó tribunal como cuerpos, siempre que el ultraje ó injuria sea á las personas (art. 916 y 917): robo de suegro á yerno ó nuera y al contrario; de padrastro á hijastro ó viceversa; y entre hermanos; sea cual fuere su forma, esto es, por fraude, hurto ó abuso de confianza (artículos 374, 375, 412 y 433 idem): violencias físicas sin lesion (art. 509 idem): rapto, en que se necesita queja de la mujer ofendida, su marido ó sus padres, abuelos, hermanos ó tutores (art. 814 idem). El Código penal no exceptúa los atentados contra el pudor; pero como éstos pueden considerarse como injurias, es claro que en ellas no puede procederse de oficio lo mismo que en el estupro que no sea in-maturo. (Villanova, observ. 6, pár. 3 y comun doctrina, y ley 2, tít. 19, ley 2, tít. 18 y 2 y 4, tít. 17, part. 7, y 4, tít. 26, lib. 12 Nov.) Respecto del adulterio hay que advertir que no puede perseguirse de oficio, aunque esté complicado con otros delitos del mismo género, como corrupcion de menores, estupro, etc., pues hoy siguiendo el espíritu de nuestra legislacion, no cabe el arbitrio de proceder contra el le-non ó corruptor de una menor casada, debiendo quedar las declaraciones de esta reservadas; así lo aconseja Villanova, observ. 6, pár. 3. Tampoco se procede de oficio, sino en los términos que diremos al hablar de los delitos contra la nacion, en las injurias contra ésta y las naciones extranjeras.

En todos los casos mencionados, el juez no puede proceder sino por queja de parte legítima, cuyo desistimiento aprovecha á todos los acusados si son vários, y no puede revocarse; pero una vez hecha la acusacion *formal* en el plenario, el juez seguirá *de oficio* á pesar del desistimiento de la parte, pues ya produjo alarma el delito, con su publicidad judicial. Exceptuase el caso de adulterio, pues entónces el perdón del ofendido ó la muerte del quejoso ántes de sentencia irrevocable, impide todo procedimiento y ni se ejecutará la sentencia ejecutoria en el primer caso (artículos 258, 259, 260, 825 y 827 del Código penal y 84, 85 y 86 del proyecto).

En caso de adulterio, aunque la acusacion sea contra solo uno de los adúlteros, se procederá contra los dos si viven, están presentes y sujetos á la justicia del país; y en caso contrario se procederá contra el que tenga estos requisitos (art. 823 del Código penal).

Por las 9, tít. 8º, part. 7ª, art. 20 Cédula de 15 de Mayo de 1788, ley 4, tít. 14, part. 7ª, 17, tít. 14, part. 7ª; 3, tít. 7, part. 7ª no puede procederse de oficio en excesos de castigos de padres á hijos, maestros á discípulos, superiores á subordinados, á no rayar en crueldad, haber heridas ó ser el castigo prohibido. En las disensiones domésticas, á no ser que causen escándalo. En los hurtos domésticos de padres á hijos, mujer á marido (pero debe tenerse presente que el Código penal no califica estos hechos de robo); ni en los hurtos de corta cantidad de domésticos ó criados. En el parto fingido, pues solo puede acusar el marido y por su muerte los herederos del marido y el hijo verdadero. El Código penal no deroga ninguna de estas reglas de la legislacion antigua ni general ni especialmente, y por lo mismo las consideramos vigentes. El decreto de 6 de Mayo de 1850, art. 34 manda que en riñas simples en que no intervengan armas, los agentes de policía se limiten á calmarlas y solo

remitirán á los quejosos á la autoridad en caso de tenaz resistencia.

Respecto de otros delitos, como sodomía, bestialidad, incesto, usura y los de heregía, simonía, etc., unos de ellos no existen en el código y por lo mismo no pueden considerarse como actos legalmente punibles; y á otros explícitamente les ha quitado nuestro derecho público el carácter de crímenes (ley de 4 de Mayo de 1860 y 15 de Marzo de 1861).

Además de la division de acciones en públicas y privadas, las hemos dividido tambien en ordinarias y excepcionales ó anómalas, segun que los juicios en que ellas deben deducirse siguen las reglas comunes de todo juicio ó tienen tramitacion especial. Hay, pues, juicios ordinarios y juicios excepcionales anómalos. Estos últimos tienen trámites especiales establecidos ó para mayor brevedad del procedimiento, como los juicios en simple partida; ó para dar mayor garantía á la decision del asunto que se trata, como en los juicios de responsabilidad; ó para cualquier otro objeto que se propone la ley al establecer trámites especiales. Hablaremos, pues, primero del juicio criminal comun ú ordinario y despues de cada uno de los juicios excepcionales ó anómalos. Pero esto es materia de la siguiente parte.

