

Tei
638



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**"LA PENA DE MUERTE EN EL
FUERO DE GUERRA"**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

YOLANDA REYES HERNANDEZ



10. DE JUNIO DE 1986

**FACULTAD DE DERECHO
SECRETARÍA AUXILIAR DE
EXÁMENES PROFESIONALES.**



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

LA PENA DE FUERTE EN EL FUERO DE GUERRA.

CAPITULO I.

EL FUERO DE GUERRA.

- A.- ANTECEDENTES HISTORICOS.
- B.- DEFINICION.
- C.- JUSTIFICACION.
- D.- FUNDAMENTO.
- E.- REFERENCIA CONSTITUCIONAL (art.13).

CAPITULO II.

EL DERECHO PENAL ORDINARIO Y EL DERECHO PENAL MILITAR.

- A.- ESTUDIO COMPARATIVO.
- B.- AMBITO NORMATIVO.
- C.- PENA Y FUNIBILIDAD.
- D.- LA AXIOLOGIA DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL MILITAR.

CAPITULO III.

LA PENA DE MUERTE EN EL DERECHO PENAL MILITAR.

- A.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

CAPITULO IV.

LA PENA DE MUERTE EN EL DERECHO PENAL MILITAR MEXICANO.

- A.- FUNDAMENTO EN EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR.
- B.- REFERENCIA CONSTITUCIONAL. (Art. 22).
- C.- ANALISIS NORMATIVO.

CAPITULO V.

SU JUSTIFICACION DENTRO DE LA LEGISLACION PENAL MILITAR.

- A.- ARGUMENTOS EN FAVOR.
- B.- ARGUMENTOS EN CONTRA.

CAPITULO I.

EL FUERO DE GUERRA.

A.- Antecedentes Históricos., B.- Definición., C.- Justificación., D.- Fundamento., E.- Referencia Constitucional. (-- Art. 13).

A.- ANTECEDENTES HISTORICOS.- Existieron en la antigüedad varias clases de fueros, de las cuales citaré las más importantes, analizando en primer lugar la palabra fuero y su evolución histórica.

En sentido etimológico, la palabra "fuero", proviene del latín FORUM ó TRIBUNAL. El fuero como jurisdicción o potestad puede ser ordinario, que viene a ser el poder que se tiene de conocer todas las causas, tanto civiles y criminales que no corresponden a tribunales especiales y privilegiados, poder que se tiene de conocer de ciertas clases de causas o los que se refieren a ciertas personas, cuyo conocimiento se ha sustraído a los tribunales ordinarios.

Históricamente hablando han existido diversos fueros, uno

de los más antiguos es el FUERO CASTRENSE, también llamado FUERO DE GUERRA ó FUERO MILITAR, que a su vez en su acepción --- más connotada debe entenderse como sinónimo de JURISDICCION de guerra militar ó castrense; que es la potestad de que se hayan investidos los jueces, los Consejos de Guerra y Tribunales Militares para conocer de las causas que se susciten contra los individuos sometidos al fuero de guerra; esta jurisdicción, posee un triple fundamento, ya que se aplica por razón de las --- personas del lugar y de la materia.

En contraposición del fuero de guerra, ó jurisdicción militar; se encuentra el FUERO COMUN u ORDINARIO ó JURISDICCION-CIVIL u ORDINARIA; es la que conocemos en el fuero común a diferencia de las especiales o privilegiadas; la extensiva a la generalidad de las personas causas y cosas, la correspondiente emitida a los jueces y tribunales legales para administrar justicia en todas las causas que les compete.

Del fuero de guerra, se dice además que es un fuero especial y que por FUERO ESPECIAL, entenderemos cualesquiera de --- las jurisdicciones que no son la ordinaria; como la castrense, la eclesiástica etc. Dentro de la jurisdicción especial se --- encontraba EL FUERO DE CASA REAL, que conocía de los negocios-contenciosos de la servidumbre y del patrimonio real, por re --- plamamiento de 1761, los jefes de Real Palacio de España, con sus asesores tenían autoridad para conocer de las causas de las --- personas empleadas en el servicio del Rey y de la Real Familia; El mayordomo real, el sumiller de corps y el caballero mayor escuderos por un Consejo de Castilla, constituían este tribunal llamado "nureo", su jurisdicción se extendía a lo civil y-

a lo criminal y tanto fallaba sobre delitos de exarcebamiento, juegos prohibidos, hurtos y fraudes como de resistencia a la — autoridad. Por Real Ordenanza de 1836, se determinó que esta — jurisdicción había sido abolida el restablecerse en ese año — la Constitución de 1812, que solo reconocía como fueros espe— ciales al eclesiástico y el militar.

Existió también como uno de los más importantes el FUERO— DE CASTILLA, que se identifica como cuerpo de leyes, costum — bres, "fazañas" y albedrios que rigió antiguamente para los — castellanos. Hacia el año 1000, se señalan diversos textos de— castilla de vigencia local como el fuero viejo de Burgos. El — primer cuerpo legal escrito y general para castilla además el— fuero juzgo que analizaremos más adelante, fué promulgado por— Alfonso VII, en las cortes de Najera; en el siglo XII, trata — de las prerrogativas de la soberanía; de los derechos de rea — lengo, abadengo y de los señoríos de behetría divisa y solarie— go se intenta poner límites a los privilegios nobiliarios; se— dictan preceptos sobre amortización, en el sentido de prohibir enajenar a manos muertas y otros referentes a materias políti— cas y militares. Además del fuero de Najera, tuvieron vigencia general en Castilla, el fuero de las "fazañas" y costumbres — antiguas, el fuero de albedrío entre otros.

El fuero viejo de Castilla, formado en tiempo de Alfonso VIII, fué adicionado por San Fernando y Por Don Pedro el Cruel que le dió sanción de fuerza de ley general. El fuero viejo, — llamado así por contraposición al Fuero Real, padeció una lapa — na en su vigencia desde 1255, en que Alfonso X, promulga el —

fuero real, hasta 1272, en que lo restablece por las numerosas quejas de los nobles castellanos, lastimados en sus privilegios por el código del rey sabio. El fuero viejo fué ratificado por Alfonso XI, en las Cortes de Alcalá, en 1348, donde se le dió preferencia sobre las Partidas. Este fuero de Castilla y el FUERO JUZGO, son de los primeros cuerpos legales escritos y de manera general para Castilla. El fuero juzgo constituye otro de los grandes méritos del derecho español, que apenas destruido el imperio romano, erige, este monumento jurídico tan notable para su época como lo fueron las partidas para la ya avanzada edad media, originalmente el nombre del fuero juzgo, no era este, se le conoció con las denominaciones de "Liber Judiciorum", (libros de los jueces), "Codex Legum" (códigos de las leyes), "Liber Judicum" (Libro de los Jueces), "Liber Gotycorum", (Libro de los godos).

Con la finalidad de superar la dualidad legislativa, de la península Ibérica, regida por los Códigos de Euríco y de Alarico, aplicados respectivamente a los hispanorromanos, a los visigodos, como recopilación además de distintos usos y costumbres y prácticas, consta el libro de los jueces de un exordio de 18 leyes, acerca de la elección de los príncipes y de sus derechos y obligaciones. El texto principal lo forman 12 libros divididos en 54 títulos, y de 559 leyes. El título I, trata de las leyes y de su formación. El título II de los litigios de los jueces y de los testigos y otros ayuntamientos condenados y del divorcio.

El IV, del parentesco, de la herencia, de los huérfanos y de los huérfanos y de sus guardadores. El V, de las cosas ecle

siásticas, de las donaciones, ventas, permutas, depósitos, comodatos, prendas y mercedes. El VI, de las acusaciones de los molhecheros, de los homicidas, lesiones abortos, envenenamientos. El VII, de robos y falsedades. El VIII, de fuerzas y daños. El IX, de los esclavos fugitivos, de los desertores de la milicia y de los que se refugian en las iglesias. El X, de las tierras propias o arrendadas, de su división deslinde y amojonamiento, y de las prescripciones.

El XI, de los médicos de los violadores de sepulturas y de los comerciantes extranjeros. El XII, de la conducta de los jueces al administrar la justicia de los herejes, juicios y otros sextarios para terminar ocupandose de los denuestos e injurias.

Sencho IV, lo declaró en vigor para el Tribunal de la Corte que conocía de los recursos de alzada. El ordenamiento de Alcalá (en 1348), concede preferencia a este código con respecto a las Partidas, aún siendo más recientes en cerca de seis siglos. Las leyes del Toro ratificaron su vigencia lo mismo que la Nueva y la Novísima Recopilación; luego del código civil, como todo el derecho histórico fué derogado.

Dentro de la legislación común de aquella época tenemos el FUERO ORDINARIO, cuyo concepto no varía hasta nuestros días y del cual sólo se ampliará diciendo que la jurisdicción común es la facultad de juzgar que tienen los tribunales y jueces del orden común a quienes corresponde conocer de la generalidad de las causas civiles y criminales, de no estar expresamente reservadas en su conocimiento y resolución a cualesquiera de las jurisdicciones o fueros especiales, reducidos al ceg transe y al eclesiástico, aún cuando vaya afirmándose así mismo la jurisdicción laboral y la jurisdicción del ambito comer-

cial.

La legislación española de la edad media comprendía el — FUERO REAL, como uno de los más importantes fueros de la época este texto legal castellano, del siglo XIII, ha recibido además los nombres de FUERO DE LAS LEYES, LIBRO DE LOS CONSEJOS DE CASTILLA, FUERO DEL LIBRO, FUERO DE LA CORTE, FUERO CASTELLANO y FUERO DE CASTILLA (denominaciones estas aplicadas así mismo al fuero viejo de castilla), y los de flores, de las leyes ó flores, (ambos equivocados, por corresponder a la suma — del maestro jacob).

A los tres años de su reinado y cuando se había formado el Espáculó, Alfonso el Sabio en 1225, antes del colosal empeño de las Partidas, promulga esta compilación de fueros municipales y de leyes que sobrevivían. Se concedió primeramente a Sahagún y paulatinamente a la mayoría del territorio castellano, hasta que en 1270, ante la reacción armada de la nobleza — muy disminuida por el Fuero Real, en sus privilegios accedió — el Rey de las Cortes de Burgos, a restituir a los nobles el — Fuero Viejo de Castilla, en el ordenamiento de Alcalá recobró fuerza obligatoria entre los fueros municipales y las partidas.

El Tribunal Superior interpreta que las leyes del fuero real, que no fueron insertas en la Novísima Recopilación no tiene prelación sobre las partidas de no haber sido guardadas y observadas.

El texto legal se compone de 4 libros, distribuidos en 72 títulos y 54 leyes. El libro I, se refiere a la religión a la organización política y a la judicial. El II contiene el Derecho procesal. El III, al Derecho Civil. El IV, al Derecho Penal

El fuero viejo de castilla, formado en tiempos de Alfonso VIII, sobre la base del ordenamiento de Nájera (del cual toma

120 leyes), fué ampliado y recibió fuerza de obligar.

Durante la edad media española fueron otorgados otros — fueros como son los FUEROS MUNICIPALES; conjunto de leyes políticas, civiles, administrativas, penales y económicas, por efecto del fraccionamiento nacional que la invasión árabe produjo, y como aliento de la vida que renacia con la paulatina reconquista fueron concediendo los monarcas por espontánea iniciativa ó a petición de las ciudades, villas y pueblos.

Esta legislación tan variada y curiosa se inicia en el — siglo VIII, para alcanzar su auge en el siglo XII, y decaer — en el siglo XV, en que se hace sentir la influencia de los — cuerpos generales: el fuero juzgo el fuero real, las partidas — y cuya extinción absoluta casi se determina por las leyes del Toro.

Las principales manifestaciones, de este espíritu jurídico — y de libertad del pueblo español las constituyen los fueros de Castilla, Cuenca Leon entre otros. (1).

Estos antecedentes históricos nos muestran el origen de — los fueros, que han sido tan antiguos, como las primeras civilizaciones, han tenido su origen en la desigualdad y los dirigentes de las multitudes se han preocupado de este problema — por encontrarle una solución adecuada.

B.- DEFINICION.- Durante los tres siglos de dominación — española, México heredo de España, su religión, su idioma, sus usos, sus costumbres y también sus Instituciones Jurídicas.

Desde los tiempos de la conquista, existió en la nueva España el régimen de los fueros, que sucesivamente fueron multiplicándose en toda la extensión del territorio. Cabe aclarar —

que el "FUERO", surgió como institución en Inglaterra en el año 1341, el parlamento dictó un estatuto en virtud del cual ninguno de sus miembros podía ser juzgado por cualquier tribunal sino por el propio parlamento.

De acuerdo a diferentes autores el concepto de "FUERO", puede ser " el privilegio, exención, franquicia ó libertad que concede a una persona o a un grupo de personas ". (2)

Macedo opina que " los fueros eran cartas de privilegio - franquicia y libertades. Sus disposiciones siempre hacían referencia a la administración de justicia. En el derecho español se identificó, por lo tanto, la idea de privilegio con la de fuero. (3)

González Bustamante afirma: que el término " fuero ", habido tomado en distintas acepciones de las cuales anotaremos algunos de ellas: a).- Puede referirse a las compilaciones o al conjunto general de leyes dictadas en una época determinada y suele hablarse del fuero juzgo del fuero real, del fuero de castilla etc,. b).- Pueden constituirlo los usos y costumbres inveterados que por ser constantes, han adquirido consagración dando origen al Derecho Consuetudinario,. c).- Pueden ser verdaderas situaciones de privilegio por razones de rango y de linaje de las personas como la exención de impuestos; el otorgamiento de gracias mercedes o inmunidades transitorias o definitivas para la persona o los bienes del beneficiario., d).- puede ser el derecho que tienen determinadas personas por virtud de su categoría social; para llevar sus pleitos al conocimiento de tribunales expresamente creados para conocer de este género de negocios., e).- también se extiende a las car - ---

tes pruebas, verdaderas concesiones otorgadas por el señor a cambio del reconocimiento del vasallaje y al pago de ciertos tributos, autorizador a los siervos para sembrar las tierras y aprovechar los frutos p., f).- lo son también las concesiones mercades otorgadas por los reyes a sus súbditos, para erigir ciudades ó villas y organizar los municipios. (4)

En opinión del maestro Ignacio Burgoa, el fuero significa "todo privilegio ó prerrogativa de cualquier especie y contenido otorgada a alguna persona o corporación ". (5)

Se examina en primer término lo que es fuero, tomado en su aspecto de jurisdicción especial creada en beneficio de ciertas personas e instituciones que no pueden quedar sujetas a la jurisdicción de los tribunales ordinarios por la misma naturaleza de las funciones que desempeñan. En la definición que da el maestro Burgoa, se estudia el carácter del fuero que tradicionalmente sigue a la persona que lo posee, como en el tribunalado romano.

Este breve análisis tiende a presentar el desarrollo histórico y jurídico que han tenido los fueros, particularmente en el Derecho Español, cuya tradición no debe olvidarse en este tipo de investigaciones dando preferencia a otras fuentes extranjeras.

Por otra parte algunos enciclopedistas jurídicos definen al "fuero", como " jurisdicción, derechos prerrogativas, poder de clase privilegiada en que está dividido un estado ". (6)

Otros definen concretamente al fuero de guerra como: "la potestad que tienen los Juzgados Militares, para conocer de los negocios de las personas que sirven en el ejército ó dependen de ello ". (7)

Por último citaremos otra definición expresando que la -- voz fuero conserva implícita una idea de preeminencia y privilegio, de franquicia o exención, que corresponde a la ideología implícita en la legislación de la edad media. El fuero hoy no puede, no debe despertar en primer término la idea de EXENCIÓN ó PRIVILEGIO, sino la de DEBER y DERECHO, no la soberbia-pretensión de excepción y aislamiento quisquilloso, sino la de mercesión de lugar en que una parte ha de entrar a componer un todo.

El fuero es si pudiera decirse, el radio en que ejerce su acción lo que se llama Justicia Militar. (8)

En las definiciones expuestas, el fuero era algo que favorecía a las cartas, algo así como un privilegio, significa un favor una concesión algo que favorece a un individuo; pero -- actualmente y de acuerdo con la ley fundamentalmente al decir Fuero Militar, en nada se favorece al ejército, solo es un -- Tribunal Especial; un Tribunal que conoce exactamente de leyes militares. El órgano ejército tiene necesidad para su existencia de ciertos órganos que son necesarios para el desarrollo -- propio de esta Institución Ejército Nacional. La institución -- de los fueros subsistirá como sinónimo de jurisdicción ó facultad de juzgar cada día más especializado en determinadas -- materias en la vida de la sociedad la que se hace más y más -- compleja e impone nuevos esfuerzos para adaptar tribunales y -- leyes a las necesidades cotidianas. (9)

De lo anteriormente expuesto, y de acuerdo con los diferentes criterios evolutivos el Fuero de Guerra, es la órbita -- de competencia jurisdiccional de los Tribunales Militares y tiene lugar cuando se trata de los delitos contra la disciplina -- militar, y de ninguna manera implica privilegio, prerrogativa,

exención ó garantía, este concepto se refiere única y exclusivamente a la esfera de competencia de la Justicia Militar.

C.- JUSTIFICACION.- La justificación del Fuero de Guerra - esta basada de diferentes criterios, que necesitan ser expuestos y valorizados. Debido a que el fuero de guerra es una jurisdicción especial que tiene sus orígenes en los primeros pueblos absteniéndose de considerarlo en aquellos donde los jefes de -- las tribus desempeñan funciones jurisdiccionales, al mismo tiempo que el mando militar, como sucede en tiempos de los hebreos; puesto que estos jueces no ejercían una jurisdicción separada - respecto de los militares sino que entendían en casi todos los asuntos, concretamente en Roma, el fuero militar se concibió -- desde los primeros tiempos, pero los jueces limitaban su jurisdicción a los asuntos puramente militares y de disciplina.(10)

El maestro Octavio Vázquez, manifiesta, que en -- dos los países civilizados hay una disciplina jurídica que en -- el plano de la ley positiva se condensa en un conjunto de disposiciones orgánicas que regulan la vida marcial de los países -- que cuentan con un ejército; es decir hay orden jurídico particular dentro, del orden jurídico general del Estado. Por lo tanto para que ese orden jurídico particular se pueda ejercer se -- requiere de ciertos requisitos; es decir que para que las leyes militares se puedan aplicar es necesario que el delincuente sea un militar, y además que infrinja la ley militar.

De tal manera que el orden jurídico ha que se refiere comprende los hechos que perturben la vida del soldado o la disciplina de las unidades orgánicas.

La formación típica del individuo continúa diciendo el au-

tor, crea en el una segunda personalidad que comprende desde - sus gestos y ademanes hasta su conciencia misma vinculando el espíritu militar que nutre la vida castrense y el espíritu mismo de la legislación marcial. La educación que recibe el soldado así como las circunstancias de tener siempre en sus manos - el manejo de las armas y de vivir en comunidad requiere de un sistema legal exclusivo y de órganos bien definidos. En cuanto a la disciplina militar que es el nervio vital del ejército -- no afecta la personalidad del individuo cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de las obligaciones, ya que al obedecer no hace sino integrar una acción conjunta que es acción del Estado. Lo anteriormente expuesto constituye una base, de la existencia, del por que debe existir el fuero de guerra; ya que la existencia del ejército o la justificación del fuero de guerra es en razón de la existencia del ejército el cual se basa en -- motivos de orden social, como son la defensa de la patria, el acatamiento a la Constitución Política, la protección de las - Instituciones y el ejercicio correcto del mando siendo esta razón de tipo jurídico castrense; la sujeción del régimen del -- servicio y observancia de la ética profesional entre otros. De tal manera que el campo de la ordenación jurídico-militar se - identifica como el ámbito de la disciplina castrense pues donde quiera que ella se manifieste surge la norma sancionadora - que la protege y conserva. A lo cual manifestamos que el fuero de guerra tiene su razón de ser por que existe un ejército, por que por mandato constitucional existe esta institución armada, - el cual debe ser regulado por ordenamientos jurídicos especiales, dando la misma Constitución libertad para legislar en esta materia, así como la creación de Tribunales que instruyan - y ejecuten resoluciones por violación a las leyes militares --

pero esto solo se puede llevar a cabo dentro de la existencia y en razón de una jurisdicción existente como lo es el fuero de guerra un fuero especial ; especial por que es en razón de la persona, de los hechos punibles , por el lugar y por la utilidad que representa para la sociedad y aún de la patria en casos extraordinarios .(11)

El Constituyente de Querétaro de 1917, dió varias razones para que el fuero de guerra subsistiera; en uno de los debates se dijo lo siguiente "... que el principio de la igualdad base de la democracia es incompatible con la existencia de leyes privativas y tribunales especiales, que implican privilegios de clase, condenando estos el artículo 13 del proyecto de Constitución, en los términos que lo señala la Constitución de 1857, - la cual deja subsistente el fuero de guerra y retira la jurisdicción a los Tribunales Militares, cuando se trata de civiles complicados en delitos del orden militar. De tal manera que el fuero de guerra responde exactamente a la necesidad social que hace forzosa su existencia ; y constituye una garantía para la sociedad en lugar de un privilegio otorgado a la clase militar como en otro tiempo. (12)

Es cierto que anteriormente el fuero militar era un privilegio ya que se gozaba y se abusaba de este fuero en toda materia, pero por fortuna fueron abolidos.

Uno de los fundamentos más importantes respecto de la subsistencia del fuero de guerra es el expuesto en el voto particular que se presentó en una de las sesiones de lo cual se aprecia que en lo que se basó el Congreso para seguir conservando la práctica de que los militares sean juzgados por militares y conforme a leyes especiales es la naturaleza misma de-

la institución del Ejército, ya que un juez civil no está empa-
 pado de los conocimientos prácticos y técnicos de la vida mili-
 tar por que por mucho que existan reglamentos forzadamente tie-
 ne que conocer en la práctica las diferentes faces de lo que es
 la vida en campaña y colectiva regida por ordenamientos especia-
 les como ocurre en el instituto armado ; por otra parte ins-
 truir un juicio militar es similar a la instrucción de un jui-
 cio civil, ya que en ocasiones se utilizan supletoriamente los-
 ordenamientos jurídicos comunes; pero no es lo mismo impartir-
 justicia en el medio civil que en el medio militar, por lo com-
 plejo de este organismo; por ejemplo en el fuero común la deter-
 minada conducta de una persona civil, pudiera no tener la menor
 importancia; pero en el fuero militar esa misma conducta puede-
 ser objeto de un delito que se sanciona de acuerdo a los orde-
 namientos militares e incluso de manera muy severa. Por lo tan-
 to estando constituido el ejército para sostener la Institu-
 ción, el Constituyente de Querétaro lo provayo de todas las --
 precauciones, dirigidas todas ellas a mantener la disciplina -
 que es su fuerza y a impedir su desmoralización.

El digutado exponente manifesto también; que para mante-
 ner y conservar la disciplina militar era necesario imponer --
 castigos severos rápidos que produzcan una fuerte impresión --
 colectiva, pero que este resultado no se podía obtener de los-
 tribunales comunes, por la variedad de los negocios a que tien-
 en que entender constantemente y por la importancia a que se-
 ven reducidas en ocasiones por diversas causas; por último seña-
 ló que era por fuerza instituir los tribunales que juzgarán --
 los delitos del orden militar, si se quería obtener los fines-
 indicados, esta exposición creo que fué la que más fuerza tuvo
 y en la que se basó el constituyente para aprobar el artículo-

y dejar subsistente el fuero de guerra ; una vez expuestos los motivos que se tuvieron para dejar viva la jurisdicción criminal.

