

tigos de asistencia caso de que en plenario funcione con ellos un juez, pues hacen las veces de secretarios. La ley de 30 de Noviembre de 1846 permite la recusacion una vez sin causa y despues con ella, de asesor, y ordena que la calificacion sobre su procedencia la hará el juez consultando con otro asesor. Los fiscales, en concepto de Solórzano en su política indiana fundado en las Cédulas de 19 de Mayo de 1791 y 19 de Setiembre de 1761 solo pueden ser recusados por enemistad notoria con los interesados ó por cohecho. Creemos que debe aplicárseles á todos los fiscales ó promotores fiscales lo que, respecto de los del Tribunal Superior, previene su reglamento (art. 43 y 44), esto es, que no son recusables, pero que si están legalmente impedidos ó por motivos de delicadeza no quieren pedir en un negocio, se pueden excusar, cuya excusa calificará en caso de impedimento la sala respectiva, y en el otro caso puede convenir el fiscal que se excusa con otro fiscal en que éste despache el negocio. Efectivamente, sería un absurdo que el fiscal acusase como tal á su padre, hijo, etc. que fueran reos en una causa en que aquel debiese intervenir. El juez mero ejecutor no puede ser recusado en causa civil ni criminal porque nada hace de su propia autoridad; pero sí el que fuere ejecutor misto, que tiene facultad para admitir y fallar excepciones. Tal es la opinion de Febrero Nov., lib. 3, tít. 1º, cap. 3, núm. 34.

Finalmente la ley de 4 de Mayo de 1857 que está vigente en materia criminal contiene en sus artículos 135 á 163 las siguientes prevenciones sobre sustanciacion de recusaciones y excusas. Las partes pueden recusar sin causa á un magistrado del Tribunal Superior en cada instancia y no se podrá interponer otra recusacion sino con causa justa, legalmente probada: cuando se interponga sin ella por ser la primera, se llamará desde luego al ministro supernumerario ó suplente respectivo: la recusacion con causa se interpondrá en la misma sala que conoce del negocio, pero se probará precisamente en

la primera sala y esta hará la calificacion, á cuyo efecto se le remitirá la recusacion por la sala que conoce del negocio, y los autos si la parte lo pidiere: esta remision se hará precisamente el dia que siga al en que se interpuso el recurso si no fuere feriado, y la sala dictará su calificacion dentro de 3 dias á no ser que se requiera prueba para lo cual se señalará un término que no pase de 5 dias: concluidos estos se verá el negocio al dia siguiente, y alegando verbalmente las partes, *si concurren*, se decidirá en la misma audiencia: en todo caso y desde la primera recusacion deberá ser firmada por letrado y con el juramento (hoy protesta) de no proceder de malicia: si la declaracion fuere favorable al recusante se llamará desde luego al suplente ó supernumerario respectivo, en caso contrario se impondrá al abogado del recusante una multa prudente que no baje de 50 pesos: los ministros no podrán excusarse sino por causa justa segun su conciencia; pero si alguna de las partes se opusiese á la excusa, el ministro expondrá la causa ante la primera sala la cual resolverá lo que estime justo, sin recurso: si fuere de la primera sala el recusado con causa ó el que se excusa se integrará dicha sala con el supernumerario ó suplente para calificar dicha recusacion ó excusa, sin que el ministro interesado pueda asistir á la discusion ni á la votacion. La calificacion se hará á más tardar al dia siguiente en que se dé cuenta; y no habrá recurso ninguno. Pueden los interesados recusar sin causa y con la protesta respectiva á un juez bien sea como tal ó como asesor de tribunal militar, y el escrito en que se interponga la recusacion debe ser firmado por letrado. (En primera instancia los juicios criminales son verbales y no admiten escritos, segun la ley de 1853 y 5 de Enero de 1857). La segunda recusacion debe ser con causa que se calificará por una de las salas del Tribunal, á la que le toque el turno, y á la que se dará cuenta con los autos é informe del juez dentro de tres dias de interpuesta la recu-

