

manera de sustanciar las recusaciones y excusas de los funcionarios que intervinieren en el juicio militar y casos en que ellas tienen lugar.

§ 4º

ACCIONES Y EXCEPCIONES.

Como todas las acciones que se deducen en juicio militar son públicas, el procedimiento se inicia ordinariamente de oficio. Respecto de excepciones es claro que en el fuero de guerra no tienen lugar muchas de las del fuero comun, como son las dilatorias referentes á falta de personalidad en el actor, falta de conciliacion y demás que se derivan de la naturaleza de un juicio criminal que verse sobre delitos privados. En cuanto á recusaciones y excusas provenientes de *impedimentos*, al hablar de la organizacion del fuero de guerra hemos dicho cuales existen respecto de funcionarios judiciales militares.

En cuanto á recusaciones no fundadas en los impedimentos mencionados, es claro que no caben durante el sumario (adelante demostraremos como en los juicios militares hay verdadero sumario) respecto del general en jefe y su asesor, pues la ley de 4 de Marzo de 1857 aunque se refirió á procedimientos del fuero comun, tambien se ocupó de los federales y militares en algunos de sus artículos, puesto que en su art. 148 permite recusar sin espresion de causa con protesta de no proceder de malicia á un solo juez funcionando como tal ó bien como *asesor militar*. Luego si debemos aplicar esta ley en la parte que habla de recusaciones en juicios militares, tambien la debemos aplicar en la que prohíbe hacer recusaciones durante el sumario (art. 156.) Pero una vez concluido el sumario la recusacion procede contra el general en jefe y su asesor por las siguientes razones. La

orden de 23 de Junio de 1803, inserta en la pág. 148, tom. 3º de Colon, prohibió la recusacion del comandante militar y su auditor; pero esta disposicion se refiere al caso en que los procesos se pasaban á dichos funcionarios para la aprobacion de las sentencias, pues entonces ellos *no proceden como jueces, pues no pueden variar lo determinado por los consejos ordinarios, mediante que si la sentencia está arreglada á ordenanza debe permitirse ejecutarla;*¹ y si se encuentra algun defecto en orden á la justicia no tienen facultades para enmendarla por estar reservadas al Consejo Supremo de guerra. Así pues, no en todo caso, sino en el mencionado, y por la razon de no ser el capitan general y su auditor sino simples *jueces ejecutores*, no podian ser recusados; pero hoy la legislacion ha cambiado la sustanciacion de los juicios militares, y segun ella hay casos en que intervienen el general en jefe y su auditor no como simples ejecutores, ó como conductos por donde se eleva el proceso á otro tribunal, como el Consejo Supremo de guerra, para que este resuelva las dudas y revoque las injusticias ó ilegalidades de los procesos, sino que aquellos funcionarios deciden sin apelacion, ni revision ninguna, trámites muy importantes del proceso militar que pueden causar gravámen á los interesados. Así por ejemplo, cuando se pasa el proceso al general en jefe para que diga si debe llevarse al jurado ó si debe sobreseerse, ó si debe ampliarse el sumario, las resoluciones que sobre esta materia dicte el general en jefe además de ser inapelables ó irrevisables, tienen el carácter de decisiones de verdadero juez y no de simple ejecutor. Seria pues un absurdo aplicar al procedimiento actual prescripciones legales basadas en el mecanismo de juicios, trámites y organizacion de autoridades militares que hoy no existen.

En consecuencia una vez concluido el sumario, podrá ser

(1) Y entónces solo son los funcionarios mencionados *jueces ejecutores* contra los que no cabe recusacion, como hemos dicho en *fuero comun*.

recusado el general en jefe y su auditor ó asesor, en los términos que previene la ley de 4 de Mayo de 1857 y con fundamento de la ley 22, tít. 4, pág. 3^a, siempre que las funciones de estas autoridades no sean las de simples ejecutores de una sentencia, como son las que ejercen despues de fallado el proceso por el jurado militar. Las recusaciones procederán una vez sin espresion de causa, y con ella, todas las veces que se justifique causa legítima, ocurriéndose para saber cuales son causas legítimas á las leyes comunes como supletorias de las militares. Si el asesor es recusado, consultará el general en jefe con el asesor que deba sustituir al nombrado en los términos que explicamos al hablar de este funcionario.

Entablada una recusacion ó hecha valer una excusa por impedimento legítimo, se pasará para su calificacion al general en jefe, quien con dictámen de asesor la admitirá de plano si no admitiere discusion, y en caso contrario se sustanciará incidente para su resolucion, admitiéndose las pruebas conducentes. Si el comandante militar es recusado sin causa una sola vez, es claro que de plano debe admitirse la recusacion y pasar el proceso al juzgado militar mas próximo, pues no hay otro modo de sustituir al recusado y por analogía de lo que manda la ley se practique cuando no hay número suficiente de jurados militares en un Distrito, deben tambien observarse sus prevenciones respecto de que pase al Distrito militar mas próximo, cuando se trate de recusacion. Adoptamos este medio de sustitucion porque no seria admisible el que se ocurriese al ministerio de guerra á efecto de que designase otro funcionario militar que conociese del proceso, pues esto importaria un juicio por *comision*, y porque estando demostrado que procede legítimamente la recusacion de comandante ó general en jefe, no hay otro arbitrio mas que el indicado para sustituirlo.