En otra de las exposiciones manifestadas ante el Congreso se dijo: al hablar en pro del fuero de guerra, que se creía -- que el fuero de guerra favorece al militar y esto es al contrario ; por que si al ejército se le exigen responsabilidades si se le tiene que llamar para que dé cuenta ante la nación de su comportamiento y de su aptitud en defensa de su honor, de la -- integridad y del orden del país, justo es y necesario ademas -- que le demos (dijéron los diputados), también los medios para que sostenga esa disciplina para que procure por todos los medios reprimir los desórdenes que se cometen dentro de las instituciones del ejército.

Ahora bien se excuso el por que los --Tribunales del or -- den común no pueden juzgar con las leyes militares a los militares, la razón es por que los jueces del orden común no se -- den abasto para impartir justicia a los individuos del orden -- civil y no faltarían veces en que los militares dijeran " me -- aprieta el juez civil por que soy de la clase militar ", por -- último señalo que la sociedad necesita ver que se va a ser jus -- ticia en el Ejército, pronta y rígidamente. El ejército para -- el sostén de su disciplina, necesita poner castigos ejemplares y que lo vean allí palpable los mismos miembros del ejército, -- y así vemos que cuando se ejecuta a un miembro militar se orde -- na que asista un escudrón de cada cuerpo precisamente para -- que vean aquel castigo ejemplar; el ejército necesita imponer -- penas que sirvan de ejemplo y escarmiento a los demás solda -- dos.

La Institución señalo el diputado, pide por vuestra sobe-

ría que le déis esa facultad, que no es un privilegio sino - que es un medio para que meñens le exigais responsabilidades, - para que meñens o pasado tengamos derecho a decirle sino a -- cumplido con su deber por que ha faltado al honor que la na -- ción le ha conferido ---

Otra de las razones expuestas en favor del fuero de gue-- rra, es la siguiente... para la represión de los delitos mili-- tares se exige que de ellos tengan conocimiento, individuos es-- pecialistas en la materia, y la principal objeción para que -- los jueces comunes conozcan de delitos militares es que un --- juez común no conoce y sería colocar la justicia militar en ma-- nos de un juez del fuero común que no conoce ni puede conocer de delitos que son del ejército ya que existen hechos que son-- conexos con la disciplina militar, así se dijo también, que - si se quería conservar el ejército, como se conserva hasta --- nuestros días, se podría destruir el código de justicia mili-- tar y demás leyes conexas, pero si se quería conservarlo, era - necesario una ley que estableciera los Tribunales Militares, - por que es necesario mantener la disciplina en el ejército re-- quisito indispensable para la vida de esta institución, pues-- to que al anular el fuero militar habrá que suprimir, desapare-- cer al ejército, y por lo tanto se hace necesaria la existen-- cia de la jurisdicción marcial; puesto que no es lo mismo un - delito del fuero militar, que un delito del fuero común, de -- hecho se establecerían en los códigos penales la misma divi-- sión que hoy existe al hacer los códigos penales y los códigos militares, por que la naturaleza del ejército es enteramente - distinta a la naturaleza de las sociedades comunes con estas - bases se midió al Congreso que dejase vivos los Tribunales Mi-- litares ó sea a la Jurisdicción Marcial, justificada ya con --

lo manifestado en estos párrafos la existencia del fuero militar; y tal como lo señalan los códigos, que quedasen establecidos los Consejos de Guerra Ordinarios y los Consejos de Guerra Extraordinarios según los casos de su competencia, tanto para tiempo de paz como para tiempo de guerra ...” (13)

D.- FUNDAMENTO DEL FUERO DE GUERRA.- Sabemos que el origen del fuero en la República Mexicana, proviene de España, en la que la justicia en el ejército era administrada por un auditor general, teniendo en los países en que se hallaban divididas las tropas, sus subdelegados con entera dependencia de él en quien el comandante en jefe depositava el ejercicio de su jurisdicción, formando todas las causas civiles y criminales de los militares; pues el fuero de estos era personal para todos sus negocios y delitos.

La jurisdicción de estos auditores fué reemplazada y fundada por la Ordenanza de Felipe II y Felipe IV, expedida el 9 de mayo de 1857 y 28 de junio de 1632.

Es así como subsistió la jurisdicción militar hasta que por ordenanza de 28 de diciembre de 1701, 1702, 1706, 1716, 1718, 1762 y en la última, que es la que estaba vigente en aquel entonces y que es conocida en nuestro foro con el nombre de ordenanza militar expedida en 20 de noviembre de 1768 y demandada observar en América por ordenanza de 2 de noviembre de 1794; la cual estableció Consejos de Guerra de Capitanes para conocer de los delitos contra la disciplina militar cometidos por los soldados; y Consejos de Oficiales Generales, para conocer de los mismos cometidos por oficiales; dejando a los capitanes generales asociados de sus auditores o asesores-

el conocimiento de negocios civiles y delitos comunes de los militares.

Las anteriores ordenanzas mencionadas fueron el fundamento del fuero de guerra y de esa manera subsistió hasta que la ley del 23 de noviembre de 1855, artículo 22, lo suprimió para delitos comunes y negocios civiles, dejándolo subsistente solo para los delitos militares ó mixtos.

Esta forma social fué sancionada definitivamente por el artículo 14 de la Constitución de 1857, que solo reconoce el fuero militar en delitos que tengan exacta conexión con la disciplina militar para reglamentar este artículo se expidió la ley del 15 de septiembre de 1857 (14), ahora bien algunos enciclopedistas opinan que la existencia del fuero se fundamenta de un modo sólido y estable, tomando en consideración que toda sociedad necesita por razón del fin a que se consagra, una gran solidaridad y sólo se consigna con una disciplina fuerte, rígida, inflexible para que sea el lazo que une a los individuos que lo forman y unifiquen sus voluntades.

La condición de militar presupone una situación especial-jurídica y por eso hay deberes y obligaciones especiales en el orden administrativo en el civil y en el político, dando origen a otros tantos aspectos del fuero castrense (15). Estas bases o razones expuestas constituyen razones filosóficas-jurídicas pero se hace necesario manifestar los fundamentos prácticos que señala el maestro Véjar Vázquez, complementando dichos conceptos Ricardo Calderón Serrano, estos autores manifiestan que el carácter de la jurisdicción marcial "es permanente y especial", ya que tiene una función constante e ininterrumpida en la vida nacional que se acentuará en cuanto a las circunstancias que sufra y que sean de tal manera graves y

enormales.

Resulta evidente el carácter "permanente" de la jurisdicción castrense ya que por razón de conservación de altos intereses nacionales, que la jurisdicción de guerra ampara el salvaguardar, es necesario que esta se halle suficientemente asig-
nada para que cumpla la misión "permanente", que por su propia naturaleza le corresponde.

La "permanencia" significa estabilidad y exige solidez —

La "especialidad" determina la organización y actividad-jurisdiccional con intervención de militares dotados de espíritu y de justa conciencia de la sociedad-ejército, así como de los altos intereses que ésta representa, y cumpla su misión de juzgar, sin menoscabo, ni sacrificio de los demás principios de justicia. La especialidad impone en su aspecto más extenso la norma coactiva militar, la ley penal de guerra propia y adecuada para la definición y sanción como delitos y faltas de los actos y omisiones infractores de la disciplina.

Las razones que demuestran la necesidad y fundamento de la subsistencia del fuero de guerra, se presentan dos ordenes de razones, uno práctico y otro teórico filosófico.

Las razones prácticas, las más importantes aparecen relacionadas con textos realizados por el tratadista Pou Rivas, en las notas aclaratorias de su edición del código de Justicia Militar Español de 1890, y que Ricardo Calderón Serrano, Transcribe crítica y amplia; de las cuales señalaremos algunas.

"...la.- La necesidad de vigorizar la disciplina y el respeto a los jefes que se consigue cuando estos son a la vez Juzgadores y superiores .

Filosóficamente hablando esta razón tiene un significado-intrinseco comb la de ser los militares jueces de ellos mismos.

" 2a.- La dificultad que encontraría la jurisdicción ordinaria para entender en delitos de índole militar, ajenos a la competencia técnica de los jueces. Este razón nos parece el más endeble de los fundamentos puesto que el informe pericial suple la falta de conocimientos científicos, artísticos ó prácticos y podrían actuar con este carácter el estado mayor central ó las dependencias técnicas del ejército. Además, si los jueces hubiesen de tener la pericia suficiente en cuantas materias pudieran juzgar, sería preciso reconocer un tribunal peculiar a cada gremio o profesión."

La crítica que se hace a esta transcripción consiste en que son absolutamente distintos los órdenes de " conocimientos científicos, artísticos ó prácticos ", sobre lo que se puede ilustrar la competencia de los jueces, a los órdenes militares que su significación y alcance no se perciben con un dictamen pericial por muy completo que sea; El instituto armado es tan complejo, tan profundo y " sui generis", que para los profanos esto resulta ser un orden absurdo e inexplicable; ya que solo impregna de su esencia y significado así como de su importancia e ineludibilidad, al que ha adquirido una formación completa de soldado. Así pues, los peritos por muy técnicos que sean no podrían convencer al juez común de la necesidad de dictar una sentencia en sentido imperativo que defiende una disciplina que un juzgador común no siente ni comprende quedando en consecuencia indefensa y mal trecha la justicia militar, el juez del orden común, valoraría la prueba pericial militar de acuerdo con los principios y preocupaciones de su conocimiento de jurista común muy ajenos a los intereses del ejército, estos intereses resultan incomprensibles ya que la mayoría de estos intereses entran en conflicto con los intereses del fuero

Común.

" 3a.- Lo difícil y escasa en resultados que sería la actuación de los jueces ordinarios en el interior de los cuarteles ".

En esta regla se refleja la experiencia de la vida militar lo imposible de penetrar en ella más que los propios militares resultado inexplicable para los abogados civiles, sin tener conocimiento que la realidad de un cuartel es la de no reconocer autoridad más que los distintivos, uniforme y mando militar.

" 4a.- La solución de continuidad que representaría la marcha de un ejército a país extranjero, maniobras o campañas "

El hecho de que el ejército voliera a un lugar no jurisdiccional colocaría a la justicia común expedicionaria en situación de gran inestabilidad y en constante conflicto con las autoridades judiciales residentes que sentirían afectada su jurisdicción.

" 5a.- La incompatibilidad que produciría la situación de procesado ante el fuero común con los deberes militares, lo cual no sucede, en delitos de escasa importancia, cuando no le aperte de su destino la instrucción del sumario.

Como señala Ricardo Calderón Serrano, esta regla esta apegada a una justicia marcial necesaria en las unidades de guerra ya que permite actuar libremente sin producir alteraciones o daños al servicio que absorbería a varios militares para que se efectuara una buena instrucción criminal ordinaria.

" 6a.- La necesidad de un procedimiento rápido, a fin de que la pena sea inmensa al delito, rapidez incompatible con la tramitación del fuero común."

Esta es otra regla que señala que gran número de delitos -

militares tienen una apariencia exterior insignificante para el orden común pero que para la justicia militar puede resultar altamente grave por los resultados que produciría como el desorden en filas, la pérdida de autoridad es la ruina de la disciplina que en todo instituto armado debe prevalecer. Lo que hace que los Tribunales Militares actúen rápida y eficazmente con lo que la disciplina se mantiene y restablece, lo que resultaría infructuoso con la justicia ordinaria hasta un cierto punto justificada debido a la multitud de asuntos diversos que la absorben y que por su naturaleza competen a la justicia común.

" 7a.- La mayor ejemplaridad que produce el juicio seguido en el seno del ejército, por alcanzar su publicidad a los compañeros del delincuente."

En esta regla la crítica del autor consiste en que una vez iniciado el proceso se trasladaría al acusado a los centros penitenciarios o prisiones preventivas en donde actúan los juzgados comunes; por lo que el juicio se seguirá en medios distantes y distintos de los militares quedando desconocida la condena y sin publicidad. Por el contrario el delito militar perseguido y juzgado por los tribunales militares representa la actuación viva de estos dentro del instituto armado dando como resultado la conservación de la severidad y la publicidad con que se realice el juicio.

" 8a.- La naturaleza de la institución militar que obliga a castigar con penas severísimas delitos de escasa o nula significación en la vida ciudadana, como son las lesiones a un superior o a calificar de delitos actos que no se castigan

al elemento civil, como los actos deshonestos homosexuales ó la cobardía".

Esta regla que critica el autor y dada por Fou Rivas es de orden filosófico señala, como lo son las normas de cultura militar que como ya se dijo es la única que fundamenta la catalogación de delitos militares y aun delitos castrenses muy graves y sancionados con penas severísimas por conductas y hechos de nula significación en la vida ciudadana.

El mismo autor Calderón Ferrero, señala una serie de razones filosóficas de las cuales solo estudiaremos algunas; como el carácter Constitucional del Ejército y sus Tribunales constituidos por una auténtica doctrina que declara al Instituto Armado medio fundamental para la subsistencia del Estado. El Estado y la Nación encomienda al Ejército su máxima y última defensa por lo que se le proporcionan todos los medios para tal fin, uno de los cuales son los tribunales militares sin los cuales no existiría la disciplina ni el Ejército. Por que un Ejército sin disciplina sería una masa incapaz de cumplir con los fines de la Institución para los que fué creada.

Por otra parte sabemos que el ejército es el elemento coactivo del estado el elemento regresivo, el más fuerte ya que dispone de los medios más eficaces de ataque y defensa como son las armas, en el caso de que se le negase algo que por derecho le correspondiere, no dudáramos que haría uso de la fuerza para tomarlo, situación que resultaría sumamente peligrosa ya que arruinaría o pasaría sobre la autoridad del Estado y sobre la ley creando con ello una situación de violencia e inseguridad para la sociedad. Por ello es el Estado el más interesado en sostener la eficacia del orden jurídico dentro del Ejército sin violencias de ninguna especie para lo cual

tiene que dictar que creen el mejor ambiente militar.

Por otra parte ha sido visto por todo el mundo que aquel-- que lo mantiene fuerte asegura su independencia y soberanía -- frente a propios y extraños. (16)

D.- REFERENCIA CONSTITUCIONAL (Artículo 13). El fuero, ha tenido una trayectoria evolutiva, que analizaremos en seguida.

En los incisos anteriores hemos visto que el fuero de guerra, no es el concepto que actualmente conocemos; sino que comprendía ó significaba un privilegio para la clase que lo poseía. También vimos que existían innumerables fueros, entre ellos el fuero de guerra, que se encontraba dividido en varios fueros, existiendo además multitud de cédulas y leyes las cuales estaban contenidas en las Ordenanzas de marina de 1748 y 1768. El fuero de guerra ha evolucionado a través de las Constituciones; como la Constitución Española de 1812 ó la Constitución de Cádiz, no pudo dejar de lado la tradición que acusaba la existencia de la infinidad de fueros privilegiados o personales, dejándolos subsistentes en materia militar y eclesiástica como los artículos 248, 249, y 250 de la Constitución de 1812-- lo constatan.

"ARTICULO 248.- En los negocios comunes, civiles y criminales, no habrá más que un sólo fuero para toda clase de personas".

"ARTICULO.- 249.- Los eclesiásticos continuarán gozando del fuero de su estado. en los términos que prescriben las leyes ó que en adelante prescribiéren".

"ARTICULO 250.- Los militares gozarán también de fuero particular en los términos que previene la ordenanza o en adelante previniere " (17).

La Constitución de 1824, no se refiere específicamente al fuero de guerra pero lo deducimos y basándonos en lo que dice el artículo 154 de esta Constitución, se encontraba regulado el fuero militar, por la anterior Constitución de 1812, como se puede apreciar en la siguiente transcripción.

"ARTICULO 154.- Los militares y eclesiásticos continúan sujetos a las autoridades a que lo están en la actualidad según las leyes vigentes ". (18)

En este artículo se hace referencia a que los militares sean juzgados por militares que favorecían a sus intereses, en esta Constitución se concedía a los militares privilegios y concesiones es decir gozaban de un fuero particular, que continúan existiendo en igual forma dentro de la constitución de 1836, se conservan los fueros personales como lo señala el artículo 30.

"ARTICULO 30.- No habrá más fueros personales que el eclesiástico y el militar ". (19)

Pero la evolución constitucional sigue en camino; debido a la desorganización ó mejor dicho al desorden que prevalecía por aquellos años, fomentado por la intervención francesa la venta de Texas, las diferentes corrientes políticas como los conservadores, federalistas y centralistas; el presidente Santa Ana, presentó una iniciativa de Reforma a la Constitución, que fué aprobada por el congreso, entre las reformas que se hicieron la que más ó la única que interesa a nuestro tema es la que se refiere al fuero de guerra dentro ó a través de las Constituciones y el proyecto de reformas de constitución de 1839 decía:

"ARTICULO 120.- La Corte Suprema de Justicia, asociando se con oficiales generales, se erigirá en marcial para conocer

de los negocios y causas del fuero de guerra, en los casos y términos que prevenga la ley. Este designará también el número de ministros militares, que debe haber, sus cualidades y el modo de su elección.

"ARTICULO 121.- Solamente los ministros militares conocerán de las causas puramente militares; de las civiles solo conocerán los ministros letrados, y unos y otros conocerán de las criminales comunes y mixtas y de las que se formen a los comandantes generales, por delitos que cometan en el ejercicio de su jurisdicción." (20)

En la transcripción anterior se observa ya cierto criterio jurídico el señalar que los militares serían juzgados por causas puramente militares, mientras que si se tratara de causas en que no se altere el orden militar, los civiles conocerían de estas causas, de esta manera es como se contempla dentro del proyecto de Constitución de 1824; por que de ser solo una reforma a la Constitución pasó a formar parte del Proyecto de Constitución de 1824, en el segundo proyecto de 1824, se incluye un artículo referente al fuero de guerra, que esta redactado en igual forma que las constituciones de 1812, 1824 y 1836.

La vida de los fueros particulares continúa dentro de la legislación secundaria y proyectos de continuación que se iban haciendo ó elaborando mejor dicho, por ser necesarios en la vida de la República Mexicana, así es como también se encuentra dentro de las bases de la organización política en su artículo 96. fracción VIII, mismo que dice:

"ARTICULO 96.- Derechos de los habitantes de la República:

Fracción VIII.- Nadie podrá ser juzgado ni sentenciado en sus causas civiles y criminales sino por jueces de su propio

fuero y por leyes de ser y tribunales establecidos con anterioridad al hecho o delito de que se trate. Los militares y eclesiásticos continuarán sujetos a las autoridades a que lo están en la actualidad según las leyes vigentes." (21)

Este texto es igual que los anteriores puesto que contemple la vigencia de fueros particulares como en un principio -- puesto que los militares seguían gozando de privilegios toda vez que continuaban bajo la observancia de leyes que les otorgaban privilegios.

Es hasta el proyecto de constitución de 1857, cuando se -- observa que el fuero militar deja de ser y de considerarse un privilegio para pasar a ser un concepto de gran significado -- puesto que el fuero de guerra se usaría como sinónimo de jurisdicción de guerra o competencia de los tribunales militares y no privilegio, prerrogativa o extensión para quien lo tuviera como anteriormente sucedió.

Pero fué la ley del 23 de noviembre de 1855, expedida por don Benito Juárez, la que logró la supresión de los fueros privilegiados, dejando subsistente los fueros constitucionales -- de imprenta y el fuero militar, ya que anteriormente el fuero militar era un privilegio y se encontraba regulado en diversos ordenamientos además de que no existía una unificación respecto de estos fueros puesto que existían varios fueros como el de milicia, el de ingenieros, el de artillería entre otros, de los cuales sonaban todos los militares en toda materia.

Es el artículo 20. del proyecto correspondiente al artículo 13 de la Constitución de 1857, que viene a ser el complemento de la Ley Juárez, al apoyar la supresión de todas las prerrogativas dejando subsistente únicamente los tribunales especiales, para los delitos militares. Las anteriores leyes --

a la Constitución de 1857, no consiguieron la supresión de los fueros personales o privilegiados. (22)

Ahora bien la exposición del constituyente de 1850-1857, al formular el proyecto de constitución que en páginas posteriores transcribire, manifiesto en su artículo 20.- " subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas que tengan co --- nexión con la disciplina militar "(23), el constituyente tuvo buen cuidado de fijarle límites a esta excepción al principio de igualdad además de consignar una administración de justicia más expedita . Para fijar estos límites se dijo que si la sumisión a la ley era indispensable en todas las clases de la sociedad, más aun lo era en el ejército, en donde debe ser comprendida, observada y aplicada de manera rigurosa para asegurar una severa disciplina sin la cual la fuerza armada lejos de --- asegurar la independencia nacional y el orden interior, comprende aquella y se convierte en el elemento poderoso de hostilidad. Es por esto que el constituyente para asegurar esta sumisión a la ley y para fijar los límites legales. Sumisión que no puede existir en donde la justicia no tiene expedita su acción , el constituyente decidió arreglar de una manera clara, eficaz y segura el fuero de guerra en los delitos y faltas que tengan exacta relación con la disciplina militar. La división que anteriormente existía dentro del fuero, motivó al constituyente a establecer un solo fuero puesto que esa división es --- incompatible con las instituciones políticas de nuestros días ya que el fuero debe ser solo uno. El Constituyente consideró que debía corresponder a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los negocios civiles de los militares puesto, que --- esto es completamente independiente de su profesión, ya que gozaba de los mismos derechos y debe tener las mismas obligacio-

que los demás ciudadanos, pero de acuerdo con el criterio que habían plasmado en la constitución de 1957, tratándose de delitos criminales que tengan una exacta conexión con la disciplina militar los juzgaría un tribunal militar.

De esta manera puede cometer dos clases de violaciones legales: a).— Una que correspondan estrictamente a su profesión que tiene influencia en la conservación de la disciplina cuyo castigo es necesario, indispensable y no podría ser aplicado por los tribunales ordinarios.

b).— Las otras son faltas comunes al militar y al ciudadano civil y son castigadas por los tribunales comunes ya que se hecho pasa la misma responsabilidad sobre los militares — tratándose de delitos del orden común.

Pero en el ejército tratándose de delitos castrenses es necesario que se reprendan severamente por que así lo exige la sociedad ya que se perdería el orden y la disciplina dentro de esa institución. La rápida administración de justicia que es necesaria para el ejército no puede exigirse en los tribunales comunes debido a que su procedimiento es lento además de que se protege al delincuente y en el orden militar se busca la ejemplaridad de la ley, y el rigor de la misma que se debe aplicar al delincuente militar para escarmiento y ejemplo de los demás. Esa rapidez o mejor dicho la expeditividad de la justicia militar es más eficaz debido a que el soldado al hacer vida común con sus compañeros de armas da a conocer sus costumbres y hábitos debido a la convivencia diaria, a la estrechez de las relaciones de su medio del cual no se sale, es por esto que la justicia militar le es más fácil y menos laboriosa la investigación y reunión de pruebas; cosa que a la justicia co-

más le cuesta mucho trabajo y tiempo la reunión de estos elementos; estos principios o excepciones fueron valorados y aceptados por el Congreso el cual los plasmó en la Constitución de 1857. Por otra parte el proyecto de Ley Orgánica sobre arreglo del fuero de guerra en los delitos que tengan exacta --- conexión con la disciplina militar, manifiesta;

"ARTICULO 10.- El fuero de guerra sera uno solo y se disfrutará unicamente en lo militar criminal y en las faltas y delitos puramente militares. De todos los negocios civiles relativos a los militares conocerá la jurisdicción ordinaria según el espíritu del artículo 20. de la Constitución".

Este artículo establece claramente la jurisdicción que --- deben tener los tribunales militares al juzgar unicamente a --- los militares por delitos y faltas puramente militares.

"ARTICULO 20.- Estan sujetos al fuero de guerra:

1.- Todos los individuos del ejército permanen--- te de los cuerpos auxiliares del mismo, de la marina de guerra y de la milicia activa en el actual servicio.