sacion: la sala para calificar si lo estimare necesario recibirá el negocio á prueba por un término tal, que á los 8 dias, desde el en que se le pasó el recurso, esté resuelto: si fuere favorable al recusante se remitirán los autos al juez que designe el actor (si no hay acusador, en materia criminal se remitirán al más antiguo segun hemos dicho poco ántes con arreglo á la ley de 1853): si fuere adversa la resolucion se devolverá el negocio al juez recusado, imponiéndose al abogado del recusante una multa que no baje de 25 pesos: los jueces de primera instancia pueden escusarse en los mismos términos que los magistrados y si debiere calificarse la causa lo hará la sala á que toque el turno, sin que de su resolucion haya recurso ninguno: en el sumario no cabe recusacion: (supuesto que la ley no prohíbe la excusa, es claro que esta cabe). Los secretarios del Tribunal son tambien recusables sin causa, cubriendo su falta el oficial respectivo; y podrán tambien escusarse con conocimiento y permiso de la sala: las partes en primera instancia podrán recusar sin causa una vez al actuario (hoy secretario en lo criminal): para interponer segunda recusacion se necesita causa justificada que calificará el juez de los autos dentro de 3^o dia ó dentro de 6 si se necesita prueba.

El proyecto tantas veces citado previene: que no son recusables el ministerio público, ni los jueces de instruccion y de paz; pero que deben escusarse cuando estén impedidos: que los jurados son recusables sin causa hasta seis por cada procesado, dentro de 24 horas siguientes á la publicacion ó notificacion de la lista de aquellos; y pueden escusarse por parentesco de consanguinidad ó afinidad en línea recta ascendente y descendente sin limitacion y en la colateral hasta el segundo grado con el procesado ó la parte civil; ó por haber sido abogados, apoderados, defensores en cualquier pleito civil ó criminal de alguno de los procesados ó de la parte civil en el proceso de que se trate (art. 693 á 697): que los

jueces de tribunales correccionales son irrecusables cuando conocen de los delitos comunes de su competencia, pero cuando son jurados en responsabilidad de jueces menores, puede ser recusado sin causa uno de aquellos, y con causa todos: que el presidente del jurado en delitos comunes puede ser recusado con causa ó sin ella, y la primera recusacion es sin causa y las demás deberán motivarse legalmente: que los magistrados de la Corte criminal son recusables con causa y sin ella, uno en sala de tres y dos en sala de cinco magistrados; y que todos los funcionarios judiciales que debiendo escusarse no lo hagan serán castigados con las penas del art. 1052 del Código penal. Que en los casos en que conforme á las reglas anteriores (art. 698 á 703) sea procedente la recusacion, con arreglo á lo dicho, de los jueces del tribunal correccional ó de los magistrados de la Corte criminal, si fuere con causa se hará valer desde la primera gestion ó diligencia que se practique ante el recusado por el recusante: que despues de esta primera gestion la recusacion con causa no se admitirá sino cuando fuere superveniente ó no hubiere tenido noticia de ella el que interpone la recusacion; que las recusaciones sin causa pueden oponerse en cualquiera estado del proceso; pero tanto estas como las con causa superveniente no serán admisibles sino tres dias ántes de que se comiencen los debates de los jurados, ó la vista en la corte criminal ó en el tribunal correccional; que las recusaciones sin causa inhiben inmediatamente al magistrado ó juez recusado, pero las con causa no producen ese efecto sino entre tanto que la recusacion es calificada y admitida, en cuyo caso deberá llamarse al que deba sustituir al recusado, y si es desechada volverá el recusado al ejercicio de sus funciones: que los tribunales desecharán de plano las recusaciones que no se hicieren en tiempo y forma; y que en lo relativo á la manera de introducir las recusaciones, á la sustanciacion del incidente y á las pruebas que en él deban rendirse, los tribu-

nales se sujetarán á lo dispuesto en los capítulos 6º y 9º del título 4º del Código de procedimientos civiles.