¿Pero qué sucede tratándose de recusaciones con causa

de dicho funcionario militar? Ella deberia tener lugar en el fuero de guerra lo mismo que en el fuero comun; pero como estas recusaciones deben ser calificadas por el tribunal de segunda instancia respectivo y en el fuero militar tal tribunal no existe, es prácticamente imposible la sustanciacion de tales recusaciones. Esta falta de un tribunal de segunda instancia, de casacion ó de revision en el fuero militar, es un vacío tan importante que todo el mecanismo de los juicios militares, todas las garantías del proceso, todas las condiciones de legalidad y justicia de los trámites y de los fallos militares se afectan de ese vacío tan lamentable; pero el hecho es que tal tribunal de revision no existe y que con su falta quedan suprimidos multitud de recursos legítimos que garantizarian á los reos y á la causa pública la justa y acertada aplicacion de las leyes penales del fuero militar. Sobre este punto hablaremos todavía con mas estension al tratar de recursos.

Respecto de recusaciones con ó sin causa de fiscales y escribanos ó secretarios, en los procesos militares, Colon en el tomo 3, pág. 394 de sus *juicios militares*, y Caravantes en su tratado de *procedimientos militares* apoyados en la práctica de los tribunales militares dicen que el fiscal y el escribano ó secretario, pueden ser recusados, y que la recusacion de este, si es evidente la admitirá de plano el fiscal y de lo contrario la calificará el capitan (hoy general en jefe) quien tambien calificará la del fiscal. Pero creemos que hoy no procede la recusacion en sumario por prohibirlo todas las leyes modernas; y porque en el fuero militar segun las doctrinas citadas no procedia dicha recusacion sino en la confeccion con cargos, diligencia que hoy no existe. Respecto del plenario creemos que debe observarse en cuanto al fiscal lo que dijimos al hablar de fuero comun de este funcionario (pág. 68) pues ya en ese estado del proceso el fiscal deja de ser juez instructor y se convierte en acusador.

Hay en el fuero militar ciertas excepciones que no caben en el fuero comun ó que tienen en aquel sustanciacion especial. Tales son las de falta de instruccion en las leyes penales, falta de socorro ó haber, falta de edad ó de talla para el servicio, falta de juramento de fidelidad á la bandera, y ebriedad.

Esta última excepcion se investigará en el fuero militar lo mismo que en el comun con arreglo al auto acordado de la audiencia de México de 20 de Enero de 1803 que oportunamente hemos extractado, pues la apreciacion sobre si procede ó no, en qué casos y si es exculpanete, atenuante ó inadmisibile, no corresponde al juez instructor ó sea al fiscal militar que forma el proceso, sino al juez que debe fallar ó sea al jurado. Apropósito y aunque no pertenece á la materia de procedimientos advertiremos que aunque las ordenanzas del ejército, tít. 10, trat. 8º, art. 121, las reales órdenes de 29 de Marzo de 1774, 26 de Febrero de 1796, 4 de Abril de 1769 derogatoria del trat. 5º, tít. 3, art. 40 de la Ordenanza de la armada naval, y otras disposiciones, (sobre todo, la órden de la comandancia militar de 12 de Abril de 1869, sobre que se advierta á los soldados al leerles las leyes penales, que la embriaguez es circunstancia agravante) no admiten en el fuero militar la excepcion de embriaguez, esto se entiende como excepcion *exculpanete*, pero no como atenuante del delito, pues este carácter es tan natural y tan uniformemente aceptado en todos los Códigos penales, que seria un absurdo el no admitir los efectos naturales que la embriaguez produce en la libertad del agente ó del autor de un delito. Así, pues, el jurado calificará el grado de atenuacion que ella importe para el delito.

La excepcion de falta de instruccion de las leyes penales la investigarán de *oficio* los fiscales preguntando al reo (si es de la clase de soldados) si se le han leído expresamente la órden ó artículo que señala pena al delito porque se le pro-

cesa (R. O. de 22 de Marzo de 1722). Esta excepcion es de importancia, pues la ignorancia de las leyes penales excusa de sufrir todo el rigor de las militares. Así lo declaran la R. O. de 9 de Octubre de 1720, 9 de Marzo de 1735, 14 de Noviembre de 1720, ordenanza de la armada naval trat. 5º, tít. 3º, art. 41, la ley de 12 de Febrero de 1857 art. 62, circular de 14 de Julio de 1857 y 9 de Marzo de 1735, 14 de Noviembre de 1799, órden de la comandancia de 12 de Abril de 1869, cuyas disposiciones mandan se lean las ordenanzas y leyes penales á la tropa, y determinan la forma y términos en que se ha de cumplir esa obligacion. Si el reo niega que se le hayan leído las leyes penales relativas, se practicará lo que diremos al hablar de la declaracion preparatoria.