2.- Todos los de la guardia nacional, mientras--- estuviesen empleados por la federación ó por su respectivo es--- tado de guarnición o en campaña.

3.- Los de los cuerpos de policia, por faltas --- puramente militares.

4.- Los empleados en los colegios y otros esta--- blecimientos militares.

5.- El corsario de guerra y marina y todos sus--- subalternos cuando se hallen en España.

6.- Todos los individuos del cuerpo médico mi--- litar.

7.- Los guardas almacenes de artillería.

8.- Los obreros y operarios empleados por — los cuerpos de artillería e ingenieros.

9.- Los individuos empleados en el transporte de ingenieros.

10.- Los vivanderos que siguen en el ejército de España.

11.- Los criados de los militares y empleados del ejército que los acompañan en marchas acatamientos y plazas sitiadas.

12.- Los sublevados en contra de las instituciones y del gobierno federal o de los estados que sean aprehendidos con las armas en la mano.

13.- Los espías.

14.- los trastornadores del orden público. — siempre que después de haber rehusado someterse a las autoridades civiles, sean consignados por estas a los militares.

En este artículo es claro observar que lo que se busca — con esto es la unificación del fuero de guerra, y la supresión de divisiones absurdas, ya que anteriormente habían numerosos fueros y con esto quedan suprimidos y se unifican en uno solo — toda vez que el fuero debe ser uno solo.

" ARTICULO 30.- Cuando entre los complices de un mismo delito común pertenezcan uno ó algunos a la jurisdicción ordinaria y otros a la jurisdicción militar, corresponderá el conocimiento del asunto a la jurisdicción ordinaria".

Se acepta dicho artículo entendiéndose que forma parte de —

un proyecto debido a que constituye una base para una mejor --- legislación en el sentido de dar paso al artículo 13 de la Constitución el cual dice "... que si estuviera complicado un pei - sano conocerá de el la autoridad civil..."; pero si se trata -- de un delito del fuero común indudablemente que será de la competencia del fuero común ó de la justicia ordinaria.

" ARTICULO 4o.- Se extinguen las competencias generales - y principales, los jefes de detall y mayorazgo de plaza, el gobierno designará las plazas militares que deben de existir en las fronteras y en las casetas, organizando y reglamentando sus servicios y sujetando a la aprobación del congreso los reglamentos respectivos".

En la actualidad se extinguieron esa clase de competencias servicios aprobados por el congreso y en igual forma los reglamentos del ejército que son los mismos para dichas zonas.

" ARTICULO 5/o.- La justicia en las faltas leves, se administrará por medio de los generales en jefes y los demas jefes militares, que solo podrán aplicar penas correccionales. De los delitos puramente militares conoceran los consejos de disciplina y los consejos de revisión, un reglamento fijará las organizaciones de los expresados consejos y fijará sus atribuciones - respectivas".

Para la corrección de las faltas es el superior inmediato quien aplica los castigos que consisten principalmente en arresto o cambios de corporación ó de unidad, siendo los jefes superiores los encargados de aplicarlos, existiendo también los consejos de honor. Para el castigo de los delitos militares, las - autoridades competentes que deben conocer de los mismos son:

El Supremo Tribunal Militar, los jueces militares, los jueces del orden común (que actúan como auxiliares de la justicia militar), Los consejos de guerra ordinario (para tiempo de paz) y consejos de guerra extraordinarios (para tiempo de guerra).

" ARTICULO 60.- El gobierno formará dentro del término de un mes desde la publicación de esta ley un código penal militar, reuniéndose en él las leyes vigentes y otro de procedimiento. Estos códigos se someterán a la aprobación del Congreso sin perjuicio de ponerse inmediatamente en vigor ".

Este código de justicia militar existe, habiéndose elaborado en la actualidad varios proyectos de código de justicia militar, para una mejor administración sin que hasta la fecha haya sido aprobado ningún proyecto.

Este proyecto de ley orgánica, constituye una de las bases para el proyecto de Constitución de 1857, ya que dicho proyecto en su artículo 20.- dice " ... Todos los habitantes de la República sin distinción de clase ni de origen tienen iguales derechos. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni tribunales especiales. Ninguna persona ni corporación puede ser investida de fueros o privilegios exclusivos ni dotada de emolumentos que redunden en gravamen de la sociedad. Solamente subsiste el fuero de guerra para los delitos que tengan exacta conexión con la disciplina militar. La ley fijará con toda claridad los casos de esta excepción..."

Este artículo constituye el antecedente del artículo 13 de la Constitución, que fué aprobado por el Congreso sin modificaciones esenciales en la parte en que prohíbe los juicios por tribunales especiales, los fueros y los emolumentos -

que no sea compensación de un servicio público ni estar fijados por la ley. Tenga como antecedente la ley Juárez que en materia eclesiástica abolía el fuero civil y autorizaba su renuncia en lo criminal. La Constitución fué jurada el 5 de febrero de 1857, y en su artículo 13 manifiesta que " . En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar embolumentos que no sean compensación de un servicio público y estén fijados por la ley. Subsiste el -- fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar. La ley fijará con toda claridad los casos de esta excepción ."

Este es el artículo 13, tal y como fué aprobado por el -- Congreso de 1856-1857, implícito en la Constitución Política de 1857. Después de la promulgación de esta Constitución hubo una serie de acontecimientos que marcaron o delinearon la evolución de la vida política social y jurídica de México, como la elaboración de reformas a la Constitución de 1857, así como la elaboración de diferentes documentos, motivados todos ellos por el cambio social es decir por la Revolución. Dichas reformas fueron realizadas durante el período preconstitucional, -- durante el cual se suspendió la vigencia de la Constitución de 1857, pero al mismo tiempo como su nombre lo indica era un -- período de retorno a la Constitucionalidad. Para ello se abrieron varios caminos; la restauración de la Constitución tal y como -- estaba lo que obstruía la reforma político-social ya iniciada -- ó la revisión de ella misma mediante el procedimiento que la -- misma instituye lo que deterioraría aquella reforma ó la formación de un Congreso Constituyente encargado de reformar la constitución de 1857, o de expedir una nueva, así lo observaron los

que no sea compensación de un servicio público ni estén fijados por la ley. Tenía como antecedente la ley Juárez que en materia eclesiástica abolía el fuero civil y autorizaba su renuncia en lo criminal. La Constitución fué jurada el 5 de febrero de 1857, y en su artículo 13 manifiesta que " . En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar emolumentos que no sean compensación de un servicio público y estén fijados por la ley. Subsiste el -- fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar. La ley fijará con -- toda claridad los casos de esta excepción ."

Este es el artículo 13, tal y como fué aprobado por el -- Congreso de 1856-1857, implícito en la Constitución Política -- de 1857. Después de la promulgación de esta Constitución hubo una serie de acontecimientos que marcaron o delinearon la evolución de la vida política social y jurídica de México, como -- la elaboración de reformas a la Constitución de 1857, así como la elaboración de diferentes documentos, motivados todos ellos por el cambio social es decir por la Revolución. Dichas reformas fueron realizadas durante el período preconstitucional, -- durante el cual se suspendió la vigencia de la Constitución de 1857, pero al mismo tiempo como su nombre lo indica era un -- período de retorno a la Constitucionalidad. Para ello se abrieron varios caminos; la restauración de la Constitución tal y como -- estaba lo que obstruía la reforma político-social ya iniciada -- ó la revisión de ella misma mediante el procedimiento que la -- misma instituye lo que deterioraría aquella reforma ó la formación de un Congreso Constituyente encargado de reformar la constitución de 1857, o de expedir una nueva, así lo observaron los

políticos de aquel tiempo.

Por lo que el día 21 de noviembre de 1916, quedó instalado un nuevo Congreso, y habiendo entregado el día 10. de Diciembre de ese mismo año al primer mandatario de aquellos tiempos (Don Venustiano Carranza), un proyecto de Constitución reformada, — la que fué aprobada en en sus primeros 57 artículos entre ellos el artículo que nos interesa , el artículo 13, relativo al fuero de guerra y que dentro de la Constitución de 1917, textualmente dice: " Artículo 13.— Nadie puede ser juzgado por leyes—privativas, ni por tribunales especiales. Ninguna persona o — corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que no sean compensación de servicios públicos y estén fijados por ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en — ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano—conocerá del caso la autoridad civil que corresponda ". (24)

Es así como quedó plasmado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, y que actualmente nos rige: pero este artículo para su aprobación paso por diversas opiniones unas a favor otras en contra, pero a través del tiempo— se ha visto que su aprobación ha sido fructifera, puesto que resolvió un gran problema como era el de los privilegios de casta otorgándose estos en materia civil y criminal, resolviendo este artículo la esfera de competencia de cada autoridad civil y militar; no bastando con esto que existiera como dice el maestro — Ignacio Burgos Orizuela circunstancias que hagan operante el — fuero de guerra como el hecho de que un miembro del ejército —

haya cometido un delito; y que ese delito haya infringido estatutos militares es así como los tribunales militares pueden -- conocer del juicio que de su comisión se derive. Pero estos Tribunales Militares carecen de facultad para extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan a nuestro Instituto Armado aún en el supuesto de que un sujeto no militar este implicado en la ejecución de un delito o falta militar. Así lo dispone el artículo 13 de nuestra ley fundamental en la parte que dice: " ... los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército ... " (25)

Pero puede suceder que en la preparación o ejecución de -- un delito del orden militar este complicado un civil; en este caso tal y como lo señala el mismo artículo, conocerá del juicio correspondiente el Tribunal competente, este es el Tribunal Federal (Juzgado de Distrito que corresponde), ya que los tribunales militares tienen dicho carácter Federal, por implicar -- infracciones a disposiciones federales como son las contenidas en el Código de Justicia Militar y todos los demás ordenamientos militares.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, también ha emitido su opinión acerca de la regulación y observancia del fuero de guerra a lo cual a manifestado en diferentes tesis jurisprudenciales al decir que " la ley privativa", a que se refiere el artículo 13 de la Constitución al establecer que " es carácter constante de las leyes que sean de aplicación general y abstracta (es decir que deban contener una disposición que no dependa después de aplicarse a un caso previsto determinado --

de entemero, sino que sobrevivan a esta aplicación y se apliquen sin consideración de espacio o de persona a todos los casos idénticos al que previene en cuanto que no sean abrogadas.

Por que una ley que carece de estos caracteres va en contra del principio de igualdad garantizado por el artículo 13 de la Constitución, y aun deja de ser una disposición legislativa en el sentido material, puesto que le falta algo que pertenece a su esencia; Las leyes pueden considerarse como privativas tanto les dictadas en el orden militar, como en cualquier otro, -- pues el carácter de generalidad de las leyes privativas protege al ya expresado, el artículo 13 Constitucional. (26)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, sustenta un concepto análogo de Tribunal Especial al que acabamos de esbozar, -- al expresar que " ... por tribunales especiales se entienden -- aquellos que se crean exclusivamente para conocer en un tiempo determinado de ciertos delitos respecto de determinados delinquentes ...". La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha delimitado la extensión jurisprudencial del fuero de guerra el interpretar la parte relativa al artículo 13 Constitucional.

Las tesis jurisprudenciales respectivas, sintetizan dicha extensión en los siguientes incisos:

a).- El artículo 13 de nuestra Constitución prohíbe que -- los civiles sean juzgados por Tribunales Militares.

b).- Manda que las personas que pertenezcan al Ejército -- deben ser juzgadas ante los tribunales del fuero castrense, -- cuando se trate de delitos del fuero militar. Ser enjuiciados -- ante los tribunales del fuero de guerra, cuando se trate de delitos contra la disciplina militar, es decir, que sean exclusivamente contra la disciplina militar, es decir que sean exclusiva

mente delitos del fuero castrense y por individuos pertenecientes al instituto armado.

c).- Que cuando en la comisión de un delito concurren -- militares y civiles, la autoridad civil debe conocer del proceso por lo que a los civiles corresponda mientras que el -- fuero de guerra conozcan o instruiran procesos a los militares.

Por todas las consideraciones expuestas la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha manifestado en diferentes tesis jurisprudenciales su posición en el sentido de que cuando en la preparación y/o ejecución de un delito militar estén complicados tanto civiles como militares, la competencia para conocer del proceso correspondiente debe imputarse a los tribunales ordinarios esto es a los jueces de Distrito como anteriormente ya se había manifestado en páginas anteriores, por tener fuero de guerra el carácter de jurisdicción federal ó por ser de materia federal conforme al Código de Justicia Militar.(27)

Una tesis jurisprudencial vertida por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación es la que dice que "... el artículo 13 constitucional declara que subsiste el fuero de guerra únicamente para los delitos y faltas contra la disciplina militar y el artículo 57 fracción II del Código de Justicia Militar, - hace una exposición concreta de que son delitos contra la disciplina militar; los de orden común o federal, cuando en su comisión haya incurrido cualesquiera de las circunstancias que -- en seguida se expresan: a.- que fueron cometidos por militares, en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo ahora bien si un oficial del ejército es comisionado para localizar a otro militar y al desarmar a los individuos que porten armas sin la autorización y por motivos ajenos

a la comisión, comete el delito de homicidio, la competencia -- corresponde a los tribunales del fuero común, puesto que al con- sumarlo el acusado no trató de localizar al militar, de que -- antes se habló y al detener a los individuos que portan armas -- sin la autorización correspondiente lo hacía cumpliendo la co- misión que se le confirió . (28)

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación a continuado -- con la obligación de hacer observar el artículo en cuestión y -- el espíritu de que esta impregna la Constitución, y que le -- imprimió el congreso constituyente cuyos debates tendieron -- a demostrar la necesidad de restringir el fuero de guerra a sus estrictos límites y aún a suprimirlo, como de los términos del artículo 13 de la Constitución se desprende que la interpreta- ción de este precepto es que prohíbe que un civil sea juzgado -- por Tribunales Militares, en todo caso; manda que las personas -- pertenecientes al ejército deben ser enjuiciadas ante los Tribu- nales del fuero de guerra y que en el caso de concurrencia en -- la comisión de un delito del orden militar, de agentes civiles -- y militares, la autoridad civil correspondiente debe conocer -- del delito o juicio de los civiles y las autoridades del fuero -- de guerra del que se imputa a los militares. (29)

CITAS BIBLIOGRÁFICAS .

- 1.- Cfr.- Cabanellas Guillermo.- Diccionario de Derecho Usual-
Tomo II, Ediciones Santillan, Buenos Aires, Quinta Edición
p.p. 230 a 236.
- 2.- Breaunztz Alberto.- El Fuero de los Magistrados y Jueces--
del Poder Judicial de Distrito .- Editorial Casa de Michoa
cán México, 1955.- p.- 119.
- 3.- Becerra Bautista José.- El fuero Constitucional, Editorial
Juez, México, 1945.- p.- 23.
- 4.- González Bustamante J.J.- Los Delitos de los Altos Funcio-
narios y el Fuero Constitucional.- Editorial Botas México-
1936.- p.- 16.
- 5.- Burgos Origuela Ignacio .- Las Garantías Individuales.- -
Editorial Porrúa, México, D.F. 1980.- p.-314 .
- 6.- Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XII, FAMI GARA, Edito --
rial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1975.- p.-768-
- 7.- Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Edi-
torial Nor.Baja California 1975.- p.- 726.
- 8.- Cfr.- Almirante José.- Diccionario Militar Tomo II.- p.---
1130.
- 9.- Cfr.- Burgos Origuela Ignacio.- Las Garantías Individuales
Editorial Porrúa, México D.F. 1980.- p.- 218 y 219.
- 10.- Cfr.- Enciclopedia Jurídica OMEBA.- Tomo XII, FAMI GARA, -
Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1975.- --
p.- 117.
- 11.- Cfr.- Véjar Vázquez Octavio.- Autonomía del Derecho Mili-
tar.- Ediciones de los Talleres Gráficos del Estado Mayor
de la Secretaría de la Defensa Nacional .- p.p. 14 a 16.
- 12.- Cfr.- Diario de Debates del Congreso Constituyente de --
1916-1917.- p.p.- 208 a 217.
- 13.- Cfr.- Ibidem:.

- 14.- Cfr. Pallares Jacinto.- El Poder Judicial.- México, D.F. p.p. 737 a 765.
- 15.- Cfr.-Véjar Vázquez Octavio.- Op.Cit.- p. 722.
- 16.- Calderón Serrano Ricaro.- El Ejército y sus Tribunales.- 2a.- parte.- Ediciones Lex-Mex, D.F.- 1946 p.p.- 21 a 30
- 17.- Tena Ramírez Felipe.- Leyes Fundamentales de México, de 1808-1967.- Editorial Porrúa, México, D.F., 1967 p. 789.
- 18.- Tena Ramírez Felipe.- Op.Cit.- p.- 190.
- 19.- Tena Ramírez Felipe.- Op.Cit.- p.- 237
- 20.- Tena Ramírez Felipe.- Op.Cit.- p.- 277
- 21.- Tena Ramírez Felipe.- Op.Cit.- p.- 407.
- 22.- Burgoa Origuella Ignacio.- Op.Cit. p.p.- 324 y 325.
- 23.- Zarco Francisco.- Historia del Congreso Constituyente de 1856-1857. p.- 1089.
- 24.- Cfr.- Zarco Francisco.- Op.Cit.- p.p.- 821 a 1102.
- 25.- Cfr.- Zarco Francisco.- Op.Cit.- 1102.
- 26.- Burgoa Origuella Ignacio.- Op.Cit.- p.- 307.
- 27.- Cfr.- Burgoa Origuella Ignacio.- Op.Cit.- p.p. 320 y 323.
- 28.- Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación , Quinta época, Tomo LVI.- p.- 1796.- Barragan Martín
- 29.- Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Quinta época.- Tomo LVII.- Poder Judicial de la Federación - Acéndice 1917-1975.- jurisprudencia 2a. parte.- p.- 1036 -- Flores Nicolás y Coagraviados.

C A P I T U L O I I .

EL DERECHO PENAL ORDINARIO Y EL DERECHO PENAL MILITAR.

A.- Estudio comparativo,, B.- Ambito Normativo., C.- Punitividad y Pena., D.- La Axiología de la Pena en el Derecho Penal Militar.

A.- Estudio Comparativo.- El derecho penal es tan viejo — como la humanidad, nació con ella y tuvo en sus orígenes un desarrollo superior al de las otras ramas del derecho; lo que se comprende con solo considerar la eficacia del medio coactivo — que siempre representa la pena para los hombres. (30).

Se advierte una transformación en los códigos penales ordinarios a través del tiempo y una identidad permanente en las leyes represivas militares, solo mutables en la medida en que se perfeccionan los medios bélicos. Esta divergencia se explica — atendiendo a las fuentes con que se elabora una y otra legislación. Así lo hace notar el maestro Véjar Vázquez, señalando que el derecho común se elabora con la concurrencia de dos elementos el filosófico y el histórico, atendiendo a aproximarse al—

ideal de justicia concebido en cada época y en cambio el derecho penal militar, se sustrae a esas corrientes por que su objeto se limita a la defensa eficaz de la colectividad mediante la conservación de la disciplina dentro del Ejército, por lo que ha llegado a decirse que la ley castrense es una ley de salud pública que descansa sobre la necesidad social; es decir que la ley común es cambiante por que tiene la fisonomía que le imprime la escuela que orienta sus principios y la ley militar tiene una delimitación constante por que encuentra su base en el principio de la defensa por el estado de la disciplina en el ejército. Por lo que si todos los códigos penales comunes desaparecieran sería difícil reconstruirlos por falta de una filosofía definida que les sirviera de base lo que no ocurriría con las leyes represivas castrenses.

Ahora bien las fuentes del Derecho Castrense son:

LA LEY.- al igual que en el derecho penal común, pero el Derecho Castrense tiene además:

EL BANDO MILITAR.- o sea la disposición de carácter general emanada de la autoridad marcial, exigida por un estado de necesidad que amplía el ámbito de los delitos y agrava las penas establecidas en las leyes ordinarias y que se hace del conocimiento público mediante las formalidades previstas en la ordenanza.

En los Estados Unidos de Norteamérica, se puede señalar una tercera fuente para el Derecho Castrense como es:

EL MANUAL DEL CONSEJO DE GUERRA,- para todo tiempo, este manual tiene fuerza de ley y es expedido por el Presidente de la República.

La fuente del Derecho en General puede ser próxima ó remo

ta mediata ó inmediata, principal o supletoria; la fuente es --
aquello de donde toma origen el derecho.

De acuerdo con la doctrina solo se admiten como fuentes del dere-
cho penal, mediatas y supletorias, la costumbre, los princí-
pios generales del derecho, la equidad, y la jurisprudencia pe-
ro inmediata y directa solo lo es la Ley Penal, en su más am-
plia connotación; y de acuerdo con el artículo 7o. del Código -
Penal, " delito es el acto y omisión que sancionan las leyes --
penales " (31), en consecuencia no hay delito ni pena sin ley -
y es la ley la fuente única de nuestro Derecho Penal.

El límite del Derecho Penal es la ley penal que es fuente-
y medida del derecho subjetivo del delincuente, ya que le garan-
tiza frente al Estado, el no ser sancionado por acciones diver-
sas de aquellas que la ley establece y con penas diversas.

Por último nadie puede ser sometido a un juez que no deri-
ve su jurisdicción de la ley. (judex sine lege). por lo que el-
órgano jurisdiccional tiene que funcionar legalmente y ha de --
ser el que por ley deba conocer del delito y la competencia en-
relación con éste no puede ser reconocida a tribunales extraor-
dinarios. Este concepto esta plasmado en el artículo 13 Consti-
tucional al señalar que " nadie puede ser juzgado por leyes --
privativas, ni por tribunales especiales " (32), así mismo per-
mite que subsistan los tribunales militares o sea la jurisdic-
ción militar, para los delitos y faltas del orden militar, di-
chos tribunales no son especiales para los efectos de la prohi-
bición constitucional ya que no son tribunales por comisión --
prohibidos, sino por competencia y jurisdicción, es por eso que
son admitidos.

La jurisdicción militar subsiste para los delitos y faltas contra la disciplina militar, como lo señala el artículo 13 de la Constitución; el Código de Justicia Militar de 1934, se considera como la principal fuente del Derecho Penal Militar cuyas características son distintas a las que ofrece el derecho penal común, en atención a la necesidad de fortalecer severamente los resortes disciplinarios que son esencia de la institución - castrense.

Como lo señala el maestro Jiménez de Azua, el rasgo más típico que se le asigna al derecho punitivo del ejército de tierra, mar y aire, es una mayor severidad que la que impera en el Derecho Común, originaria de las exigencias de OBEDIENCIA Y DISCIPLINA, casi todos los caracteres del derecho marcial proceden de esas dos necesidades de la milicia, inclusive en los más modernos documentos de preparación legislative se persive esa nota de severidad, aunque se haya pretendido atenuarla. (33)

Ahora bien el Derecho Penal Militar, es un Derecho Penal - especial, pero no excepcional aunque efectivamente podría darse un derecho penal militar " excepcional " , que nacería cuando la nación atravesase profundas conmociones de orden interno o internacional, así lo señala el doctor Higuera Guimera, añadiendo que el fundamento de especialidad de la ley penal militar a que nos referimos anteriormente no reside en los principios que son los mismos tanto para el Derecho Penal Militar como para el Derecho Penal Común, sino en criterios secundarios.

Como son la diversidad de los bienes jurídicos protegidos - reforzamiento de la disciplina y acentuación de la intimidación de las penas, ya que las organizaciones castrenses constituyen-

la salvaguardia permanente de la seguridad nacional; son el apoyo en que descansa la confianza de todos los ciudadanos, caracterizandose por su orden jerarquico toda vez que el mando se — ejerce por miembros seleccionados y preparados para tal misión— y dada la calidad de su cometido, es necesario que exista la — disciplina inflexible para el sustento de estas instituciones .