Las acciones tambien se dividen en dividuas é individuas, materias que hemos esplicado bastante al hablar de acumulacion de procesos, en que esplicamos cuales son delitos contínuos, conexos y separables.

Es de advertirse respecto de los delitos en que puede procederse de oficio, que aunque la ley no exceptúa sino aquellos que hemos enumerado, creemos que se necesita á lo ménos denuncia del interesado, en los delitos cuya criminalidad se extingue del todo por el simple perdón del ofendido.

Además, no creemos racional que se proceda de oficio en ciertos delitos que no encontramos exceptuados en ninguna ley, del procedimiento de oficio, aunque sí en los autores y

en la práctica. ¿Cómo se procedería de oficio en la violacion de secreto, en la estafa cometida contra un particular, en el allanamiento de morada y otros semejantes, si el interesado ofendido no se queja del delito y solo un tercero en nada perjudicado se presenta á pedir su castigo? En estos casos, ni aún puede justificarse la existencia del delito si el ofendido no se queja. Nosotros creemos que: supuesto que el art. 261 del Código penal dice que se extingue la accion penal por consentimiento prévio del ofendido cuando el delito sea únicamente contra los intereses del *ofendido* si éste tuviere la libre disposicion de ellos y no resultare daño, alarma ó peligro á la sociedad ni perjuicio á un tercero; en todos los casos comprendidos en esta prescripcion no puede procederse de oficio, pues en el hecho de no quejarse el ofendido hay una presuncion de que consintió en la ofensa ó de que no la reputa como tal. Por lo demás, debe tenerse presente que nuestras leyes no han procedido previniendo que se persiga de oficio todo delito excepto los que ellas mencionan, sino al contrario, la primitiva legislacion de las Partidas prohibió la continuacion de procesos aunque versasen sobre delitos públicos, siempre que se desistiera el acusador (ley 22, tít. 1º, part. 7ª) y solo despues las leyes recopiladas autorizaron el procedimiento de oficio á pesar de tal desistimiento siempre que el delito ofendiera el órden público, espresion vaga que fué aclarándose por leyes posteriores que individualizaron cuáles eran delitos privados, pero que no excluyen el tener como tales otros de igual naturaleza. De manera que estas leyes mas bien que como enumeracion de los únicos delitos privados, deben tenerse como aclaratorias, por vía de ejemplo, de tales delitos. Es lástima que ni el Código penal ni el Proyecto hayan fijado con precision y claridad lo que debe observarse en esta materia. Por lo demás el Código penal no deroga expresamente la legislacion antigua, y segun ésta no se procedía de oficio en el hurto, daño y fraude pri-

vados (ley 14, tít. 14 y 3, tít. 16, partª 7ª), lo que revela que no puede procederse de esa manera en todos los delitos que hemos mencionado. *Ubi eadem est ratio, eadem esse debet juris dispositio.* Pero aún tratándose de delitos privados, excepto el adulterio, puede procederse de oficio, siempre que por su publicidad y por la repeticion conque los comete un mismo individuo causan verdadera alarma, provocando con la impunidad estímulos á los otros miembros de la sociedad. Sin duda por esto nuestro Código penal en sus artículos citados no admite desistimiento del ofendido despues de formulada la acusacion, pues ya entónces el delito se hizo público y causó alarma. Lo mismo previenen las leyes 28, tít. 1º, part. 7ª, y 3, y 4, tít. 17, part. 3ª, fundado en las cuales Antonio Gomez dice: (Var. Res. cap. 12). *Advertendum tamen quod licet in delictis privatis non competit ausatio cui-libet de populo, sed tantum ofenso, tamen potest, imno tenetur iudex ex officio suo inquirere, procedere et accusare si ofensus non acusat, vel si desistat ab accusatione proposita.*"

§ 5º

EXCEPCIONES.

En materia criminal lo mismo que en materia civil las acciones se destruyen ó se paraliza su ejercicio judicial por medio de las excepciones. Cuando éstas producen el primer efecto se llaman perentorias y cuando el segundo dilatorias. Excepciones en general se llaman todos los medios de defensa que emplea el reo, y éstas, ya sean perentorias ó dilatorias, las tratamos únicamente en cuanto afectan al procedimiento, y no en cuanto importen atenuaciones de la pena ó exculpaciones de la responsabilidad del reo. En este supuesto, las excepciones dilatorias ó ven á la persona