Para concluir la materia diremos que Verlanga Huerta, (*Procedimiento en materia criminal* pág. 315), se expresa de esta manera al hablar de excepciones dilatorias. "Dijimos que si el demandado encuentra defectos en la demanda que sirvan de obstáculo para contestarla, y cuyos obstáculos son precisamente las indicadas excepciones *dilatorias*, podrá el demandado presentar un escrito formando artículo de *previo y especial pronunciamiento*, lo que en el dialecto usual significa que sobre la excepcion propuesta debe recaer una declaracion ó sentencia especial, ó que debe preceder un pequeño pleito ántes de tocar el principal. Así creemos tambien debe obrarse respecto á las causas criminales, en razon de que no existe ley que expresamente lo prohíba, y en este supuesto propondrá el acusado conjuntamente ó bien por separado con tal que lo haga dentro de los nueve dias señalados para deducirlas, ó lo que es igual para presentar su defensa. . . . Lo que aquí exponemos no admite ninguna duda respecto á las causas en que se acusa un delito privado, cuya ritualidad en cuanto á la defensa es enteramente equiparable, ¿Pero podrá hablarse con la misma seguridad cuando el delito que es objeto de la causa pertenece á la clase de los llamados públicos y en donde no hay acusador particular? Verdaderamente la ley no hace distincion expresa entre ambos casos, ni tampoco los tratadistas que han escrito con posterioridad al reglamento provisional. Pero . . . *este* no tuvo la intencion de formular toda la ritualidad de cada uno de los procedimientos establecida en las leyes anteriores de la Novísima Recopilacion."

Nosotros advertiremos respecto de este punto, que segun hemos manifestado, los juicios criminales deben ser verbales hasta el grado de prevenirse en el art. 65 de la ley de 17 de Enero de 1853, que los escritos que se presenten se ten-

drán y proveerán como simples comparencias: que la ley de 23 de Mayo de 1837, art. 130 previene que los jueces desecharán todas las excepciones impertinentes no admitiendo prueba sobre ellas: que todos los incidentes que no estén íntimamente ligados con el proceso pueden seguirse en cuerda separada sin suspender la secuela del sumario (art. 78, de la ley de 5 de Enero de 1857 y 73 de la ley de 17 de Enero de 1853): que en materia criminal, segun hemos indicado, los jueces deben suplir el derecho y las excepciones que notoria y legalmente procedan aunque los reos no las opongan; y que por lo mismo de oficio deben dichos jueces impedir las nulidades que resultarían del proceso, si éste se sustanciase despreciando la existencia de una excepcion dilatoria que produjese tal efecto; que aquéllas que impiden absolutamente la apertura del proceso, como la de falta de personalidad legítima en caso de acusacion de adulterio, deben sustanciarse aún durante el sumario, pero sin interrumpir éste, si su discusion es embrollada; y que siendo en nuestro sistema de enjuiciamiento, público el proceso desde el auto de formal prision, y debiéndose desde la declaracion preparatoria darse á conocer al reo el motivo del procedimiento y nombre de su acusador, puede aquel por simples comparencias durante el sumario, ó una vez abierto el plenario, hacer valer dichas excepciones dilatorias, pues hay respecto de ellas la misma razon que respecto de las de que habla el art. 254 del Código penal.