En cualquier país el ejército se muestra como una sociedad fuertemente jerarquizada y en la que todos sus miembros sea — cual fuere su número, importancia ó la diversidad de técnicas,— concurren para la realización de un mismo fin, la ejecución de la voluntad del superior, que se manifiesta por órdenes a las — que la jerarquia asegura su exacta transmisión y ejecución de — acuerdo a las leyes estrictas y precisas cuyo conjunto constituye la DISCIPLINA, en su aseveración mas estricta. (34)

En muchos códigos militares del mundo su organización re — presiva se basa en principios relativos a toda ciencia penal, — con las acomodaciones lógicas que requiere para su funcionamiento, sobre los elementos en que se asienta la necesidad de la — existencia de las fuerzas armadas y la eficacia de su cometido, estos elementos son el orden y la disciplina . (35)

El maestro Jacinto Pallares, opina que el fuero militar, — es una desmembración del fuero común, que es una institución es — pecial para la cual se derogan las reglas generales de enjuiciamiento por leyes especiales, pero como estas leyes especiales — no contienen una derogación de todas las leyes comunes sobre enjuiciamiento, sino que solo exceptúan de ellas al fuero privado en lo que expresamente dicen o en lo que resulten incompatibles con los trámites que establece el derecho común; es lógico que el fuero militar debe regularse por las leyes de derecho co

mún - en los puntos donde no haya una legislación especial y --
 suplir con ella las lagunas de sus leyes privativas; y solo se--
 rá exento cuando expresamente lo ordenen estas leyes ó cuando--
 unas y otras sean incompatibles en su aplicación.

Estos principios además de estar fundados en la naturale--
 za de la institución privativa, han sido confirmados ampliamente al fuero de guerra.

Las siguientes similitudes y diferencias tienden a dar una mejor exposición comparativa del fuero común y del fuero mili--
 tary similitud que se desprende de las anteriores legislaciones como la que prevenía que la defensa de los juicios militares de--
 be tener la misma libertad que en el fuero ordinario así como --
 para la determinación de la responsabilidad se deberá sujetar --
 a las prescripciones de derecho común mismas que se deberán ob--
 servar en la detención, prisión y tratamiento, ejecución y sol--
 tura de los reos.

Otra ley prevenía que no se aplicase nunca la pena de muer--
 te sin que haya un verdadero juicio sumario y los demás trámi--
 tes legales; otra legislación señala que cuando un militar come--
 te algún delito que no tenga señalada pena en la legislación mi--
 litar, se aplicará supletoriamente la legislación común.

Los delitos del orden militar son delitos públicos que de--
 ben perseguirse de oficio, pues en su castigo se interesa la --
 disciplina militar, y en la conservación de esta interesa el --
 orden militar.

Toda vez que 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 común como son --

las dilatorias, referentes a la falta de personalidad en el acto, falta de conciliación además que se deriven de la naturaleza de un juicio criminal que verse sobre delitos privados.

Existen en el fuero militar ciertas excepciones que no caben en el fuero común ó que tienen en aquel substanciación especial como son las de falta de instrucción en las leyes penales, falta de socorro ó haber, falta de edad, ó falta para el servicio, falta de juramento de fidelidad a la bandera y ebriedad; - con relación a esta última se advierte a los soldados al impartirles las academias que la embriaguez es circunstancia agravante que no se admite en el fuero militar como excepción de -- embriaguez, sino como agravante.

Respecto de la falta de instrucción de las leyes penales - la investigarán de oficio de los fiscales preguntando al reo -- (si es clase, si se le ha leído expresamente la orden o el -- artículo que señala pena al delito que se le imputa); esta ex-- cepción es de importancia, pues la ignorancia de las leyes pena-- les excusa de sufrir todo el rigor de los militares, ya que los reglamentos ordenan que se le den a conocer los reglamentos y -- las leyes penales a la tropa y determinar la forma y términos -- en que se ha de cumplir esas obligaciones . Si el reo niega que se le haya dado a conocer las leyes penales se practicará lo -- que diríamos al hablar de declaración preparatoria.

La falta de socorro o haber es una excepción que solo pue-- de alegarse en el delito de deserción, pues en este delito se -- admite como circunstancia atenuante, adviertase que tal excep-- ción puntualmente con el prest, rancho o vestuario que le corres-- ponda, no constituye excepción.

La falta de edad para el servicio militar es una excepción que impide se apliquen las leyes penales del fuero militar al que no tiene la edad requerida para ser soldado, respecto de individuos del Colegio Militar o de las instituciones educativas militares, se regulan por su reglamento interior.

Lo mismo en el fuero militar que en el fuero común las actuaciones previas al auto de formal prisión, tienen por objeto asegurar a los delincuentes y descubrirlos recoger datos, certificar huellas del delito, comprobar toda clase de pruebas: testimoniales, periciales, reconocimiento judicial, o con las que correspondan, en una palabra, practicar todas las diligencias del sumario en los términos siguientes:

La declaración preparatoria o inquisitiva que es la más importante se le tomará al reo militar, con el mismo objeto requisito y solemnidad que en el fuero común dentro de las cuarenta y ocho horas que señala la Constitución; en dicha declaración además de las preguntas que se hacen en el fuero común se harán las relativas a excepciones propias del fuero militar. Sin prisión alguna, si de la declaración preparatoria del reo y de las demás diligencias resultan méritos se le dictará auto de formal prisión dentro de los tres días contados desde la detención del indiciado.

Hay quienes dicen que en los juicios militares no existe verdadero sumario, la verdad es que en el juicio militar, como en el juicio común hay verdadero sumario, por que hay un estado del proceso en que no se trata sino de investigar y de reunir datos para el juicio ante el jurado. Este estado del proceso es el sumario. En el debe el juez instructor militar, practicar lo

lo mismo que en el fuero común y en la misma forma todas las diligencias que en dicho fuero, hemos explicado; cuyo objeto es asegurar al reo o reos y comprobar el delito. Todas las diligencias se realizan igual que en el fuero común salvo algunas excepciones que la legislación militar señala la manera de practicarse. (36)

Una vez expuestos los conceptos diferenciadores así como sus semejanzas del fuero militar y del fuero común aportaremos con el mismo objeto algunas de las excepciones del Código Penal Militar Español; señalando que la teoría general del derecho penal especial distingue dos clases o especies del mismo, un derecho especial material y un derecho penal especial formal.

El derecho penal especial material o codificado, es el conjunto de preceptos que definen clasifican y gradúan los delitos en particular según un sistema común metodológico. y el derecho penal especial formal, formado por todas aquellas leyes o preceptos especiales que definen y señalan sus penas según el criterio circunstancial propio.

Las leyes especiales complementarias pueden subclasificarse a su vez según ciertos elementos fundamentales de los mismos como son: El territorio, a que se aplican, la persona, la materia o el objeto. El derecho penal militar es una ley especial, toda vez que el Código Penal Militar Español, consagra en sus primeros artículos las garantías clásicas NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE PREVIA LEGE, de acuerdo con el código común acepta y desarrolla la ternaria clasificación tradicional; en nuestro derecho de las circunstancias modificativas, de la responsabilidad criminal, en eximentes, atenuantes y agravantes, con las modificaciones siguientes.

Eximentes sobre la enfermedad mental adopta una fórmula de doble criterio médico judicial, diciendo que esta exento el — que obrara totalmente privado de razón (criterio empírico judicial), por enajenación mental o cualquier causa de este tipo.

" Al menor de dieciseis años se le exige que no hubiere — obrado con discernimiento ", la explicación de este concepto la dan los elaboradores del código, que dicen que no se adopta la doctrina del Código Penal Común, por tener presente en algunos casos el ingreso voluntario en las filas militares antes de los dieciseis años, debe serlo con todas sus consecuencias y entre ellos los de orden penal militar, el cual no quedaría debidamente salvaguardada si en caso de infracción se redujera la acción de las autoridades judiciales militares a entregar al menor de dieciseis años a los tribunales tutelares de menores o aplicar la legislación especial de esa clase.

En cuanto al miedo insuperable, declara el código que en — los delitos militares cometidos por militares, no se estimará — esta circunstancia, puesto que un militar miedoso no se relaciona con su propio carácter profesional aunque fuera discutible — en quienes lo son por accidente.

En los delitos de traición, espionaje, rebelión y sedición militares, no se aprecia esta circunstancia, cualquiera que sea la condición de la persona responsable.

Esto es el heroísmo regulado jurídicamente considera la — extraordinaria trascendencia de estas figuras delictivas .

Por último la obediencia debida, dice la ley castrense que

se tomará o no en cuenta por los tribunales de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

La embriaguez, nunca será atenuante para los militares; se declara expresamente sancionado así se manifiesta un rígido concepto moral, que no debe olvidarse nunca, tratándose de mantener firme la dignidad profesional del ejército; como nueva y típica forma de la ley castrense se sanciona la de haberse leído a los individuos de tropa o marinería las disposiciones del código militar con anterioridad a la comisión del delito; Esta atenuante únicamente podrá estimarse en aquellos delitos imputables al referido personal por razón exclusiva de su condición militar. Siguiendo la pauta o línea del Código Penal Común, el Código Penal Militar en su título V, trata las penas sobre la doble base de principios de que solo se repután penas las impuestas por los tribunales en virtud de procedimiento judicial y que a las leyes penales militares tienen efecto retroactivo en cuanto favorezca al reo.

Por la naturaleza de las penas, algunos autores las clasifican en: a.- Militares y b.- Comunes.

a.- Corresponde a la clasificación de Penas Militares.- La de muerte, la reclusión y prisión, pérdida de empleo y separación del servicio y como consecuencia sanciona la degradación militar, suspensión, disposición de empleo, servicio disciplinario, expulsión de filas y pérdida o comisión de los instrumentos o efectos del delito, cuyos efectos principales y accesos siguen por lo general la línea de los comunes en su significado militar, como fórmula métrica penal, sanciona un principio de libre arbitrio judicial.

El Código de Justicia Militar Español de 1950 señalaba --

que el cumplimiento de las penas se haría en:

- Establecimiento militar por los delitos del código de justicia militar.
- En establecimiento penitenciario ordinario, por los delitos de traición, espionaje, contra el derecho de gentes, devastación saqueo y fraude, que produzcan separación del cuerpo.
- En estos establecimientos por las penas que se impongan a militares por leyes penales comunes.

El Título de las penas se cierra con la institución de la suspensión de " condena condicional ", en los casos y con los requisitos establecidos en el Código Penal y la libertad condicional que se sanciona para los penados condenados a más de un año que haya extinguido las tres cuartas partes y de modo semejante al sistema común.

El título VI, trata de las causas que extinguen la responsabilidad criminal que son: la muerte del reo, el cumplimiento de la condena, el indulto, la prescripción, del delito y de la pena, la responsabilidad civil, se extingue el artículo 254 del mismo modo que las demás obligaciones con sujeción a las reglas de derecho civil; por último sanciona la rehabilitación en favor de los reos no reincidentes ni reiterantes del ministerio de justicia, por medio del Departamento Militar, correspondiente, por delitos comunes si han observado buena conducta, satisfecho la responsabilidad civil y transcurrido quince años en las penas superiores a seis y diez años en el resto . (37)

Siguiendo el pensamiento de Maggiore Giuseppe manifiesta

que el derecho penal se puede definir de dos maneras.

Primero como ordenamiento normativo, y segundo como ciencia. El derecho penal es el sistema de normas jurídicas en fuerza de los cuales el autor de un delito (el reo), es sometido a una pérdida o disminución de sus derechos personales por medio de la pena. Esta definición corresponde al concepto de ordenamiento normativo; y como ciencia se dice que el Derecho Penal es el sistema de los conocimientos científicos relativos al derecho de la pena.

El ordenamiento jurídico penal es sistema regulador y sistema organizador. También apunta que es un ordenamiento de derecho público; que es un ordenamiento imperativo, toda vez que la norma penal obra siempre como un mandato en forma general y particular es decir obliga al juez a imponer la pena y según algunos tratadistas obliga al delincuente a sufrirla, la pena es un ordenamiento de carácter aflictivo, ya que su sanción es una sanción aflictiva especial llamada pena. La especialidad de esta sanción es la que distingue al derecho Penal de cualquier otra rama del derecho.

Señala como fuentes del derecho penal; Las leyes, los reglamentos, las normas cooperativas, los usos o costumbres, da una definición de delito diciendo que el delito es un mal que debe ser retribuido con otro mal, para la reintegración del orden jurídico ofendido. y concretiza el concepto diciendo que el delito es toda acción legalmente punible o específicamente delito es toda acción ilícita e imputable a la cual el ordenamiento jurídico hace seguir una sanción especial que se llama pena.

Distingue el ordenamiento penal de acuerdo con la naturaleza de la función, con la duración y con la colocación de sus normas.

Distingue entre el derecho penal fundamental y el derecho penal complementario diciendo que el primero esta constituido por las normas esenciales que son la base de todos los otros recogidos generalmente en los códigos; y que el derecho penal complementario lo constituyen el conjunto de las demas normas que integran o modifican su contenido.

La otra distinción es entre el Derecho Penal Común y el Derecho Penal Especial, el primero vale para todos los súbditos y para todas las relaciones; y que el derecho penal especial impera sobre una categoría o clase de personas por razón de cualidad o por situación jurídica especial en que se hallen. Constituyen el Derecho Penal Especial los códigos penales militares y de navegación.

Una tercera distinción es la que se hace entre el Derecho Penal regular y el Derecho Penal singular o excepcional el primero es el derecho que vale normalmente y el derecho penal excepcional es el derecho que vale para situaciones singulares y constituye una excepción a los principios. El derecho penal singular no debe confundirse con el derecho penal especial que no tiene nada de excepcional, si no que constituye solo un complemento y una integración al derecho común.

Por último el derecho disciplinario, es el que tiene por objeto la disciplina es decir la relación de obediencia de unas personas a otras, que a su vez ejercen un poder de supremacía.

En cuanto a las relaciones entre derecho penal disciplinario y derecho penal propiamente dicho observa que en el derecho

penal disciplinario no domina el principio nulla poena sine lege toda falta este ó no prevista por las normas jurídicas puede --- constituir un flicito disciplinario , en cuanto a las penas, toda autoridad, puede establecerlas dentro de los límites de su poder con tal que no contraríen los principios generales del derecho.

La prescripción que extingue el delito y la pena, no obra sobre las sanciones disciplinarias. La rehabilitación no tiene efecto sobre la pena disciplinaria, salvo que esta siga como accesoria a la condena penal.

Esta clase de normas no existen en derecho penal; las normas imperativas son las normas perfectas con un precepto y una sanción.(38)

Calderón Serrano, opina que el Derecho Penal Militar, es la esfera jurídico-penal-militar, en que el derecho se manifiesta con relevante cuerpo, con normas y principios sui generis, y con leyes, singulares que lo aislan e independizan de las demás materias o manifestaciones jurídicas relacionadas con el ejército.

Señala que existe una ordenación jurídico militar amplia y general y que de ella destaca con marcada singularidad el derecho penal militar, que presenta como ninguna otra rama marcial perfectamente delimitada su materia y el campo de su aplicación, su actividad su objeto y extensión bien determinada.

En términos generales esta puede decirse que esta representada por los ámbitos de la disciplina militar; donde quiera que ella se manifieste allí deberá existir para su protección y conservación una norma jurídica punitiva militar, que es parte del jus puniendi militar.

Esto se proclama unánimemente por tratadistas y profesionales ---

de justicia castrense y aparece además dentro de las legisla-
ciones vigentes de casi todos los países y aún en la mayor par-
te de ellos consagran los textos, nuestra constitución en su -
artículo 13, como anteriormente ya lo señalamos dentro del --
inciso de la justificación en el capítulo I, de este trabajo.
y que a la letra dice "... subsiste el fuero de guerra para los
delitos y faltas contra la disciplina militar ...", el texto --
Constitucional perfila la extensión que ha de tener el fuero --
que es la denominación la comprensiva de la legislación penal -
militar en México.

Calderón Serrano, cita a varios autores quienes a su ---
vez emiten diversas opiniones, como el concepto de Derecho Pe-
nal Militar, dado por Manzini, que dice en su obra: que el De-
recho Penal Militar es un derecho especial aplicable a las ---
personas en determinadas condiciones no es una fracción del --
derecho común que constituye un cuerpo de leyes autónomas y de
principios diversos a las de derecho penal común, que el dere-
cho penal militar, es un derecho represivo y sancionador en el
que sin desconocerse que tiene un sentido intimidativo y cier-
to carácter preventivo por la expresión en la ley del tipo ---
y de la pena, aplicable, no alcanza efectividad más que des ---
pués de consumado el delito y cuando este ha sido de investiga-
ción y comprobación judicial, así como la determinación de la-
culpabilidad de su agente.

Esto quiere decir que en el campo del derecho penal común.
precisamente en el derecho penal moderno cada vez gana más im-
portancia el aspecto preventivo de ordenación de conducta y --
consideración del " estado peligroso ", para preservar a la ---
sociedad según los dictados de la sociedad de Defensa Social -

del positivismo de seguridad que la amenaza que le ofrecen los presuntos delincuentes; en el ámbito del derecho penal se presume la docilidad y sometimiento de todos los individuos del Ejército y se confía a su instrucción y formación del soldado en el cumplimiento escrupuloso de sus deberes. Llegándose a la utilización de medidas disciplinarias que en nuestro régimen positivo (leyes de disciplina militar de deberes militares) están totalmente ajenas al derecho penal militar y al código de justicia militar vigente y de ambos no se usa hasta que se ha cometido el delito y se ha declarado la responsabilidad de sus productores.

Además el derecho militar, es necesario y útil, estas características no tienen solo los planos interesantes que ofrecen -- en el derecho penal común, sino que son primordiales y destacados, mientras que como todos sabemos, la primera razón ofrecida acerca de la existencia del derecho penal común, se da en el fenómeno de desenvolvimiento de la vida del hombre de un orden -- al que se protege por medio de principios, normas y leyes que -- lleguen a integrar el derecho penal ordinario, en la vida de los Estados, tan pronto se constituye el elemento ejército, que por sus propios fines ha de cubrir la defensa de las instituciones y leyes fundamentales; así como de la soberanía, independencia, -- integridad del estado mismo, y el mantenimiento de su paz interior y exterior, se ofrece a consideración que para garantizar -- la consecución de tan elevados fines y obligar a los elementos integradores del ejército a los efectos esforzados y peligrosos -- en extremo, que aquellos representan, se hace útil y aun indispensable principios, normas y leyes tan rígidas y severas, como las que constituyen el derecho penal militar, de cada pueblo o --

estado.

Para Calderón Serrano, el Derecho Penal militar es " el conjunto de principios, normas y disposiciones legales que para protección de la disciplina militar, hace surgir el delito, que es la infracción la imposición al culpable de la pena que es la sanción ", este autor cita a su vez al tratadista Pierre Hugueney, que define concretamente al Derecho Penal Militar, como el conjunto de leyes que organizan la represión de las infracciones militares por medio de las armas ", Calderón Serrano, toma en cuenta el aspecto objetivo del Derecho Penal Militar, por otra parte Esmeraldino Bandiera, señala a su vez que el Derecho Penal Militar, en sentido subjetivo es " doctrina jurídica que estudia los principios generales relativos a la organización y funcionamiento de las fuerzas armadas y en sentido objetivo, es la disciplina especial aplicada a la actividad funcional del militar."

Manzini considere el Derecho Penal Militar, en su aspecto objetivo como " la norma militar que acompaña una sanción, no de tipo disciplinario" y en su aspecto subjetivo como " la potestad soberana del Estado para asegurar y reintegrar el orden jurídico militar mediante la conminación e imposición de la pena ".

Por otra parte Calderón Serrano, señala la relación que existe entre el Derecho Penal Común y el Derecho Penal Militar diciéndolo que el Derecho Penal Militar, tiene dos ordenes de preferencia que son el DELITO y la PENA MILITAR; en un orden de derecho penal militar, no redundante sino concreto y preciso, no se incluyen más que los principios y reglas especiales del mismo, pero los de orden general y común a toda rama penal no hay-

por que incluirlas; esos están catalogados en los textos penales ordinarios y a ellos acude el jurista militar en los casos de aplicación de la ley y de resolución de cada precepto penal.

Diferencias entre el Derecho Penal Común, y el Derecho Penal Militar, en el que se propugna la existencia genuina y exclusiva de principios normativos propios que fundamentan filosóficamente la subsistencia del Derecho Penal Militar.

En efecto, señala el autor " el derecho a la vida," principio normativo del derecho penal común, definido con caracteres tan universales, destacados y tan absolutos, " no mataras", proclama el principio normativo de los preceptos penales comunes - garantizadores del derecho a la vida y aún se amplía, " no mataras ni a tu prójimo ni a tus semejantes ", pues bien el principio normativo del derecho penal militar, en orden al derecho a la vida, no digamos que es contrario al correspondiente principio del derecho penal común pero si que es tan distinto que ofrece aspectos de posición y desde luego es especial y singularísimo.

El principio normativo del derecho a la vida en el orden militar ni es absoluto, ni es sagrado, al contrario, se ofrece condicionado por el deber de defensa de la patria, se le sustituye y cambia por la trascendencia de la voluntariedad en el servicio, los servicios de mayor riesgo en la vida de campaña no se sortean, ni se cubren en orden forzoso, y aún se presentan preferentemente de modo voluntario esta solución o preferencia sería injustificada y hasta inadmisibles en el orden penal común. Al soldado, al militar por imperativo de deber constitucional o de su profesión reforzado por los dictados de la ley penal castrense se le exige todo incluso la vida, si ella es neces-

ria para la defensa de la patria y este sacrificio en ningún caso es exigible al ciudadano según las normas del Derecho Penal Común.

El derecho a la libertad, principio normativo del derecho sancionador común, tiene una trascendencia tan limitada en el orden penal militar y solo se hace sentir en un sentido negativo. El militar, como ya indicamos, sirve a su profesión de manera voluntaria y en cumplimiento del deber cívico, de defensa de la nación y en uno y otro estado, su libertad es tan precaria y limitada que es casi ilusoria, no puede elegir residencia ni alterar la que le sea impuesta o dejar de prestar o prestar sus servicios a determinadas horas y ocasiones, ni manifestar libremente sus opiniones, ni intervenir en política, ni pertenecer a partidos políticos etc, la libertad en la vida militar y en los textos penales del ejército, es una constante negación de la libertad y en cambio más de la mitad de los conceptos penales comunes garantizan el ejercicio del derecho a la libertad.

El Derecho al Honor, es otro de los principios normativos penales comunes, se refiere a la integridad del individuo en sí mismo y como miembro de la sociedad.

El honor militar, está basado en la lealtad y subordinación a los intereses de la patria.

Para el militar, no hay opción " su honor", le indica efectuar ineludiblemente todos los actos mas rigurosos en su forma y aun vituperables en su esencia, ha de deshonrar a sus contrarios destruir sus bienes, negar su religión etc, y en fin realizar las mas terribles acciones, con el fin de servir un mandato único preferente e ineludible de defender a su patria.

Derecho Penal Militar y Derecho Disciplinario Militar, en virtud de las infracciones en lo militar recaen sobre la disciplina del ejército, constituyen un derecho disciplinario. Sin embargo este concepto se emplea, solo cuando se trata de los de menor cuantía, es decir de los que el derecho común califica de faltas, dejando la denominación de derecho penal militar, para aquellas infracciones contra la disciplina que constituyen delitos del orden castrense; para el estudio de la substantividad del derecho penal militar, se comprenderá únicamente el delito-excluyendo la falta (Artículo 13 Constitucional y el 44 de la Ley Organica del Ejército).