La falta de socorro ó haber es una excepcion que solo puede alegarse en el delito de desercion, pues en este delito la admiten como circunstancia atenuante las ordenanzas en su trat. 8º, tít. 10, art. 112 y la ley de 12 de Febrero de 1857 art. 62, advirtiéndose que tal excepcion no solo consiste en no haberse asistido al procesado puntualmente con el prest, rancho ó vestuario que le corresponda, sino en haberse faltado á cualquiera condicion de su empeño en el servicio, siempre que en uno y otro caso la falta se haya cometido en circunstancias en que los demás compañeros del procesado estuviesen puntualmente asistidos ó les fueren cumplidas las condiciones del servicio. Véase tambien sobre esta excepcion la R. O. de 3 de Octubre de 1776.

La falta de edad para el servicio militar es una excepcion que impide se apliquen las leyes penales del fuero militar al que no tiene la edad requerida para ser soldado. (R. O. de 23 de Noviembre de 1780 y Consulta del Supremo Consejo de Guerra de 15 de Marzo de 1729). Por lo mismo el juez instructor ó fiscal examinará la excepcion que sobre este particular oponga el procesado, teniendo presente que

la edad requerida para el servicio militar es la de 18 á 35 años segun la prevencion 3ª del reglamento de 10 de Junio de 1869. Respecto de individuos del colegio militar véase su reglamento que citamos al hablar de competencia. No sucede lo mismo con la falta de talla para el servicio, pues ella no es admisible como excepcion. (Resolucion de 8 de Diciembre de 1767). El reglamento citado exige un méτρο setenta y cinco centímetros de altura en los reemplazos.

Finalmente la falta de juramento ó protesta de fidelidad á las banderas tampoco puede alegarse como excepcion, aunque debe preguntarse al reo tal protesta, pues la R. O. de 13 de Noviembre de 1772 ordenó que dicha falta de juramento no eximia de las penas militares, siempre que conste que el reo firmó su filiacion y se justifique por ella haber quedado impuesto de las penas señaladas. Tampoco exime de la pena correspondiente al delito de desercion el haberlo cometido con ánimo de alistarse en otro cuerpo en que se disfruta de mayor prest. (R. O. de 4 de Abril de 1796).

Respecto de la excepcion de locura, aunque la R. de 26 de Agosto de 1793, mandó que apesar de que un reo se vuelva loco, debe verse en consejo de guerra su causa para apreciar tal excepcion, hoy no podrá llevarse ante el jurado al loco, sino que el fiscal militar procederá con arreglo á lo que dijimos en la pág. 141 y 333 de esta obra, esto es, sobreseerá y remitirá este auto para su aprobacion al general en jefe, y mandará que el demente pase al hospital más inmediato con arreglo á las Rs. Os. de 12 de Julio de 1800 y 31 de Mayo de 1802.

§ 5º

APERTURA DEL PROCESO.

Hay que distinguir cuál es el acusado y si se procedió de oficio ó por acusacion para saber los procedimientos que de-

ben seguirse. Si se trata de delito cometido por el general en jefe, ó lo que es lo mismo, por el juez militar ó comandante con jurisdiccion, entónces debe tenerse presente la ley de 27 de Marzo de 1832 que declara sujetos al Consejo de oficiales generales (hoy jurado militar) á los comandantes militares por sus delitos del fuero militar; pero que préviamente deben ser removidos por el Gobierno. En consecuencia, el ministro de guerra, de oficio ó por queja de parte (que ante él se presentará caso de que alguno tenga que acusar á dichos funcionarios militares por delito del fuero militar), ordenará la remocion del acusado ó presunto delincuente y lo consignará, no á la comandancia del Estado donde se cometió el delito, como previene la ley citada, (pues ya hemos dicho que no hay comandancias permanentes) ¹ sino al general del cuartel general donde se cometió el delito, siguiendo en lo posible el espíritu de la ley referida, pues no hay otro arbitrio para designar el juzgado militar que debe conocer de dichas causas. Es cierto que este arbitrio tiene ciertas apariencias de juicio por comision, pero debe advertirse que el general en jefe no es quien juzga, sino el jurado, con lo queda á salvo el principio constitucional que prohíbe los juicios por comision.

Si el delincuente no es de la clase de tropa sino oficial, entónces aunque durante el proceso de un soldado aparezca complicado en el delito un oficial, ni por el principio de acumulacion, ni por otro motivo cualquiera se juzgará en el mismo proceso y jurado al soldado y al oficial, sino que se compulsará testimonio de lo conducente de la causa contra el oficial y se pasará al general en jefe ó comandante para que le imponga la pena correccional debida, ó mande se sustan-

(1) La ley de 13 de Agosto de 1853, previno que los reos militares fueran juzgados por el tribunal militar de la demarcacion donde fueren aprehendidos, aunque hayan delinquido en otra parte.