Respecto de las perentorias, en sus relaciones con el procedimiento pueden dividirse en suspensivas ó prejudiciales, y no suspensivas. Estas últimas serán decididas como toda excepcion en la sentencia definitiva; pero las primeras como obstan á la secuela del proceso y ameritan *previo y especial pronunciamiento*, es evidente que deben tratarse por separado cuando no puedan acumularse. Para más comprender esto, advertiremos con Carleval lib. 1º, tít. 2, disput. 6ª, y

Villanova obser. 6, pár. 1, núm. 23 y siguientes, fundado en las leyes 47, tít. 1º. part. 3ª, y 11, tít. 8º, part. 7ª, que son excepciones suspensivas aquellas que son prejudiciales, es decir aquellas que sin poderse acumular por dar lugar á juicios diversos. producen una vez falladas excepcion de cosa juzgada en el negocio en que se oponen, es decir lo preguzgan. Como si en juicio de adulterio el reo opone excepcion de nulidad de matrimonio, excepcion de que no puede conocer el juez criminal y cuya excepcion una vez decidida prejuzga el juicio de adulterio, pues si se declara nulo el matrimonio aquel no existe;¹ ó en un juicio el demandado ó el actor oponen excepcion de falsedad de un instrumento. Cuando en este concurso de acciones, dice Villanova en el lugar citado, entrambas son criminales y contrarias entre sí, ha de distinguirse si de ellas ha de venir pena corporal en cuyo caso debe preferirse la que sea mas grave; en caso contrario la accion primera resiste la contra-acusacion. Y Carleval se expresa así: "*Amplia secundo, ut cicut, causa criminalis post civilem intentata facit supersedere civilem, ita civilis prejudicialis intentata post criminalem, facit criminalem supersedere, et prius de illa cognoscendum est quam de criminali primo loco intentata. Amplia vero tan verum est resolutionem prædictam, et supersedendum esse causam civilem dum tractatur criminalis (prejudicialis), ut criminaliter accusatus non possit reconveni civiliter suum accusatorem.... Tertio infertur ob eadem rationem, si in judicio criminalis reus proponat contra suum accusatorem et testes ab eo productos falsitatis acuationem, supersedendum est in causa criminali principaliter intentata et procedendum est in causa*

1 A propósito advertimos que Villanova observa. 11, pár. 20, y Antonio Gomez fundado en la ley 81 de Toro cree que no es preciso que el matrimonio sea válido para que haya adulterio. Nosotros creemos que si la nulidad resulta *ipso jure* y puede deducirse de oficio, no puede haber adulterio, pero si solo los interesados pueden deducirla; si hay tal delito, pues no deduciendo tal accion consienten en todos los efectos del matrimonio.

incidentali á reo posterius mota. Est enim secunda causa præjudiciali primæ." Esto debe entenderse como dice Villanova en el lugar citado y como puede sostenerse con el art. 130 de la ley de 23 de Mayo de 1837, y leyes 4, tít. 10 part. 3ª y 4ª, tít. 1º, part. 7ª, cuando la reconvenccion criminal importe delito más grave, y aquella sea pura, sincera, sin malicia y sin el fin torcido de eludir la acusacion. En caso contrario se procede *ad ulteriora* reservando al proponente la accion de calumnia. Estas doctrinas de la antigua legislacion están conformes con la moderna y con el proyecto, en lo poco que estos han tocado esta materia. Así el artículo 688 del Código de procedimientos civiles dice: que en caso de que una de las partes en juicio civil objeto de falsedad un documento que sea de influencia en el pleito y entable la accion criminal respectiva, se suspenderá la civil hasta que recaiga ejecutoria en la criminal. El art. 653 del Código penal dice: que cuando haya pendiente un juicio en averiguacion de un delito imputado calumniosamente á uno, se suspenderá la accion de calumnia hasta que dicho juicio termine. El art. 161 del proyecto de Código de procedimientos criminales dice: que si en un juicio civil se redarguye de falso un instrumento y la parte insiste en que se tome en consideracion, se suspenderá el juicio civil hasta que en el criminal se ventile el punto de falsedad. Generalizando el espíritu de estas disposiciones se llega á la doctrina de los autores citados, es decir, á la de que excepciones contrarias, perjudiciales y atendibles, suspenden el juicio en que se oponen y ameritan previo y especial pronunciamiento, si no pueden acumularse en el mismo proceso por su incompatibilidad, por falta de jurisdiccion en el juez ó por otra causa.