Por otra parte en relación al delito tenemos que el análisis de las diferencias substanciales entre delito común y delito militar, se puede hacer desde diferentes enfoques.

a.- Desde el ángulo de las infracciones militares, pueden tomarse en tres distintos significados, en sentido lato comprenden todo delito cuyo autor esta sujeto a la jurisdicción castrense en su acepción más usual, quiere decir, infracciones que con objeto de disposiciones especiales de las leyes punitivas militares y restringidamente designan aquellas infracciones que solamente pueden ser cometidas por militares en razón de las obligaciones particulares que por tal calidad les corresponden.

b.- Analizando el derecho positivo encontramos que los delitos son: 1.- Comunes , 2.- Militares ó 3.- Mixtos.

1.- Los delitos Comunes, son los creados por la ley penal ordinaria.

2.- Los delitos Militares .- son los que fórmula el có-

digo marcial y,

3.- Los delitos Mixtos, son los que una y otra legislación consignan.

c.- La doctrina clásica no alcanza a precisar la diferencia entre esas variedades de figuras delictuosas. De acuerdo con esa doctrina, la violación de los deberes generales impuestos por la ley de una situación, de un cargo o de una profesión se comete un delito especial que se llamará "funcional", si se realiza en el ejercicio del cargo o de la función. De esta naturaleza del delito militar, se advierte ya que en tal forma no puede explicarse ni el delito mixto ni el hecho de que delitos comunes puedan ser militares.

d.- Conviene pues estudiar la evolución del concepto del delito. Así tenemos que entre los romanos para incluir una infracción entre los delitos militares, se aplicaba un criterio "ratione materiae", por el motivo político de que en Roma el ciudadano se sobreponía al soldado y así el Digesto establecía que es militar todo delito que se comete contra la disciplina y contra la disciplina iban aquellas infracciones, ya por la calidad funcional del agente ya por la materialidad especial de la infracción ó por la naturaleza peculiar del objeto o bien dañado, es decir que el delito militar, se relacionaba con el servicio o con la disciplina ó con la administración o con la economía; en cambio entre los germanos se seguía el criterio "ratione personae", en vista de que sobreponía al soldado al ciudadano. Posteriormente se vincularon ambos criterios para definir el delito.

Para que exista el delito ordinario, debe incurrir la vo -

luntariedad de la acción o en la omisión es decir debe existir la milicia en el obrar o en el hacer y en cambio en la infracción marcial no es elemento indispensable la voluntariedad o malicia en el agente, es bastante con que haya la posibilidad de un daño (caso del centinela que se duerme).

Por otra parte la infracción común, afecta los sentimientos de piedad y la infracción daña los principios jurídicos que son fundamento de la institución armada, es decir va contra el Estado, en cuanto el poder del estado es uno solo, el ejército, ya que poder es sinónimo de fuerza y la fuerza del Estado radica única y exclusivamente en sus instituciones armadas. Por último el delito es siempre inmediato o mediatamente un crimen contra el servicio militar por que en el se une el elemento personal subjetivo, que es el miembro del ejército a un elemento objetivo, el cual puede ser una lesión a los intereses meramente militares, como en la desertión o el abandono de puesto o una lesión a los intereses militares que hierde también a los intereses comunes, en la subordinación o en el abuso de autoridad con vias de hecho por ello el tribunal de guerra, no es idóneo para conocer de la responsabilidad civil proveniente del delito.

Conviene advertir que si la infracción delictuosa esta catalogada a un mismo tiempo en las legislaciones común y castrense, debe estarse a la clasificación que le corresponda dentro del derecho punitivo marcial, siguiendo el principio de que la especial deroga al género.

Respecto del delincuente, se dice, cuando se sigue el criterio restringido de tomar en cuenta a la persona del infrac -

tor, para definir la calidad del delito como acontese en nues-
tro código castrense, pues en tanto que aquellos puedan cometer
lo cualquier individuo, ésta unicamente puede ser realizada por
quien tenga personalidad jurídica.

La tendencia actual del Derecho Penal Común, acusa un pre-
dominio del estudio del delincuente, es decir que el legislador
y el juez atienden más a los hombres que a sus acciones, si-
guiendo el principio de que no hay delitos sino delincuentes y
en cambio, para el derecho penal castrense importa más la viola-
ción que el infractor, por lo que los hechos y las omisiones -
contrarias a la disciplina militar, ponen en peligro la estabi-
lidad del ejército y por ende la seguridad del Estado, por lo -
tanto la fórmula de la peligrosidad del reo tiene valor secun-
dario en la ley de guerra, en el terreno de la responsabilidad-
criminal hay profundas diferencias en las legislaciones común y
marcial.

La legitima defensa en ocasiones excepcionales, no es causa
excluyente de incriminación y por lo regular, no lo es cuando se
trata del propio patrimonio o de la vida, el honor o los bienes-
del prójimo y tampoco la fuerza física o la fuerza moral, sin --
embargo, otras causas excluyentes de incriminación alcanza su --
máximo radio en lo militar, como la obediencia y el ejercicio de
la autoridad que llega a crear el llamado fuero de centinela.

La diversa naturaleza de la vida militar y de los derechos-
que tienden a proteger a la ley castrense, hacen que se conside-
ren delictuosos actos que no son punibles en la legislación ordi-
naria, como el caso del centinela que se duerme, la inutiliza --
ción voluntaria (que viene hacer un aspecto del homicidio frus-

trado), la cobardía, la homosexualidad etc.

Con respecto a la pena, en el orden militar, la pena tiene como fin primordial la intimidación y de ahí una marcada severidad en las sanciones que establece el Código Castrense, la propia constitución del país autoriza la pena de muerte para los delitos del orden.

Queda dicho que actos que en la vida civil no se reprimen son severamente castigados en el orden militar. Hay una marcada tendencia en el derecho penal moderno a la individualización de la pena, considerando que el delincuente es un hombre susceptible de readaptación al medio social en que ha vivido y esta tendencia no se advierte en lo castrense por que la adaptación del infractor al medio tiene importancia muy secundaria ya que en el ejército ha de atenderse preferentemente al peligro que la infracción representa. La individualización de la pena llegaría a anular el efecto preventivo que es el más importante para el derecho penal militar, con la seguridad de que el principio de la reeducación del delincuente prevalecía sobre el principio de la defensa del estado, se haría imposible el mantenimiento de la disciplina (en México la población heterogénea dividida en clases y castas por diferencias racionales y económicas exigen de la ley penal común la individualización de la pena pero el ejército es un núcleo humano de gran homogeneidad y no la exige su ley). La pena, en el terreno marcial ha de guardar en cuanto a su naturaleza y extensión, relación estrecha no sólo con la índole del delito cometido y con las circunstancias en que este se realizó , sino también con la especialidad de la vida militar; por que si no penas que se tuvieron por severas serán preferidas por el militar, a los riesgos-

de una campaña.

El propósito que la pena persigue en el orden militar impide que se admitan instituciones jurídicas de la ley punitiva ordinaria, como la condena condicional, ni la sentencia indeterminada, o sea la determinación de la pena a posteriori; si la pena debe atender antes a la prevención del delito que a su represión es decir, como al ejército le interesa más el hecho que su autor, la lucha contra la reincidencia tiene mayor importancia en el derecho penal militar, que en el derecho penal común.

Esta remota aspiración del derecho penal de la dualidad de los códigos para consignar el preventivo las medidas de seguridad y en el represivo las penas no tienen razón de ser en el fuero de guerra, pues el efecto preventivo en lo militar debe tener siempre su origen en la eficacia de las sanciones establecidas.

El dilatado exámen que antecede muestra la necesidad de que las penas sean más ejemplares en lo militar que en lo común y que el régimen carcelario en lo castrense sea el adecuado ya que entre los reos habrá cobardes, suicidas, dormilones, homosexuales, etc., para quienes el trabajo será medio eficaz de adquirir las virtudes o cualidades de que carecen; demuestran que es acertado, afirma Calderón Serrano .

De esta manera creemos haber sostenido jurídica y constitucionalmente el derecho de castigar en el ejército que es derivado del alto mando y se extiende al mando efectivo y a los Tribunales Militares a que apunta el título 13 Constitucional. Se debe distinguir entre las concepciones de la pena como condi

ción para el restablecimiento del orden perturbado, la pena, - sufrimiento, expiación ó mal y la pena como medio de correc - ción ó de tutela. (39)

Ramon Pizsa, citado por Jiménez de Azua, dentro de su tex to señala que el derecho penal militar, se constituye como una rama especial del derecho penal común, de cuyos principios se nutre por virtud de las consecuencias a que lleva la organiza - ción profesional. Manifiesta que ha sido imposible olvidar la frase de Napoleon, que dice, " la ley militar , es la ley co - mún con gorro de cuartel ", a lo que Azua agrega que nada hay desprovisto de posible controversia. La substantividad y razón de ser de la justicia penal del ejército, ha sido negada por - el tratadista de guerra Belga, citado también por Jiménez de - Azua, señala Girerd que el " estado militar es una especie de - anomalia en la sociedad moderna", y el criminalista frances - Gabriel Tardem, afirmó que todo lo que se relaciona con el - ejército es una manera de supervivencia histórica.

Aunque se vean con simpatía estas ideas, el número de per - sonas que defienden la necesidad de un derecho penal exclusivo para los ejércitos es mayor. En el derecho español, el legisla - dor no solo mantenía para los militares un derecho penal propio excesivamente riguroso extendido a los hombres civiles, en ca - sos marcados por las leyes sino que somete al fuero de guerra a los prisioneros que injurían a los institutos armados. Más no - solo se ha confiado en España al fuero marcial el conocimiento de las causas incoadas con motivo de injurias y ofensas profe - ridas con el, sino que se ha recurrido al fuero de guerra en - diversas situaciones así como en un sin número y en cuan - -

tos casos se ha deseado castigar con dureza delitos comunes ejecutados por hombres totalmente ajenos a la milicia. En los países más avanzados como en Suiza, se aspira no solo a una mejor técnica, sino a palear las regiones que se estiman indispensables en el derecho marcial que propiamente debe regir todo durante las contiendas bélicas, puesto que como dice Guisa " la guerra no suprime el derecho " (40).

Los conceptos de delito, de ejército, de bando militar etc. han sido definidos por diversos autores; como Calderón Serrano define el Delito Militar, y tomando en cuenta a la doctrina así como a la ley es el acto típico, antijurídico, imputable culpable, sancionado por la ley para protección de la disciplina de los institutos armados y realizado por militares o personas que sigan al ejército, en quienes han de incurrir condiciones objetivas de punibilidad. Señala que parte de un estado organizado y de un ejército a su servicio como elemento destacado de coacción y de defensa y entonces se observa que el derecho de castigar al reo soldado emana de las facultades soberanas y constitucionales del jefe del estado, que ostenta a la par que la primera magistratura de la nación, el mando supremo del ejército.

Fernando Castellanos Tena, opina que el delito común, constituye la regla general y son aquellos que se formulan en las leyes dictadas por las legislaturas locales, en cambio los delitos federales se establecen en leyes expedidas por el Congreso de la Unión, por carecer el Distrito Federal de poder legislativo propio, el mismo Congreso Federal legisla en materia común (interna del Distrito Federal), equiparandose cuando ejerce funciones a la Cámara Local de las entidades federativas.

Los delitos militares señala el mismo autor, afectan a la disciplina del ejército la Constitución Federal de la República-- en el artículo 13 prohíbe a los Tribunales Militares extender -- su jurisdicción sobre personas ajenas al instituto armado. (41)

En la exposición que hace Octavio Véjar Vázquez, en su obra-- comienza por definir al derecho militar diciendo, que es un ór-- den jurídico particular dentro del orden jurídico general, que -- por ejército debemos entender la fuerza del estado para su defen-- sa contra enemigos interiores y exteriores, es sin duda un agre-- gado humano de psicología colectiva de tipo o del tipo de una -- sociedad.

Otros tratadistas definen al ejército como aquella parte -- que cada estado prepara y equipa para atender a su propia segu-- ridad o para el logro de sus aspiraciones y la imposición de su-- voluntad en pugna con la voluntad de otros estados, en suma para ser la guerra, siendo esta definición la aceptada.

señalan que es del tipo de la sociedad por que la sociedad-- es un grupo humano permanente organico y jerarquico que se inte-- gra por la voluntad de sus componentes con un propósito común de unificación, es por eso que algunos autores consideran aplicable este concepto al ejército por considerarlo un tipo de sociedad -- perfecta, como son el Estado y la iglesia, en opinión del maes-- tro Véjar, la naturaleza constitucional del Ejército quedo plens-- mente confirmada desde que acogida la institución en las cartas-- políticas dentro de un sistema, se estableció a cargo de todo -- hombre, junto al deber económico de pagar la contribución y el -- impuesto, el deber de defender a la patria, creando para ello -- su tributo obligatorio de sangre.

El Derecho Penal y el Derecho Disciplinario, de acuerdo con

la gravedad de la nación que puede causarse a los bienes jurídicos cuya protección se propone el legislador en el orden militar, crean el delito y la falta. Generalmente el criterio diferenciador del delito y la falta, es cuantitativo y no cualitativo o sea que, se define por el grado de tutela que la nación — representa de manera que cuando aquel es amplio e intenso surge el delito cuando es restringido y superficial aparece la falta; por esto considerando que en el delito la infracción ataca por su base los intereses jurídicos del ejército, se le reprime con una pena y en cambio a la falta, con una corrección disciplinaria por que solo entrafia quebranto del orden general, en la instrucción ya se sabe que la corrección disciplinaria no difiere de la pena sino cuantitativamente; es decir en la intensidad — privativa o lesionando bienes o derechos por parte del inferior.

Por otra parte dentro de otras legislaciones como en Francia el mismo hecho puede ser falta y delito y ser juzgado simultáneamente o lo que es lo mismo un hecho que cae dentro del derecho penal y del derecho disciplinario; en Inglaterra un reo — es juzgado por una corte marcial y por una corte civil por que — según la doctrina norteamericana el delincuente comete dos delitos por que viola la ley del Estado y la Ley Militar.

Para precisar estos conceptos Véjar Vázquez, afirma que el derecho penal militar, se refiere a los delitos cometidos por — el personal del ejército y ciertos civiles sometidos a la jurisdicción castrense y que el derecho disciplinario se relaciona — con las infracciones de poca importancia cometidos por militares.

El Derecho Penal Militar, trata esencialmente de mante

ner la disciplina mediante la represión de los delitos y tal sentido es un derecho disciplinario, pero en el tecnicismo castrense queda reservada esta denominación para cuanto se refiere a faltas del orden marcial. Por último anota que el derecho disciplinario cuyo perfil ha quedado precisado, difiere del derecho disciplinario del orden disciplinario, pues comprende la actividad -- del inferior dentro y fuera del servicio y concede la potestad -- de sancionar las faltas a todo superior y solamente a los de elevada jerarquía.

Las diferencias entre el Derecho Penal Común y el Derecho Penal Militar, han sido marcadas a través del tiempo y del espacio toda vez que se observa una transformación constante de los códigos penales ordinarios y una identidad permanente en las leyes represivas militares, solo mutables en la medida en que se perfeccionan los medios de la acción bélica.

Esta diversidad es por la diferencia de las fuentes con que se nutren una y otra legislaciones. El derecho penal común se -- elabora con concurrencia de dos elementos filosófico e histórico tendiendo a aproximarse a la idea de justicia concebida en cada época y en cambio en el derecho penal militar se sustrae a esas corrientes por que su objeto se limita a la defensa eficaz de la colectividad, mediante la conservación de la disciplina dentro -- del ejército ; es decir la ley común es cambiante por que tiene la fisonomía que le imprime la escuela filosófica en cuyos principios se orienta y la militar tiene un perfil constante por que se encuentra basada en el principio de defensa del estado, contra enemigos interiores y exteriores, que requieren el mantenimiento estricto de la disciplina en el ejército.

Anteriormente señalamos ya que las fuentes del derecho penal son la ley que es fuente del derecho penal común y del derecho marcial, pero esta se nutre además con un tipo de disposiciones legislativas que le son peculiares, por su origen histórico, por la autoridad que lo expide y por la naturaleza de su contenido. Por otra parte es necesario hablar de una fuente muy importante para el derecho penal militar y que es el bando cuya definición solo dimos en párrafos anteriores.

El bando Militar, es una disposición de carácter general, que se da de acuerdo con los procedimientos establecidos en las ordenanzas marciales y que dicta el mando militar para hacer frente a una situación en que ha alterado el orden público a tan grave extremo que la aplicación del sistema legislativo ordinario carece de eficacia para restablecerlo dentro de la zona de su jurisdicción o en el interior de la fuerza que le esta subordinada .

Para cumplir su propósito el bando militar simplifica el radio de delitos creados en aquellas leyes, pero incluyendo nuevos actos o hechos en sus tipos y utiliza para sancionarlos el catálogo de penas establecidas en aquellas leyes, pero con las agravantes que se estiman adecuadas a la necesidad de una represión rápida y eficaz. Por lo tanto por sus modalidades el bando militar altera sus principios de la ley común en cuanto a que no hay delito ni pena sin previs ley (ley en sentido formal) en cuanto a la tipicidad y a la aplicación por analogía.

Por último el bando es disposición que comprende a militares y civiles, lo mismo en lo que se refiere a delitos y penas que en lo que corresponde a la jurisdicción de los tribunales castrenses para juzgarlos.

El derecho penal militar, constituye un orden jurídico particular dentro del orden jurídico general del estado y se a definido como: el conjunto de leyes que organizan la represión de -- las infracciones militares por medio de las penas.

En su aspecto objetivo lo define como "la norma militar a -- la que acompaña una sanción de tipo disciplinario", y en su aspecto subjetivo, lo define como "el orden jurídico marcial, a -- traves de la conminación y la imposición de la pena" .

Existen algunas diferencias respecto de la pena del delin -- cuente y del delito entre el derecho penal común y el derecho -- penal militar como son:

1.- Dentro del Derecho Penal, la esencia del delito radica -- en la violación de un deber militar, pues así como se infringe -- el orden jurídico general de manera grave, se da origen a un de -- lito común, la infracción al orden jurídico militar da lugar a -- un delito marcial. Por otra parte en la doctrina italiana se ha -- dicho respecto del delito militar, que es un delito de tipo arti -- ficial o de creación política por que no afecta los sentimientos de piedad ó propiedad.

2.- Los deberes cuya violación constituye el delito mili -- tar, unos son exclusivamente militares y otros fundamentalmente -- militares, Los exclusivamente militares tratan de normas espe -- ciales destinadas a asegurar la eficacia del ejército, de tal -- modo estreñan el derecho represivo común si estas normas no se -- hallaren previstas por leyes militares no existiría el medio le -- gal de imponer su cumplimiento con sanciones de carácter puniti -- vo.

Son los deberes fundamentales militares los que provo--

con ciertas diferencias de grado y no de esencia pero que varían esencialmente su penarosa jurídico. La naturaleza de estas infracciones se radica en de un verdadero dualismo de origen, encontrando como entran en su formación elementos de derecho represivo castrense, son infracciones mixtas ó sea que envuelven la violación, simultáneas de una norma general y de una norma especial y que plantea, que de decirse caso por caso el problema de la importancia que debe considerarse a la última violación, cabe decir que no existe un criterio que permita establecer de manera clara cuando la transgresión de una norma de derecho común se convierte en norma de derecho militar, debido a las circunstancias que influyen en su naturaleza. Este problema se resuelve en cada país de acuerdo, a diferentes factores sociales históricos y políticos que influyen en su evolución.

3.- Por otra parte respecto del delito militar solo tiene carácter de delito especial profesional análogo a los que pueden cometer en el ejercicio de sus funciones los médicos, los abogados, los ingenieros, esto demuestra que se desconoce completamente la vida marcial ya que es un orden jurídico básicamente diverso al ordinario y lo falso de lo anterior se demuestra con el ejemplo de los delitos que se cometen con motivo de la administración de justicia en el fuero o los que originen en una colectividad común, como la malversación de deberes o el robo de lo perteneciente al ejército, por la concurrencia de circunstancias de lugar, tiempo, ocasión del servicio y otras que así lo determinan.

En derecho penal, el lugar de la comisión del delito, es circunstancia que la ley común, toma en cuenta solo para defi --

nir la gravedad de la sanción imponible a dilucidar la competencia, en cambio para la ley castrense el lugar en que la infracción se comete da calidad militar a ésta pues para el desarrollo del servicio y por su obligada prestación en determinados sitios, geográficos, históricos y socialmente estratégicos, las unidades armadas requieren territorios propicios, más aún la -- defensa eficaz obligada a considerar lugar de carácter secreto -- las de peligro, campamentos, aeródromos municiones y artificios y otros de igual destino. La autoridad y disciplina del ejér -- cito, no se ejerce y mantiene exclusivamente dentro de su con -- tingente humano sino también por extensión, en lugares en que -- se aloja, actúa o abastece; pero lo que es de suponer que el -- delito militar puede constituirse por razón del lugar en que la infracción se comete ; solo así se logra cierta seguridad para -- el cumplimiento, de los fines de la institución armada.

4.- En el Derecho Común el tiempo no tiene gran importan -- cia como en el derecho penal militar, toda vez que el ejército -- es una institución de constante actividad y sus ordenanzas esti -- pulan que el servicio debe desempeñarse tanto en la paz como en la guerra con la misma exactitud; es en campaña en donde se man --ifiesta plenamente debido al cumplimiento de sus misiones es -- por eso que en las operaciones bélicas, los vínculos relaciona -- dos y formalidades que crea la disciplina militar, se deben de -- manifestar ampliamente ya que lo contrario alcanza extrema gra -- vedad; de tal manera que actos de la vida ordinaria que no cong -- tituyen infracción penal y aún delitos del orden común se trang -- forman en delitos militares y sancionandose con penas severísi -- mas en tiempo de guerra.

5.- Para delimitar el delito militar se agrega a éste -- análisis el término servicio; ya que el delito común que un sol dado comete en el desempeño de su servicio o con motivo de este adquiere calidad militar tomando en cuenta que la lesión al orden jurídico castrense es más grave que la causada al orden jurídico general. En posición contraria, actos delictuosos según la ley dejan de serlo por la naturaleza del servicio que se desempeña, como el homicidio o las lesiones en el llamado fuero -- del centinela. Pero existen otras circunstancias que le dan -- otra expresión a la acción delictuosa dándole carácter militar -- por ejemplo, que el que se refiere a la tropa formada ó ante la bandera. Se advierte que las circunstancias objetivas especiales de los delitos militares, esten determinadas por las diversas situaciones en que el ejército puede encontrarse como son el encontrarse en campaña, frente al enemigo o en paz.

Respecto al delincuente tanto en el derecho penal común como en el derecho penal militar, existen ciertas diferencias -- que apuntamos:

a.- En el derecho penal militar, se considera al infractor como persona que por su acción delictuosa debe sufrir un castigo capaz de reprimirla y de intimidar a sus compañeros, el orden jurídico castrense se inclina a un criterio objetivo y no considera al delincuente como una cédula biológica susceptible de readaptación social; toda vez que la acción delictuosa del orden marcial atenta contra los intereses jurídicos y del estado al violar la disciplina. Por lo que el principio de que no hay delitos sino delincuentes y no hay delincuentes sino hombres, es un elemento de la ley penal contemporánea por lo que el legisla-

dor y el juez ordinario su criterio es pro-reo, este criterio - del derecho penal militar, es un criterio pro-disciplina.

En el Código de Justicia Militar de Portugal, el maestro-Véjar Vázquez, señala en su exposición de motivos que considera que el delincuente militar, no es un criminal propiamente dicho sino un soldado rebelde al sentimiento de disciplina de tal manera que su inadaptación solo se refiere al ámbito militar y -- lógicamente sólo en este sentido resulta peligroso.

también menciona que esto trae como resultado que se lími- te la individualización de la pena para no quitarle su efecto - preventivo que es el más importante para el derecho militar ya- que la defensa de la colectividad debe anteponerse a la reeduc- ción del delincuente. Por otra parte el delito militar se obli- ga a tomar en cuenta la minoría de edad del reo de distinta ma- nera a como la reglamenta el derecho penal común.

Respecto a las excluyentes advertimos con mayor claridad- la diferencia de criterios en la siguiente exposición;

1.- los fines superiores a que esta destinado el ejército obliga a postergar los intereses individuales del soldado al -- extremo de que en circunstancias de extrema gravedad, como fren- te al enemigo, la legítima defensa de la vida y del honor, del- inferior respecto del superior, carece de eficacia absolutoria.

Toda vez que la ley penal castrense, tutela bienes espiri- tuales o morales como la disciplina ó económicos cuando se refe- fiere a la institución ejército, no admite como excluyente la - legítima defensa del patrimonio personal del soldado. También - opera esta excluyente en relación a terceros.

2.- El código de Justicia Militar, rechaza como excluyente el empleo accidental de substancias tóxicas o embriagantes, para mantener la disciplina y perseverancia del honor.

Con relación a las excluyentes de pérdida de las facultades mentales y la violencia moral, que todos los códigos penales contemplan como excluyentes del derecho penal militar, rechaza la violencia física y la violencia moral, en los delitos cometidos con infracción de deberes que a cada militar corresponden según su comisión o empleo de acuerdo con la actividad del soldado y la actividad marcial.

3.- Por otra parte la obediencia alcanza máxima eficacia absoluta en el fuero militar, por la limitación de libre albedrío que la actividad marcial impone a los miembros del ejército dentro del conjunto y en relación con los superiores y además, por que obedecer es el principio esencial fundamental y básico de la vida militar sin el cual no puede haber disciplina ni eficacia en la institución armada.

Véjar Vázquez trata el punto de la víctima del delito señalando que ambos deberes sostienen posiciones distintas, señala que en derecho penal común surte efectos jurídicos en cambio en el derecho penal militar se sigue un criterio excluyente ya que la infracción delictuosa lesiona esencialmente a los intereses del ejército en el aspecto espiritual o moral de la disciplina.

Por otra parte también manifiesta que en el derecho penal militar la pena tiene características propias y sus fines son distintos a los de la pena del derecho penal común.

Ya que en el derecho penal común la sanción tiene como fin la readaptación del delincuente y en el derecho penal militar -

tiene como objeto principal que el infractor como sus compañeros se sientan intimidados es decir sientan miedo, para quebrantar — la disciplina (42).

Ampliaremos en nuestro siguiente inciso dentro de este — mismo capítulo como opera la pena dentro del orden jurídico mi-
litar; es hasta aquí que una serie de autores nos guía para —
conocer las diferencias existentes entre el orden jurídico ge-
neral y el orden jurídico particular; es decir entre el dere-
cho penal común y el derecho penal militar, así como sus pun-
tos de coincidencia,

B.- Ambito Normativo.- El ámbito normativo tiene por obje-
to ubicarnos dentro de la actuación que tiene el fuero de gue-
rra.

El concepto de Ejército, proviene del latín " ejercitus " —
que se deriva del verbo " excerceor", que significa ejercitarse.

Calderón Serrano define a la Jurisdicción Castrense, en —
sentido amplio como un conjunto organizado que representa el —
propio orden o sector, es decir el fuero de guerra o jurisdic-
ción de guerra. En sentido estricto el concepto de jurisdicción
de guerra, es la facultad de decir el derecho, es la potestad, —
por la cual, los tribunales declaran e imponen el derecho en ca-
da asunto sometido a su conocimiento mediante su juicio y ha-
ciendo ejecutar su sentencia. La competencia de la jurisdicción
se circunscribe a los actos gravemente contrarios al servicio, —
la esfera de su conocimiento la integran exclusivamente "las in-
fracciones de la ley penal, solo los actos y omisiones contra-
rios a la disciplina militar, atendiéndose por esto la relación —

de subordinación y mantenimiento del orden en las files del ejército pueden ser materia de su conocimiento de la jurisdicción.

La jurisdicción es soberana y su ejercicio independiente.

El mando no puede condicionarla, mediatizarla ni subordinarla a sus decisiones. La jurisdicción en su soberanía somete al fuero de sus órganos incluso al propio mando y este a de observar estrictamente sus resoluciones sin dejar de gozar de las prerrogativas procesales del mando superior. Se señala que la jurisdicción de guerra es permanente y especial.

Es permanente por que tiene una actividad constante ininterrumpida en la vida nacional, que se acentúa más cuando la sociedad atraviesa por circunstancias difíciles.

Es especial, por que la especialidad de la jurisdicción se tiene en contraposición al genérico y común de la jurisdicción común.

La permanencia es sinónimo de estabilidad y exige solidez que por competencia vinculada en intervención de elemento técnico y ejercicio de las atribuciones especiales de altas jerarquías militares.

La especialidad determina la organización y actividad jurisdiccional con intervención de elementos militares que cumplen su misión de juzgar. La especialidad impone en su aspecto más extenso la norma coactiva genuina militar, la ley penal de guerra propia y adecuada para la definición y sanción como delitos y faltas de los actos y omisiones, infractores de la disciplina ---

militar.

La jurisdicción militar, deriva de las palabras latinas - "juris-diccio", "militares", que quiere decir el derecho entre soldados, se percibe la jurisdicción históricamente como - potestad de dictar el derecho en los ordenes militares", más -- esta potestad de dictar el derecho en los ordenes militares", se ofrece tan inmediata y expedita a como todo lo que concierne al ejército y así, se le consideró señaladamente integrada por la - facultad de declarar el derecho. "jurisdiccio", "strictu sensu" y por el "imperium milite" o facultad de mando militar para -- ejercer la jurisdicción amplia y extensa sobre todos los militares e imponer lo declarado terminantemente. El "imperium milite" histórico, se ha ofrecido siempre mucho más extenso y absoluto - que el Imperio de la jurisdiccio comunis.

En tiempos primitivos no existió una organización por rudimentaria que fuera que se pudiera llamar jurisdicción marcial.

Véjer Vázquez, afirma que la jurisdicción en tiempos primitivos se manifestó como hecho y no como institución jurídica, se halla tres motivos de carácter histórico como son:

- a.- la unidad de poder.
- b.- el estado casi permanente de guerra en que vivían los - pueblos antiguos.
- c.- Ausencia de un concepto jurídico del delito distinto del delito militar distinto del delito común.

En la antigüedad, la falta de concepción jurídica del delito distinta del orden común se manifiesta al igual los demás or-

genes del derecho eran indiferenciados. Los cuerpos de leyes antiguas ofrecen muestras constantes de confusión en las instituciones jurídicas y junto al precepto de carácter privado presenta el de significado público.

La jurisdicción en la antigüedad, como en el pueblo de Atenas manifiesta Demóstenes, que en la península Atica, no existía primitivamente milicia permanente en tiempo de paz, durante el cual no tenía eficacia el ordenamiento militar. En tiempos posteriores Platón afirmó que en algunas ciudades y para servicio de guarnición existía un cierto número de tropas que practicaban ejercicios de instrucción y adiestramiento en el manejo de las armas se señalaban datos difusos acerca de que el jefe retenía sobre ellos la jurisdicción. Platón en su obra "la ley", sostiene que la ley militar es necesaria para el desenvolvimiento de la disciplina en la milicia y señala que el juez militar debe pertenecer al ejército y aún ser de la misma clase que aquellos a quién ha de juzgar. Demóstenes señalaba igualmente la competencia de los jefes militares para juzgar al reo soldado, sin consideración a razones de tiempo, ni situación del acusado. Calderón Serrano manifiesta que lo anteriormente expuesto demuestra que en Atenas se pasó de la ausencia de jurisdicción militar a la instauración de un funcionamiento relativo, pero bastante completo.

En Persia, Ciro presidía personalmente los juicios seguidos contra sus soldados por delitos graves y que él mismo interrogaba al condenado con marcada compasión lo que no impedía que después de confeso lo condenara a la pena de muerte. De esto podemos deducir que en este pueblo suponemos que al menos de hecho exis--

tió la jurisdicción.

En Macedonia, en tiempo de paz el pueblo juzgaba los delitos sancionados o penados con la pena de muerte y en tiempo de guerra esta función o facultad correspondía a los jefes militares sobre los militares acusados de los propios delitos.

En Cartago los datos históricos que se tienen de la vida militar de este pueblo, si bien en tiempo de paz no funcionaba la jurisdicción militar en cambio y con referencia al mantenimiento de la disciplina en las filas de sus ejércitos, existía la jurisdicción en tiempo de guerra.

Es en Roma en el derecho romano donde aparece una ordenación representativa de un verdadero fuero militar, distinto, del fuero común y con vida propia.

La jurisdicción militar ó " castrensis jurisdictio ", era una institución conocida en la antigua Roma con carácter permanente sobre las legiones, alcanzando su desenvolvimiento en la época de la guerra civil.

Posteriormente se asentaron las bases de las legiones con un desarrollo estable y con fundamento completo de la justicia militar.

En opinión de Calderón Serrano el Digesto considera la jurisdicción militar en su doble aspecto de " jurisditio " y de " imperium ", concebido este, como facultad del mando y de corrección disciplinaria al propio tiempo que de hacer ejecutar lo mandado o proveído judicialmente. El imperium se ejercía característicamente por los jefes. El imperium se consideró comple -

mento de la "coercitio", que resguardaba el ejercicio del mando y de la jurisdicción. Primeramente se considera a la "coercitio" como potestad de constreñir al militar mediante la fuerza, a seguir una orden y castigar disciplinariamente toda en el servicio.

Como segundo caso señala que es la potestad de obligar al militar a acatar los proveídos de la justicia.

En la época del imperio es el "princeps", quien ejerce el mando supremo del Ejército y administra la justicia con potestad absoluta. Todo lo anterior demuestra que en Roma la jurisdicción militar tuvo un desarrollo y aplicación acusado y perfecto, influyendo grandemente en el concepto de jurisdicción moderno.

La jurisdicción militar, en la edad moderna (partiendo de la Revolución francesa 1789), que al regular el poder civil, — con separación de la militar y los poderes constituidos bajo su influencia en Europa y al vigilar el desarrollo de las instituciones jurídicas de los pueblos, se dieron los principios de la jurisdicción moderna, despojándolo del carácter de "fuero" y "privilegio", que resultaba incompatible con los principios universales de la igualdad ciudadana.

La evolución de la jurisdicción continuó así en el decreto del 22 de septiembre de 1790, en el artículo 2o. se habla de la competencia de la jurisdicción POR RAZON DE LA MATERIA, que solamente correspondía conocer a los Tribunales Militares de los delitos relacionados con la disciplina y la subordinación militar.

La doctrina acerca de la jurisdicción marcial ganaba más terreno y al promulgarse el decreto del 28 del año XII, se extendió la esfera de competencia regulándose la jurisdicción de-

la marina de guerra, con esto se acepto que la competencia de toda jurisdicción marcial, ha de estar marcada con un sentido--ocasional de servicio y también por razón de lugar.

En el acta adicional de la Constitución Francesa del 22 de abril de 1815 se estableció que solo los delitos militares correspondieran a los Tribunales de Guerra y que todos los demás delitos cometidos por militares eran de la competencia de los Tribunales Comunes por otra parte el Código de Justicia Militar de 1857, consagró el principio de la competencia " POR RAZON DE LA PERSONA ", no permitiéndolo más caso de desafuero que las infracciones comunes cometidas por los militares en tiempo de paz y en complicidad con paisanos más aun las de naturaleza penal destacadamente común si eran realizadas por militares, la justificada jurisdicción militar, el código de que hablamos, se dice que altero pero la constitución de los Consejos de Guerra, afirmando el principio de jerarquía de que los militares no pueden ser juzgados por sus inferiores en grado. En la actualidad la organización de la justicia militar francesa, tiene una diferencia fundamental para tiempo de paz y para tiempo de guerra.

En México, los antecedentes de la jurisdicción militar se encuentran en las ordenanzas españolas como las de Cortés las de Carlos I del 13 de junio de 1555, que consagraron solemnes el fuero de guerra ejercido por militares y de carácter privilegiado para los individuos que integraban toda expedición o corporación militar, las de Felipe II entre otras en todas las ordenanzas mencionadas la jurisdicción de guerra no solo se ejerce para militares de guerra sino que ofrece también prerrogativas para todos los miembros del ejército. En la ordenanza ge-

neral del ejército promulgada en 1892, en la ley de Organización y competencias de los Tribunales Militares, la ley de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra y en la Ley Penal Militar, toda esta legislación subsiste el fuero ejercido por militares para conocimiento y sanción de todos los delitos que tuvieran conexión con la disciplina militar, cualquiera que fuera la persona responsable.

En la Revolución de 1910, y al término de esta hubo un movimiento radical contra la amplitud del fuero y su ejercicio redactándose el artículo 13 de la Constitución, dictada por el Congreso Constituyente de 1917, mismo que limitó su alcance.

El vigente código encomienda la casi totalidad de las funciones jurisdiccionales a elementos letrados. El Código de Justicia Militar de México, señala en su artículo 50, respecto a la jurisdicción penal militar que esta no es renunciable ni prorrogable.

Respecto de la Justicia Militar Argentina, al igual que la Francesa, la Italiana, la Brasileña y la Chilena, a diferencia de la jurisdicción Mexicana y la jurisdicción Española señala una organización para tiempo de paz y otra para tiempo de guerra.

La ley Argentina nos señala como Tribunales de Guerra los Consejos Permanentes y los Consejos Especiales. (43)

Siguiendo el pensamiento del Doctor Figueroa Guimera señala con respecto a la competencia de la jurisdicción militar que es necesario fijar y determinar reglas de competencia, cuestión que muchas veces se confunde con la de la ley militar, mediante estas reglas se atribuye el conocimiento de los delitos y faltas

a la jurisdicción castrense. La jurisdicción castrense es competente por razón del DELITO, pero no solamente por los delitos tipificados en el Código de Justicia Militar, sino por otros delitos que de alguna manera afecten el interés del ejército.

Por razón del lugar, este es otro de los criterios que otorgan competencia a la jurisdicción militar, este criterio es desmesurado pues somete a la jurisdicción castrense el enjuiciamiento de cualquier clase de delitos que se llevan a cabo no solo en recintos, dependencias o establecimientos militares sino también en el mar territorial o en el espacio aéreo.

Por último es en razón de la PERSONA, presuntamente responsable es decir cuando en principio aparece responsable un militar cualquiera que sea el delito cometido (44).

Por otra parte el ilustre maestro Doctor don Raúl Carrancá y Trujillo, señala que la jurisdicción militar ó "fuero de Guerra, es exclusivamente para la competencia, que corresponde a los tribunales militares, con exclusión de toda otra jurisdicción; por ello el Código de Justicia Militar fija esa competencia en relación con todo delito contra la disciplina militar de acuerdo con el artículo 57 del citado ordenamiento; o sea por los delitos comprendidos en el libro II del propio código, olvidando que también son delitos los señalados en los bandos de las autoridades militares en tiempo de guerra ó declaración de estado de sitio, así mismo son competentes los tribunales militares por los delitos del orden común ó del orden federal, cometidos por militares en el momento de estaren servicio o con mo-

tivo de actos del mismo, en buque de guerra o en edificio ocupado militarmente, en territorio declarado en estado de sitio o en lugar sujeto a la ley marcial frente a tropa formada o ante la bandera y los conexas. Los participantes civiles quedan sometidos a la jurisdicción común (artículo 57). Y explica el maestro Carrancó, que es por esto que nuestra jurisprudencia entiende que el delito militar surja cuando se perturba, disminuya o ponga en peligro el servicio militar, cuando se infrinjan los deberes que imponen las leyes militares o cuando los actos u omisiones se realicen durante un servicio militar .

Por otra parte el imperativo de rigurosa disciplina, que es elemento esencial del instituto armado, justifica el fuero de guerra como instrumento para fortalecer aquel en sus resortes de obediencia respecto a las jerarquías, sumisión al deber, estímulos al valor etc. Esto significa que el fuero de guerra no es un privilegio sino todo lo contrario un orden mayor de exigencia; lo que se comprueba con solo considerar los numerosos casos de pena de muerte consignados en el código, que tratándose de delitos del orden común no lo ameritaría. Por ello un estado democrático puede mantener la jurisdicción militar no obstante declarar aquello que nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales, estableciendo lo anterior en el artículo 13 de la Constitución y señala que esto es bajo un sistema de privilegio. (45)

Por otra parte el maestro Fallares, señala que la jurisdicción de los Tribunales Federales es exclusiva para conocer de los negocios que la Constitución y Leyes someten a su competencia, siendo competentes la Suprema Corte de Justicia de la Na -

ción, los Tribunales de Circuito y los Jueces de Distrito.

Señala que el punto de enlace entre la legislación antigua y la legislación moderna es la ley del 15 de septiembre de 1857 en lo relativo al fuero de guerra, sin embargo habiéndose expedido con objeto de hacer las prescripciones de nuestra Constitución Política sobre extensión y objeto del fuero militar habiendo sido dictada en lo general de acuerdo con el espíritu de la misma Constitución y no existiendo otra ley posterior que la deroguen a ella y a sus concordantes se sujeta a la materia de juicios militares.

Con respecto a la jurisdicción común la citada ley señala que las autoridades civiles podrán a prevención con los militares aprehender a los reos infraganti así como practicar las primeras diligencias, tratándose de aquellos delitos que sin ser puramente militares queden sin embargo sometidos al fuero de guerra. Siempre que la autoridad común proceda contra un individuo de la milicia tenga o no tenga jurisdicción para conocer el delito que se le atribuye, los jefes ó autoridades ó guardias militares no podrán resistir por la fuerza los procedimientos del juez común impidiendo la aprehensión del presunto responsable, sino que promoveran la competencia de la jurisdicción de la jurisdicción con arreglo a las leyes como antiguamente el fuero militar era personal, es decir contaban con un privilegio en favor de los militares para no ser juzgados sino por tribunales de su fuero con extensión de la jurisdicción común, existían muchas disposiciones que reglamentaban las relaciones recíprocas de los dos fueros el ordinario y el castrense estas disposiciones en la actualidad son inútiles puesto que el fuero militar --

actualmente es real. Establecido no en beneficio de la persona sino por razón de la naturaleza del delito de su conexión con la disciplina militar, ya vimos que la autoridad común puede -- proceder en caso de delito infraganti contra los reos aunque -- estos deban ser juzgados por la autoridad militar, siempre que el delito no sea puramente militar esto quiere decir que en delitos mixtos la autoridad común a prevención con la militar -- práctica las primeras diligencias del proceso. Se llaman delitos mixtos aquellos en que se ventilan al mismo tiempo la legislación común y la disciplina militar.

En la actualidad es un fuero puramente real, lo que significa que la competencia de los Tribunales Militares no se determina por razón de las personas sino por la naturaleza de los delitos de manera que serán del fuero de guerra aquellos que se relacionen intimamente con la disciplina militar. Para lo cual el derecho constitucional nos da el criterio a que debemos atenernos para calificar cuales son los delitos de la competencia de los Tribunales Militares . (46)

Por otra parte señala Jiménez de Azua, que el Derecho Penal Militar, forma entre los derechos profesionales el grupo -- mas importante y desarrollado; ya que como se ha dicho la importancia y desarrollo de los preceptos que los definen y castigan se mide por el interés social que el ejercicio de cada profesión encierra, seguramente no habrá que exceda el de la jurisdicción militar.

Con esto se justifica, desde el punto de vista de los defensores en todas las naciones civilizadas que cuentan con un ejército, la existencia de un código especial, donde se contemplan --

las diferentes figuras delictivas que se estiman atentatorias a la buena marcha del ejército y se explica creemos la posibilidad de que se estudie como rama especial del derecho positivo -- que en el Derecho Penal Militar moderno negando con esto la -- razón de la justicia penal del ejército, los partidarios de normas propias y especiales para los militares confieren a su derecho penal ciertas características y señala como el rasgo más -- característico del derecho punitivo del ejército de tierra, mar y aire una mayor severidad que la que impera en el derecho común originada por las exigencias de obediencia y disciplina; -- todos los demás caracteres específicos del derecho marcial proceden de esas dos necesidades de la milicia, por eso se castigan con duras penas varias formas de desobediencia e indisciplina por eso la negligencia es un delito que traspasa los límites de la simple culpa penal por eso actos inocentes como el sueño cobran la figura de un delito grave en el centinela que se duerme; por eso la pena de muerte se prodiga en los códigos.

Incluso en los demás modernos documentos de preparación -- legislativa compuestos en naciones de gran tradición jurídica -- sobreviven esa nota típica de severidad aunque se haya pretendido atenuarla.

Jiménez de Azus, señala como ejemplo de técnica jurídica -- al proyecto de Código Penal Militar Suizo, contempla la aplicación de la pena de muerte solo en tiempo de guerra. Por lo que pueblos como el mencionado aspiran no solo a una mejor técnica -- sino a apelar los rigores que se estiman indispensables en el -- derecho marcial que propiamente debe regir sobre todo en las -- contiendas bélicas puesto que como se ha dicho " la guerra no -- suprime al derecho ". En España el legislador no solo mantiene --

para los militares un derecho penal propio excesivamente riguroso que se extiende a los hombres civiles en casos marcados en las leyes sino que somete al fuero de guerra a los paisanos que injurian a los institutos armados. pero no solo se ha confiado en España al fuero militar el conocimiento de las causas incoadas con motivos de injurias y ofensas proferidas en contra del instituto armado, sino que se ha recurrido a el en cuantos casos se ha deseado con dureza delitos comunes ejecutados por hombres totalmente ajenos a la milicia. Se dice que en este pais la jurisdicción de guerra se ha hecho muy temida debido a que en el campo en el que se mueve es exorbitante, pero esto no solo ocurre en España también en muchos paises americanos. (47)

El maestro Ignacio Villalobos, opina que en México debido a la preexistencia de varios estados libres y soberanos que se unieron en un pacto federal, reservandose solo para la competencia federal aquellas materias que en acuerdo constitutivo de la unión se le atribuyeron expresamente (artículo 124 de la Constitución , Las facultades que no estan expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados), de aqui que convivan dos ordenes legislativos reservados a la federación por eso se conoce como orden común y al segundo de excepción constituye el orden federal .

Cada estado de la federación tiene su propio código penal para regular el orden común y existe un código que se aplica a los delitos federales. En el Distrito y Territorios Federales por su carácter especial los hace dependientes del mismo poder legislativo federal existe un solo código actualmente el expedido el 3 de agosto de 1931, que nos rige desde el 17 de septiem-

bre cuyo primer artículo dice : " Este código se aplicará en el Distrito Federal, por los delitos de la competencia de los Tribunales Comunes y en toda la República para los delitos de la competencia de los Tribunales Federales ".

Por otra parte tomando en cuenta la especialidad, se ha conservado una legislación encaminada a mantener la disciplina del ejército, que por este motivo se considera como competencia legislativa, por razón de la materia. Los delitos considerados como contrarios a la disciplina sea por su contenido mismo como la deserción o sea por las condiciones en que se cometen se sus-trean a los dos ordenes estudiados anteriormente y quedan sujetos al Código de Justicia Militar es claro que otra parte solamente estan sujetos a la disciplina castrense y que por tanto, ningún individuo ageno al Instituto Armado puede considerarse violador de esta disciplina que no le obliga, ni sujeta a las leyes ni a los Tribunales Militares sin que por ello se pueda pensar que se trata de una competencia por razón de las personas pues la distinción de esta es meramente consecuencia y la creación y el mantenimiento de un fuero especial obedece solo a la materia en este sentido debe interpretarse el artículo 13 Constitucional que en lo conducente manifiesta, " subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar e estuviése complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda . " (48)

Ha quedado señalado que la jurisdicción es la potestad so-

berana de los tribunales de guerra para conocer de los procesos militares fallados y ejecutar el fallo recaído. Así como el concepto de competencia, que es el orden de conocimiento de los propios procesos correspondientes a los tribunales del fuero con exclusión de otros.

Visto así, la jurisdicción es una facultad que expresa el ser y la competencia la aplicación o el ser de tal manera que no pueden subsistir una sin la otra puesto que quedarían a la expectativa de que surgiera un hecho determinante de su función.

En razón del sujeto y del objeto existe una diferencia entre la jurisdicción y la competencia toda vez que el primero existe en los tribunales de la jurisdicción y el segundo es el motivo de actuación de los órganos o tribunales. Así es como Calderón Serrano define la competencia judicial como, el orden reglado de conocimiento y función de los tribunales de justicia y consecuentemente la competencia de la jurisdicción militar de los tribunales del fuero de guerra.

La competencia jurisdiccional de guerra queda reducida al conocimiento de los procesos por razón de la materia excluyendo los motivos derivados de la condición de la persona responsable y del lugar y desde luego las competencias civil y administrativa. Esta posición es en razón de que la jurisdicción castrense tiene por objeto el mantenimiento y protección de la disciplina y solo afecta al delito militar que solo puede ser motivo de la competencia de la jurisdicción marcial.

Tenemos la Competencia por Razón de la Persona, que se refiere a la situación de la persona responsable del delito, dan donos una serie de razones que intentaremos explicar, tomando la opinión de Calderón Serrano, quien manifiesta, que el ejér -

cito es una colectividad armada sometida a una disciplina rigida por lo que es lógico que la conducta indisciplinada del elemento personal del ejército sea el primer motivo de competencia y constituya la razón del fuero.

Calderón Ferrano, considera muy importante el elemento personal y en este mismo sentido opinan Manzini y Vico, ambos -- consideran que el delito marcial solo puede cometerlo un militar, único sujeto activo del delito, es por esto que la competencia por razón de la persona se eleva no tan solo a su categoría principal sino que es indispensable y única. Señala que los militares son los elementos que integran las armas, los cuerpos la fuerza organizada y que se organice por la federación o por los estados así como la Guardia Nacional de que se sirve la -- nación para hacer la guerra extranjera o en caso de grave trastorno del orden público. La ley penal no da un concepto de quienes son militares, la ley organica señala que son militares -- para los efectos procesales todos los elementos que figurando -- en el activo o las reservas del ejército o percibiendo retribución por razón de sus actividades armadas presentes o pasadas -- incidan en delito militar.

La Competencia por Razón de la Materia, es el más destacado motivo de competencia de la jurisdicción castrense y auténtica base de actuación y funcionamiento. El concepto de delito -- militar puede ser amplio o estricto y por lo mismo la competencia puede ser amplia o restringida; sabemos que el delito -- presenta una grave alteración de la disciplina castrense y que -- el contenido de esta es muy distinto por lo cual la competencia -- resultante del delito puede tener diversos alcances.

La disciplina es el vínculo jurídico determinante del orden

de files por lo que debe ser observada escrupulosamente por los militares (DISCIPLINA AD INTRA) es así como ofensas a las normas de disciplina interna que aparecen los delitos cometidos por militares y contrarios a la integridad de servicio ejemplar, de serción, abandono de servicio, abuso de autoridad, insubordinación etc, el ejército es poder y autoridad en si mismo y frente a la sociedad en general; son muchos y diversos que le corresponden por razón de sus fines y servicios mismos que han de mantenerse fijos y salvaguardados de todo ataque y ofensa exterior (DISCIPLINA AD EXTRA), con lo cual se persibe y se le ha dado carácter de delitos militares a las infracciones de delito común cometidos por militares que nieguen esta disciplina interna y todavía se dice que los ataques de extraños a la autoridad y prestigio del ejército que nieguen o perturben esa finalidad y funciones de la disciplina y del servicio, sean reputados delitos militares y en consecuencia la competencia por razón del delito comprenda a delitos originalmente militares y de delitos considerados militares.

La competencia por razón de la materia tiene carácter objetivo relacionado con la naturaleza sustantiva del delito marcial, sin distinción de calidad ó condición del culpable. Señala Calderón Serrano que este análisis es desde el punto de vista doctrinario o teórico, por que desde el punto de vista del régimen positivo de competencia por razón de la materia es distinto. Por eso señala Calderón Serrano, que es necesario comprender las leyes de guerra como delitos militares, aquellos delitos de robo, hurto, homicidio, lesiones etc. que siendo de naturaleza común con relación al servicio afectan muy onadamente a la disciplina militar y por ende es obligado a atribuirles carácter

militar, catalogandolos como delitos de guerra y consiguiente - mente sostener la competencia del fuero sobre ellos. Distingue - este autor entre el ejercicio de la jurisdicción de guerra en -- tiempo de paz o en tiempo de guerra de manera que en aquella --- época normal (paz), no hay razón de peligro y alarma por los -- ataques de los extraños o paisanos a la autoridad del ejército - y por tanto que en esta época de paz el delito militar, solo pug den cometerlo los militares y a estos exclusivamente debe com -- prender la jurisdicción del fuero de guerra, en cambio, para épo ca de guerra toman cuerpo los deberes de todos los ciudadanos pa ra con su patria y en cuya época el ejército concentra todo el - poder y autoridad del estado, necesita ampliar su fuero tan en - sentido sustantivo, haciendo que la ley marcial catalogue como - delitos cuantos actos atenten a la seguridad de la patria y del - ejército y que en ellos puedan incidir en sentido adjetivo, toda clase de personas, dando a la jurisdicción de guerra competencia para conocer de tal clase de delitos militares y por tanto facul tandola para juzgar a militares y a paisanos. Las legislaciones de Francia, Italia, Argentina entre otras también han producido un régimen judicial militar distinto en época de paz y en época de guerra. En México en época de movimientos armados, la jurisdicción de guerra fué necesario ampliarla para suprimir los deli tos de robo, asalto a mano armada etc, para preservar ó mantener la seguridad de la patria.

El artículo 13 constitucional que manifiesta "... subsiste el fuero de guerra para los delitos contra la disciplina mili - tar..." , esto constituye una regla de competencia de carácter - objetivo y señala la competencia del fuero de guerra por razón - de la materia del delito o falta militar.

Los redactores del Código de Justicia Militar de 1933, trataron según el autor de desarrollar el señalamiento que del fuero hace el artículo 13 constitucional. Si el artículo 57 del Código de Justicia Militar de 1933, señala cuales son los delitos contra la disciplina militar y en el artículo 59, también se refiere a la competencia de los Tribunales Militares.

Calderón Ferrero, nos presenta como legislación tipo de sistema extenso por la amplitud de los motivos de competencia real la ley española. Y señala como tipo intermedio a la competencia estricta en época de paz en la cual el delito militar que en general solo lo cometen los elementos competentes del ejército; es decir militares en sentido estricto, servidores o asimilados al ejército, sujetos a la disciplina y a los delitos contra la seguridad externa del país y contra la seguridad interna del país y contra las instituciones del ejército.

Es por esto que en época de guerra quedan sujetos al fuero militar todos los individuos nacionales, extranjeros o naturalizados militares o civiles que cometan delito militar, o como un previsto en las leyes para tiempo de guerra.

En nuestro sistema toda la materia jurisdiccional esta más ligada a las razones históricas y políticas. El lugar de la comisión del delito es otro de los motivos teóricos por el que se le atribuye competencia a los tribunales militares. Es decir que para el eficaz desarrollo del servicio y por necesaria prestación en determinados sitios, geográficos, históricos y socialmente — estratégicos las unidades armadas se establecen regularmente — con relativa fijeza y tiene una permanencia interrumpida en determinados territorios.

Por lo que lleva impregnado en el interior de sus filas su orden de autoridad y disciplina al lugar en que se aposenta y actúa, se conside que para el mantenimiento de ese orden la autoridad y disciplina se invoque la razón de competencia del lugar. Señala que por razones de defensa los lugares que el ejército ocupa prepare y aprovecha para una defensa efectiva sean lugares secretos para los civiles y desde luego para los extranjeros, por consiguiente esos lugares (aerovias, campamentos, etc.) es lógico que esten protegidos por un régimen legal de competencia judicial militar referido al lugar aforado, como exponente real destacado de movimiento y actuación de los Tribunales Militares.

Por último se invoca una razón de competencia marcial por el lugar de ejecución del delito relacionado con los riesgos físicos y morales que en los lugares militares podrían producir verdaderas catastrofes físicas y morales. Esto se refiere para los lugares como los almacenes de depósito con armamento, las fabricas, los talleres etc).

Es claro distinguir que en nuestra legislación solo han recogido algunos trozos del motivo real de competencia, como se ha dicho ya la cualidad exigida al delito de guerra es que sea cometido por militares, lo que constituye ya un motivo excluyente de una competencia total o contra toda clase de personas y en segundo término la competencia por motivo del lugar se encuentran dispersos entre aquellas otras de competencia por razón del lugar.

Respecto de la competencia de la jurisdicción por razón de guerra o declaración de estado de guerra sitio o bloqueo, como -

medio efectivo para mantener la disciplina y lograr los fines, es claro que la competencia o motivo de conocimiento de los tribunales se siexte y extiende de modo singular en ocasiones de la guerra y declaración de guerra, sitio o bloqueo. Este autor define a la guerra como la lucha o combate entre los ejércitos de las naciones beligerantes. En guerra el ejército ha de disponer de todos los elementos personales para la defensa de la patria, también se ha de combatir con los efectivos de orden material. En condiciones de guerra no se necesita insistir acerca de la realidad del motivo de competencia de la jurisdicción marcial en tiempo de guerra.

En nuestro derecho de acuerdo con la interpretación del artículo 13 constitucional " los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército", se entiende este artículo en el sentido de que la competencia del fuero de guerra no puede extenderse más haya del conocimiento de delitos cometidos por militares o personas pertenecientes al ejército.

En una declaración de guerra o proclamación de estado de guerra el estado necesita aprovechar y garantizarse de la ampliación a la guerra exterior o situación de guerra interior de ciertos elementos ofensivos ó defensivos y de riqueza ofrazcan al país, tiene que contar con el medio de elevar a la categoría de delitos de guerra, cuantos hechos sean dañosos y opuestos al desenvolvimiento de la guerra misma y hoy que la realidad ha señalado que la guerra lo destruye todo, hombres bienes y hasta la moral y el espíritu público, nada podría ser excluido de un enfoque y conocimiento de los tribunales de

cuantas infracciones afecten a las perspectivas de guerra.

La ley de defensa lo explica y legitima todo bajo la responsabilidad del que manda los hechos que en la vida normal no tienen la menor importancia, considerandose gravísimos y sancionándose como delitos de guerra, como por ejemplo, el encender luces al exterior como signo de comunicación o sencillamente visibles por el enemigo sitiador; consumir demasiada agua si esto representa un perjuicio para la continuación de la defensa de la plaza o lugar amenazado. Ni que decir, la competencia de los tribunales de guerra de una plaza o comarca sitiada o bloqueo crece desmesuradamente con la consideración de delitos dada a los hechos contrarios a la defensa del lugar. (49)

Por último expondremos la organización de los tribunales militares que el código de justicia militar mexicano, lo señala en el libro primero, título primero, capítulo primero artículo primero y que a la letra dice : La justicia Militar se administrara por:

El Supremo Tribunal de Justicia Militar.

Los Consejos de Guerra Ordinarios (para tiempo de paz)

Los Consejos de Guerra Extraordinarios (para tiempo de guerra)

Por los jueces militares.

Señala como auxiliares de la justicia castrense :

Los jueces penales del orden común.

A la policía judicial militar.

A los peritos medicos legistas militares

A los interpretes y demás peritos

Y a los demás a quienes las leyes penales o los reglamentos les atribuyan ese carácter.

El Supremo Tribunal de Justicia Militar, se compondrá de un Presidente, que será general de brigada militar de guerra y cuatro magistrados generales de brigada de servicio o auxiliares. Los magistrados deben ser abogados titulados mexicanos por nacimiento, mayores de treinta años con práctica profesional cuando menos de cinco años.

El Supremo Tribunal de Justicia Militar, funcionara en pleno. Los Consejos de Guerra Ordinarios, seran integrados por militares de guerra formados de un presidente y cuatro vocales y funcionaran por semestres.

Los Consejos de Guerra Extraordinarios se integrarán de cinco militares que deben ser por lo menos oficiales y solo funcionan para tiempo de guerra y en los barcos cuando se encuentren fuera de aguas territoriales en tiempo de paz. Residirán en las plazas donde existan juzgados los consejos de guerra ordinarios.

Los jueces deben ser militares de arma o de servicio abogados titulados con práctica profesional de por lo menos tres años y ser mayor de veinticinco años. (50)

C.- LA PENA.- Etimológicamente la palabra " pena ", deriva del griego " poine " ó " ponos ", que significa dolor, trabajo - fatiga, sufrimiento; o del sanscrito " punya ", que significa pureza, virtud, purificación a través del dolor; otro significado es el que proviene del latin " poena ", que significa castigo o suplicio o de la palabra " podus ", pero que puesto sobre uno de los platillos de la balanza compensa al delito que cae dentro de otro.

La historia nos ilustra acerca de las primeras ideas, ya que a través de ella son conocidas las primeras sociedades humanas, los primeros pueblos. De esta manera en la humanidad primitiva la aproximación produjo choques y pugnas que culminaron con el predominio del más fuerte sobre el débil; posteriormente vinieron intereses generales creando fórmulas de derecho, de paz jurídica para regular los intereses de todos y hacer posible la convivencia social de unos y otros.

Los Castigos primitivos fueron la reacción natural de cada uno contra la lesión en sus bienes, vida e integridad corporal en un principio, después en los intereses de los propios hombres estuvo reaccionar contra la transgresión de las normas de convivencia comunes castigando al que hubiera atentado en contra de esos intereses; de aquí el carácter social de la venganza, todo cuanto ofendiera cuanto atentara contra los bienes de los hombres debería ser castigado.

Dentro de esos castigos los tratadistas distinguen períodos diversos en la evolución histórica del derecho penal no todos señalan los mismos, algunos distinguen la venganza privada la venganza divina, el talión y la composición así como la venganza pública, los períodos intimidatorio, correctivo o humanitario y científico.

A través de los diversos criterios vertidos por los penalistas se observa que aquellos tiempos eran de indecisión y dudas; en Francia en el propio siglo XVII, donde se había manifestado la indiferencia y los castigos, comienzan a protes. -

tar en contra de la severidad de aquellos castigos.

Algunos pensadores como Hobbes en el año 1679, entre otros demuestran que el fin de la pena no puede ser otro que la corrección ó eliminación de los delinquentes y la intimidación de los ciudadanos arrumbando el concepto de la pena como retribución jurídica como mandato divino.

Beccaria en su libro De los delitos y de las Penas, señala que la pena nada vale si no va acompañada de la certidumbre del castigo, que es preferible contener al malhechor por la amenaza de una pena moderada pero cierta, que aterrorizarle con el futuro de suplicios de los que tendrá la esperanza de escapar; señala también que los castigos crueles hacen incesibles a los hombres, que lo indispensable es disponer de una buena policía. Postula, la abolición de la pena de muerte salvo en las épocas de perturbación política.

Por otra parte la revolución francesa vino a favorecer de manera decisiva el movimiento de reforma penal, la libertad, la igualdad y la fraternidad se consiguen con el principio "compacta nullum crimen nullus poena sine lege". Con la objetivización de los tipos legales y con la disminución de la crueldad en los castigos y decía que si todos los hombres eran iguales no era lícito castigar más que aquellos hechos realmente dañosos para la sociedad y sólo con la pena necesaria. En la ejecución de la pena de muerte se ve bien claro el progreso concedido. El castigo capital se imponía con suplicios y de manera distinta según las clases. Pues bien los revolucionarios franceses suprimieron privilegios y abolieron las formas poco humanas de ejecutar la pe-

na de muerte. En este sentido la guillotina fué un señalado avance en el cambio de la benignidad, como un fin humanitario, reemplaza los suplicios por la decapitación indicando como medio de ejecutarla una máquina.

En opinión de los diferentes tratadistas del derecho penal como Carrara, opinen que es un mal que se inflinge al delincuente ; es un castigo, atendiendo a la moralidad del acto, el igual que el delito la pena es el resultado de dos fuerzas, la física y la moral, ambas subjetivas y objetivas su fin es la tutela jurídica de los bienes y su fundamento la justicia, señala también que para que sea consecuente con su fin la pena ha de ser eficaz aflictiva y ejemplar, cierta pronta, pública y de tal naturaleza que no pervierta al reo y para que esté limitada por la justicia ha de ser legal no equivocada no excesiva, igual, divisible y reparable.

Atendiendo a la naturaleza de la pena algunos autores dividen las sanciones en, corporales, contra la libertad, pecuniarias, contra ciertos derechos y aparte las medidas de seguridad.

El ilustre maestro Doctor Carrancá y Trujillo, clasifica -- las penas en ; capitales aflictivas, directas, indirectas, infamantes y pecuniarias. También señala que el criterio dogmático -- del legislador de 1931 admitió que el medio fundamental con que hasta hoy se cuenta en la lucha contra el delito es la pena. (51)

En opinión de Cuello Calón, la pena es la privación o restricción impuesta al condenado de bienes jurídicos de su parte--

nencia vida, libertad, propiedad, etc. ya que causa en el culpable el sufrimiento característico. Y como se dice toda pena cualquiera que sea su fin aun ejecutada con carácter humanitario, como las penas de prisión de nuestros días siempre es un mal, siempre es causa de aflicción para el que la sufre.

Así mismo señala que la pena ha de ser establecida por la ley y dentro de los límites fijados por la misma (principio de legalidad), aún en el caso de penas indeterminadas su indeterminación la establece y la regula la ley.

Manifiesta este autor que la imposición de la pena esta reservada a los órganos competentes jurisdiccionales del estado a los Tribunales de Justicia que la aplican por razón del delito— para el mandamiento del orden jurídico y protección de la comunidad. Por lo tanto la pena solo puede aplicarse a los declarados culpables de infracción penal. La pena solo debe recaer sobre la persona del culpable (principio de la personalidad de la pena).

Señala también que la esencia íntima de la pena es la justa retribución del mal del delito proporcionada a la culpabilidad del reo. La idea de retribución dice que exige que el mal delito siga la aflicción de la pena para la reintegración del orden jurídico infringido y la realización de la justicia, manifiesta que es así como la pena siempre conserva su esencia de castigo — hace incapie en que no se debe confundir como una idea de venganza ya que no aspira a obtener satisfacción por el agravio sufrido sino que sus fines son mas amplios y elevados como mantener el orden y el equilibrio que son fundamento de la comunidad—

moderna, protegerlos y restaurarlos en caso de ser quebrantados por el delito.

El fin de la pena no solamente es el castigo de los delitos o la realización de la justicia mediante la retribución del mal del delito sino también uno de sus más grandes y elementales fines que justifiquen su existencia como es la prevención de la delincuencia, aunque esto corresponda también a las medidas de seguridad. Cuello Calón señala que esta finalidad preventiva se cumple actuando sobre el delincuente y sobre la colectividad, creando en el delincuente motivos que por temor a la pena le aparten de la comisión de nuevos delitos (intimidación) que de ser posible y necesario reincorporarlo a la vida social si son sujetos susceptible de reforma (corrección).

En nuestros días la moderna penología señala como único fin de la pena, la reforma del penado y su readaptación a la vida social, de tal manera que la doctrina moderna va restringiendo la tesis de la incorregibilidad del delincuente lo que amplía el campo de aplicación de la pena reformadora como se demuestra con el nuevo sentido que inspira el tratamiento de los delincuentes habituales peligrosos que toma en cuenta la posibilidad de su reeducación y readaptación social. La posibilidad de corrección depende de muchos factores como, la edad, los métodos educativos empleados, de su manera de reaccionar en la prisión ó acontecimientos inesperados pueden tener gran influencia sobre el refutado incorregible. Es por esto que se considera que el incorregible de hoy con el tiempo deje de serlo; Por lo que este autor afirma que gran número de los llamados incorregibles son con frecuencia delincuentes no corregibles. La prevención especial es una humana y deseable aspiración respecto de los delincuentes ne

cesitados de reforma y reformables, pero no es posible prescindir de la prevención general que protege a la comunidad contra los hechos delictivos mediante la amenaza de la pena y su influencia sobre la voluntad.

En nuestros días se ha desarrollado una nueva corriente — llamada defensa social, siendo los rasgos más característicos — de este movimiento el predominio de la prevención especial, la readaptación social de los delincuentes y su tratamiento desprovisto por completo de sentido represivo, señalan los autores — que esta corriente es preventiva y antiretribucionista. Esta — nueva corriente contiene aspiraciones esenciales humanas que — han de ser acogidas con gran simpatía, el respeto a los derechos de la persona, la arraigada finalidad de la resocialización de los delincuentes, su sentido curativo y asistencial. (52)

Para Beccaria el fin de la pena es el de impedir al reo la comisión de nuevos delitos y el de inducir a los demás a no cometer delitos. Las penas han de imponerse, por tanto, con el — criterio de que la verdadera medida del delito se encuentra en el daño que causa a la sociedad y de que conservada la debida — proporción entre el delito y el perjuicio que causa serán más — eficaces. Surge de tal modo el apremio de suprimir las penas inhumanas ya que las penas no son justas sino en la medida de su necesidad y de su utilidad.

" La pena de muerte no es necesaria ni es útil. Por tanto — no es justa. El pacto social no lo autoriza, al formarlo el hombre no pudo ceder su derecho a ser privado de la vida, de la su-

que él mismo no puede disponer. La pena de muerte no está fundada en derecho. Es una contención declarada a un individuo por el estado, que juzga necesaria ó útil la destrucción de ese individuo. Únicamente se señalan dos causas que pueden motivar la necesidad de la pena de muerte. En caso de un movimiento armado en que una nación trata de conservar su libertad o de obtenerla. Y en el caso de una revolución en el supuesto de que la muerte de un individuo sea ó aparezca como necesaria, pero bajo el régimen justo de las leyes, bajo la autoridad de un régimen de gobierno constituido por el voto del pueblo.

Es en este caso en que se autorizaría la pena capital y la haría necesaria. Pero a través del tiempo se ha probado que la pena de muerte no ha tenido la virtud de contener a los hombres decididos a stentar en contra de la sociedad. Señala Beccaria que la rápida imposición de las penas, considerando que, cuanto más breve sea el intervalo que medie entre el delito y su sanción esta será más útil y más justa, por que evitará al reo los inútiles tormentos de la incertidumbre, aumentados por la imaginación y con el sentimiento de la propia debilidad y por que siendo la privación de la libertad una pena, no debe proceder a la sentencia sino cuando la necesidad lo exija. La cárcel es la simple custodia de un ciudadano, hasta que sea juzgado reo y es ta custodia esencialmente penosa, como es la de durar el menor tiempo posible y ha de ser lo menos dolorosa que sea posible.

Sostiene Beccaria, que para que la pena, cualquiera que sea no revista el carácter de una violación, de uno o de muchos contra un ciudadano debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la mínima en atención a las circunstancias proporcionan

das a los delitos y establecida por la ley.

Beccaria postuló la conveniencia de prevenir los delitos — antes que reprimirlos. Afirma que la prevención debía ser el fin principal de toda buena legislación. Y para obtener este fin señala el temor de las leyes, diciendo que es saludable, como es — fatal y fecundo en delitos el temor de hombre a hombre. Definirlos conocimientos alejar de las leyes la sombra de la corrupción otorgar premios a la virtud y perfeccionar la educación, son — otros tantos medios propuestos por Beccaria para precaver los — delitos (53).

La pena según Giandomenico Romagnosi, no puede constituir — un tormento, ni utilizarse para afligir a un ser sensible. No — responde a la venganza ni ha de alentarla el propósito de revo — car el orden de las cosas de un delito ya cometido. Su finalidad inmediata es infundir temor para que no se cometan nuevos deli — tos. (54)

Pellegrino Rossi, desecha el principio de la utilidad como — fundamento del derecho penal por que la utilidad como fundamento del derecho penal, considerada aisladamente no justifica nada — por su naturaleza ó no puede justificar todo, tanto el mal causa — do al malo, como el mal causado al inocente. La utilidad, según — Rossi, no es un principio supremo gobernador y primitivo de nues — tros derechos y de nuestros deberes, sino un motivo de nuestras — acciones, que puede y debe ser una medida para la sociedad en el — ejercicio de poderes del más elevado origen. La utilidad es una — cosa de hecho y no de derecho, por lo que no es un principio.

Rossi, tampoco admite que la defensa pueda erigirse en fun — damento del derecho de castigar. El derecho natural de la defen —

sa, manifiesta, que es el derecho de repeler la fuerza con la -- fuerza; es el derecho de repeler el ataque actual o inminente. Por otra parte Rossi, niega que el derecho de castigar tenga su fundamento en algún pacto o convenio.

Señala que el castigo no es un mal impuesto por el gusto e interés de un individuo o de un número cualquiera de individuos -- no es un mal impuesto unicamente con el fin de hacer un experi- -- mento destinado a causar cierta impresión en los espectadores, -- no es un mal impuesto con el único fin de alcanzar por este me -- dio mayor bien. Es permitido al hacer la amenaza de la pena o al imponer, procurar estos efectos mientras no se desnaturalise a -- la pena misma y se le prive de su carácter y legitimidad.

La pena de acuerdo con el pensamiento de Rossi, no es más -- que la remuneración del mal hecho con peso y medida, por un juez legítimo . El derecho de castigar es tan legítimo como el orden -- y el poder social. Es como ellos, una ley moral impuesta a la es -- pecie humana. En definitiva el derecho penal tiene su fundamento en el orden moral. Es una emanación de este. El derecho Penal -- se manifiesta a los hombres para recordarles los principios del -- orden moral y darles los medios de elevación hasta la fuente de -- la que proviene ". (55)

Carmignani, señala como indispensable que a la represión -- proceda la prevención del delito. (56)

Francisco Carrara, por su parte asigna al derecho de castigar un origen divino, una finalidad principal que es la de res -- tablecer el orden externo de la sociedad perturbado por el deli -- to. Al proteger y defender los derechos de la comunidad la pena --

tiene como objeto la " tutela jurídica ".

Para este autor la pena deriva de la voluntad de Dios pero tiene un fin humano, proveer a la tutela jurídica, a la protección del derecho, su límite es la moral, el sistema de la tutela jurídica deriva de la razón de la prohibición de la necesidad de proteger al derecho, la medida de la sanción se encuentra en la importancia del derecho que protege. Todo lo anteriormente manifestado tiene algo de cierto pero no es suficiente. Por lo que veremos que opinan los positivistas y los clásicos.

La escuela clásica , expone que la pena tiene por finalidad retribuir a devolver mal por mal y las ideas de expiación y castigo, si un individuo ha cometido un delito debe soportar las consecuencias de su conducta antisocial experimentar un sufrimiento que le sirva de expiación y le impida cometer otros delitos. Consecuentemente, las penas deben aplicarse teniendo en cuenta sobre todo el mal causado.

Esta escuela afirmó que la voluntad humana gozaba de la más amplia libertad para actuar, es en este postulado en que edifica todas sus doctrinas jurídico penales, diciendo que si el hombre está en posición de su libre albedrío y comete un delito es moralmente responsable y en consecuencia penalmente.

Por su parte los positivistas consideran de modo principal al delincuente, al ambiente y a los factores que hayan motivado a delinquir y a la pena debe adecuarse a estas condiciones, al tratamiento que requiere el delincuente. La escuela positiva considera que la voluntad humana está determinada por muchos facto-

res y circunstancias.

En opinión de Carrara, la pena tiene tres significados; en un concepto general la pena es " cualquier dolor o cualquier mal que causa dolor ", en un concepto especial la pena es " un mal que se sufre por razón de un hecho nuestro, malvado o imprudente y aquí se comprenden todas las penas naturales y en un concepto especial de carácter primordial es " aquel mal que la autoridad civil impone a un culpable por causa de su delito " ó " aquel mal que de acuerdo con la ley del estado, se impone por los magistrados a aquellos que con las debidas formalidades son reconocidos como culpables de un delito.

Para Franco Sodi, la pena es " la consecuencia legal que tiene el delito para su autor quien solo debe sufrirla cuando se la impone el estado por resolución de sus tribunales. El maestro Carrancá, opina que la pena es " un mal inflingido legalmente al delincuente como consecuencia del delito y del proceso correspondiente.

Frans Von Litz sostiene que la pena es " un mal que el juez inflinge al delincuente a causa de su delito para expresar la represión social con respecto al acto ó al actor".

Mezger, define a la pena diciéndo que es " retribución", esto es una privación de bienes jurídicos que recaen sobre el autor con arreglo al acto culpable (imposición de un mal que se adecue al acto ó mal causado), la esencia de esta definición es señalar que la pena, consecuencia jurídica de la pena, es un mal

un sufrimiento que debe soportar el culpable. Para la escuela positiva "la pena es el tratamiento al cual somete el estado — a los que han cometido un delito y resultan socialmente peligrosos".

Por su parte Florian manifiesta " que este concepto de pena pertenece al derecho al derecho del porvenir, un derecho crimológico positivo ". (57)

Lo anterior es en función del Derecho Penal Común, pero — dentro del Derecho Penal Militar, existen también algunas definiciones u opiniones con respecto a la pena como las emitidas — por Octavio Véjar Vázquez y Ricardo Calderón Serrano, quienes — opinan que en todos los significados etimológicos se observa — que domina la idea de dolor ó sufrimiento impuesto al reo para su expiación, purificación y mejoramiento y este es un elemento de concepto enteramente aplicable a la pena militar, que en su simple aspecto "es dolor " aplicado al culpable de delito militar para determinar su sometimiento al orden del servicio de — las armas; la palabra "militar", encontramos su raíz etimológica en la palabra latina "milites", que significa soldado.

Por lo que uniendo los dos significados etimológicos la pena militar es " castigo impuesto al soldado culpable de delito — marcial para lograr su adaptación al orden del servicio armado".

Calderón Serrano, expone dentro del terreno filosófico — científico de la pena marcial y siguiendo la línea que los tratadistas de derecho ordinario han marcado y distingue entre el — jus-puniendi militar ó derecho de castigar al soldado y el hecho de castigar ó pensar. Así parte de su estado organizado y de-

coacción a su servicio como elemento de coacción y defensa, es entonces que se observa que el derecho de castigar al reo soldado emana de facultades soberanas y constitucionales del jefe del estado. De esta manera el derecho de castigar en el ejército esta sostenida y fundada debidamente jurídica y constitucionalmente.

La pena militar esta representada por un mal o privación de derechos del militar y que en nuestra organización o sistema mexicano, se desprende de la declaración solemne que producen con sus sentencias los tribunales militares.

A la pena en el ejército se le considera medio de absoluta-necesidad para el mantenimiento de la disciplina del ejército. Señala que no habría posibilidad de imponer al soldado el régimen de esfuerzo y sacrificio que representa el servicio de las armas, sino se contara con el medio preventivo y represivo que representa la pena castrense, a la que se le da una rigurosidad y extensión proporcional a la magnitud de los sacrificios que se exigen que comprenden el sacrificio de la sangre, la vida, el espíritu todo cuanto el hombre soldado es y significa.

La pena en un significado de conciencia militar es "retribución del acto perturbador de la disciplina por imperativo categórico de la necesidad y conveniencia de sostener firme el vínculo que une y sostiene el orden de filas. La pena militar continúa manifestando que es el medio de expiación y castigo del traidor-militar ó del espía - del rebelde o desobediente y del insubordinado y del cobarde y del torpe y del negligente en el servicio - del ejército de la nación; en si la pena marcial existiera a la --

corrección del culpable militar y a su mejor formación del soldado.

Respecto de la naturaleza de la pena militar manifiesta que cuando impropia resulta su aplicación a elementos civiles, por lo que también hace notar que un delincuente militar no es un delincuente común ya que está obligado y regido por reglamentos y leyes especiales cuyas normas llegan a comprender actos que en la vida civil pueden ser intrascendentes pero que en la organización militar pueden constituir graves delitos, infligidos a su autor o penas severísimas cosa que en la vida civil no ocurre.

Señala también este autor las condiciones que la pena militar debe reunir, como son que debe ser legal, es decir que debe derivar de la ley (Nullum poena sine lege), debe ser o mejor dicho ha de ser igual para todos, ha de ser personal, solo afectará al delincuente; debe ser suficiente y necesaria es decir que se acerque a una absoluta justicia.

La pena marcial ha de ser afflictiva considerando como indigestible el dolor y el sufrimiento, en este punto señala que no se puede llevar a los hombres a las situaciones de esfuerzo y sacrificio sino se cuenta con la prevención del castigo. La pena militar también ha de ser pública de tal manera que constituya un ejemplo para todos los elementos militares y para lograr este objetivo se hace necesaria su aplicación inmediata. La pena ha de ser correspondiente es decir debe tener una relación cualitativa con el delito motivo y ánimo del delincuente militar al realizar el delito y la relación cuantitativa relacionada con la peligrosidad del delincuente y daño causado. La pena de guerra--

ha de ser elástica, es decir se debe adecuar ya que los hechos catalogados como delitos marciales tienen alteraciones, son intrascendentes o gravísimos con la simple variación de uno solo de sus elementos, la pena marcial ha de ser correctiva para salvar o tener la oportunidad de que en el caso de que se cometa una injusticia o haya un error se pueda corregir.

Por última característica señala que la pena ha de ser reparable para que la justicia tenga medio de salvar el error.

Por último tenemos que este autor clasifica las penas de acuerdo al bien jurídico objeto de la pena; las penas corporales que afectan a la pena física del penado privándolo de la vida (muerte) ó libertad (prisión).

Las penas patrimoniales, que afectan la posesión de derechos económicos de los penados. (58)

Estas penas son señaladas por el artículo 122 del código de justicia militar.

Artículo 22.- Las penas son:

- I.- Prisión Ordinaria.
- II.- Prisión Extraordinaria.
- III.- Suspensión de empleo o comisión.
- IV.- Destitución de empleo. y
- V.- Muerte. (59)

Tenemos que la función de la pena militar es el orden legal e intimidativo-represivo. La ley que aparece enunciada en la ley advierte al militar que si comete un delito sufrirá inevitablemente la pena. El segundo orden es el judicial o intimidativo

represivo. La condena militar al ser pública causa efectos intimidatorios en los demás elementos del ejército que conocen de ella por lo que su ejecución y aplicación debe ser de inmediato en el más corto plazo de tal manera que sus efectos ejemplificativos e intimidatorios sean efectivos. Con respecto al orden administrativo y represivo correctivo se refiere al hecho de que el reo sufre la condena en establecimiento penitenciario militar designado por la Secretaría de la Defensa Nacional, en el que se provera la corrección del penado con la expiación de la pena y medios auxiliares del régimen del establecimiento y otros progresivos que llegan hasta la libertad preparatoria.

En opinión de Octavio Véjar Vázquez, la pena militar debe ser un dolor aplicado al delincuente para determinar su sometimiento al servicio de las armas pues si no tuviera suficiente rigor, el soldado preferiría cumplirla a desempeñar ciertos servicios.

Por último para el jurista Almary, señala a la pena como un fin " prevenir los delitos, reutilizar a los delincuentes y eliminar a los incorregibles aplicando a cada tipo criminal los procedimientos de educación, adaptación o curación que su estado y la defensa exigen. (60)

La Punibilidad.— Ahora bien iniciaremos este tema con una pregunta ¿ que es la punibilidad? para contestar esta pregunta escucharemos a varios autores, así tenemos que Jiménez de Azua, opina que la punibilidad, es la posibilidad de PENAR y según palabras del propio autor lo que se quiere expresar es que un acto puede ser susceptible de pena, sino que ya la tiene conminada-

en las leyes vigentes.

Para Guillermo Sauer, la punibilidad de la conducta mas bien significa PENALIDAD MERECEIDA y que se diferencia de la pena determinada en la ley es algo que esta al comienzo de la doctrina del delito y que termina cuando y en que medida es una conducta humana merecedora de pena.

Para los autores alemanes la punibilidad es una conducta prohibida por la ley con la pena.

Josef Kimmer, llama acciones punibles a todas las acciones y omisiones que el estado castiga con pena a causa de sus efectos dañosos para la sociedad.

Petrocelli, manifiesta que la punibilidad ha de entenderse como ABSTRACTA REFERENCIA de la sanción penal en un hecho y asi queda claramente establecida la distinción entre PUNIBILIDAD (sin la cual el delito no surge e incluso no es concebible y la aplicabilidad de la pena (despues de que el delito aparece).

En Bolivia Medrano Assio, opina que la punibilidad constituye la " condicionalidad " sin la cual no existe propiamente delito ni derecho penal.

Fetiol, señala oponiendose a Betaglioni, que la punibilidad es lo único que hace que ese acto antijurídico y culpable adquiera la categoría de delito.

Por otra parte los negadores dicen que no es cierto que el-

delito sea esencialmente un hecho punible y en cuanto tal penalmente ilícito sino que la verdad es la contraria que el delito es un acto ilícito y por ello punible.

Los autores españoles opinan: entre ellos Quintana "ipollés que la punibilidad, como elemento del delito, dice " que una infracción sin pena es como una campana sin badajo ".

Fernando Arilla Bas, afirma que la punibilidad es el elemento esencialmente valorativo del delito ". (61)

D.- La Axiología de la Pena en el Derecho Penal Militar.- - La palabra axiología, se refiere al tratado de los valores y -- tratándose de la axiología de la pena en el derecho penal militar los conceptos vertidos difieren de los normalmente considerados por el Derecho Penal Común.

El Derecho a la vida, que es el máximo bien jurídico que el derecho penal común protege en sus diferentes modalidades pero que en el orden castrense difieren del Derecho Penal Común. Ya que la milicia es tarea de sacrificio y la ordenanza exige al militar que llegue al heroísmo pues ha de perder la vida en defensa de un puesto, cualesquiera que sean las circunstancias en que actúe, si así se le ha ordenado.

Por otra parte el Código Penal, es pródigo en la pena de muerte y alcanza el extremo de negar al inferior el derecho de legítima defensa de la vida respecto del superior frente al enemigo.

Pero cuando con mayor claridad se advierte la negación del derecho a la vida es cuando se trata del enemigo pues combatirlo y exterminarlo es acción que el derecho común estimaría gravemente delictuosa y que el derecho militar apremie por que no podría cumplirse con esta norma ordinaria: " No matar a sus deudos, ni a ti mismo, ni a tu prójimo, ni a tus enemigos ", sin minar por su base el ímpetu bélico. Es la más cruda realidad, el genocidio solamente puede ser delito para el vencido cuando lo juzga el vencedor, como ha sucedido en la historia.

Por otra parte se ha llegado a a firmar que la ley común -- tiene como fin supremo la defensa de la libertad del individuo -- frente a la autoridad y a los demas hombres. Pues bien, el derecho penal castrense reduce considerablemente el campo de la libertad del soldado por que el desempeño puntual del servicio y -- la obediencia constante con condiciones básicas del orden mar -- cial.

Efectivamente una vez que se . CAUSA . alta en el ejército -- se adquieren determinadas obligaciones con características muy -- especiales a cuyo cumplimiento se obliga todo individuo que suscribe un contrato para causar alta en el ejército. Por lo que -- una vez acogida la profesión militar, entre los múltiples que -- hacerces humanos, el hombre debe renunciar en alto grado a su libertad por que; no puede contratar prestación de servicios personales fuera del ejército, no puede escoger la comisión del servicio que ha de desempeñar, ni la hora, ni el sitio, ni exigir mayor salario; no tiene el derecho de asociarse libremente por que ninguna reunión armada puede deliberar, ni pueden los militares -- en grupo hacer representaciones; no tiene libertad para expresar

su pensamiento, ni en forma hablada ni por escrito, por que incurriría en delito de murmuración o de infracción a sus deberes militares; tampoco tiene libertad de tránsito ni de residencia por que no puede abandonar su guarnición y aun cuando viaje, en misión oficial debe llevar itinerario y salvoconducto; igualmente le esta prohibida la actividad en el orden político ya que no puede ser electo si esta en el activo.

Por tantas limitaciones se dice que el soldado es el hombre que tiene para si todo, menos la libertad.

El honor, es otro de los valores que la pena dentro del derecho penal militar, tiene un gran significado, ya que es confluencia de un sentimiento moral; la dignidad y de un sentimiento social, la reputación, es tutelado por la ley represiva común en si mismo y con relación al patrimonio, al sexo, a la familia y a la profesión, en cambio, el orden militar, admite que bajo el uniforme del soldado hay un hombre con su dignidad y su reputación, pero considera también que el uniforme lo clasifica como un profesional de la milicia, su dignidad de miembro del ejército y con su reputación de hombre, su reputación militar.

Ahora bien la conducta deshonrosa del soldado hiere en el concepto social el prestigio de la calidad marcial y el buen nombre del ejército y esto obliga al Derecho Castrense a estimar el honor en forma diferente del Derecho Común. Como ejemplo podemos citar varias acciones que en la vida civil no tienen carácter delictuoso pero que lo adquieren si son realizadas por miembros del ejército; la cobardía, la violación de la palabra empeñada, la devolución desdenosa de nombramientos o condecoraciones

y la presencia con uniforme en cantinas y prostíbulos.

Sin embargo esta diversa estimación llega al antagonismo cuando se trata de acciones realizadas con el enemigo, pues --- injuriarlo, calumniarlo ó difamarlo dejan de ser actos delictuosos para transformarse en acciones meritorias. El que roba documentos para su país no es considerado como un ladrón sino como un héroe.

Por lo que respecta a la propiedad, que es un derecho tan generosamente protegido por el código penal común, la ley marcial o bien ignora al extremo de no incluir en su catálogo, penas de carácter económico. Como la multa ó la reparación del daño ó bien lo limita sensiblemente en las requisiciones y cuando del enemigo se trata, a su violación más grave no solamente la priva del carácter delictuoso, sino que la considera como acción digna de recompensa.

Resulta inútil aclarar dice Octavio Véjar Vázquez, en su libro la "Autonomía del Derecho Militar", que la destrucción -- como el homicidio o cualquier otro acto hostil debe estar subordinado al propósito de dominar al enemigo.

Respecto de la obediencia, entendida como la potestad del superior para dictar órdenes y obligar a los inferiores a su cumplimiento en todo lo concerniente a la actividad en que unos y otros se desenvuelven, se valora y tutela por la ley punitiva -- común sus distintas especies, espiritual, política, social, doméstica y jerárquica.

Por el contrario el derecho castrense no tutela sino la obediencia jerárquica; el mando y la jurisdicción del mandato derivan de la misma categoría o de la propia función del superior y del inferior y la obediencia se exige con tal dureza en el orden marcial, que a manera de proverbio se dice que las ordenes no se discuten; se obedecen. Y es que la obediencia es básica en el orden marcial por eso el superior posee conforme al derecho disciplinario facultades coactivas para obligar al inferior a obedecer sus mandamientos. Resulta evidente que un ejército en que el inferior puede discutir la orden del superior, es la más peligrosa de las asambleas y una amenaza constante para la tranquilidad del estado en lugar de ser la garantía suprema de su existencia.

Por otra parte el orden militar va atenuando insensiblemente el libre arbitrio del soldado cuando se trata de obedecer y el propio legislador contribuye a esta limitación de la autonomía personal ampliando el delito de obediencia lo mismo para los casos en que no se ejecuta un orden que para aquellos en que el militar lo modifica de propia autoridad o lo cumple con exceso.

Es claro que la inversa la ley represiva marcial considera al delincuente por obediencia, como simple cómplice y no como autor, en el más desfavorable de los casos es decir cuando el inferior advierte que el cumplimiento de la orden implica la comisión de un delito, en el concepto de que las ordenes del superior se presumen legales; por eso aconsejan los tratadistas norteamericanos que la conducta más segura y sabia a seguir por el subordinado es la de obedecer la orden y examinar su legalidad -

después.

En cuanto al problema de la responsabilidad por actos realizados por el deber de obediencia, la solución está en mantener a todo evento los principios básicos del ejército, exigiendo esa responsabilidad al que abuse indebidamente de la fuerza a sus órdenes.

Ahora bien en relación con los civiles el Derecho Militar estima la obediencia en forma que el desacato a un mandamiento puede originar el " homicidio impune " como en el llamado fuero del centinela.

Por último el Derecho Penal Común, no solamente no obliga al hombre a obedecer una conducta heroica frente a duros acontecimientos pues ni siquiera le exige el atributo del valor y llega a considerar como causa de irresponsabilidad el miedo insuperable é invencible, en cambio en el orden castrense la cobardía constituye grave crimen contra lo que puede llamarse sanidad moral del ejército, por lo cual debe ser objeto de una adecuada sanción que evite el contagio que transformaría una fuerza disciplinada en una muchedumbre enloquecida de modo que cuando se presenta el caso es indispensable defender a toda costa el aniquilamiento de la institución armada. Por ello la doctrina española, considera que por ser la agresión actual y no permitir el aplazamiento de su corrección ha de admitirse la facultad de prescindir de todo procedimiento judicial, del mismo modo que la ley permite la legítima defensa.

Lo anterior es con relación a la axiología de la pena, que-

creemos que es lo más importante; para determinar que es lo que la pena militar protege es decir que valores morales se toman en cuenta a un soldado que ha cometido un delito y que se ha hecho acreedor a una sanción penal. Como hemos observado la pena común no toma en cuenta valores que la pena militar sí considera relevantes para un soldado. Por lo que consideramos que de esos valores morales deriva el rigorismo de la pena militar aplicada a un reo militar. (62)

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

- 30.- Carrancá y Trujillo Raúl.- Derecho Penal Mexicano.- Editorial Porrúa. S.A.- México, 1980.- p.16.
- 31.- Cfr.- Carrancá y Trujillo Raúl.- Op.Cit.- p.- 167
- 32.- Cfr.- Carrancá y Trujillo Raúl.- Op.Cit.- p.- 168, 169.
- 33.- Cfr.- Carrancá y Trujillo Raúl.- Op.Cit.- p.p.- 169- 173.
- 34.- Cfr.- Higuera Guimera Felipe.- La Previsión Constitucional de la Pena de Muerte.- Editorial BOSCH.- Casa Editó - rial, Barcelona, 1980.- p.p.- 36 a 40.
- 35.- Jiménez de Azua Luis.- Instituto de Derecho Penal y Criminología.- p.- 43.
- 36.- Cfr.- Pallares Jacinto.- Op.Cit.- p.p.- 779 a 834.
- 37.- Jiménez Asenjo Enrique.- Manual de Derecho Especial.- Editorial.- Revista de Derecho Privado.- Madrid 1950.- p.-
- 38.- Cfr.- Maggiore Giuseppe.- Derecho Penal Tomo I.- Editorial Temis.- Bogota.- 1971. p.p. 4 a 128.
- 39.- Cfr.- Calderón Serrano Ricardo.- Derecho Penal Militar.- Ediciones Minerva, S.de.R.L.- México D.F.- 1944.- p.p. 15 a 366.
- 40.- Cfr.- Jiménez de Azua Luis.- Tratado de Derecho Penal.- Tomos I y II.- Editorial Losada.- Buenos Aires Argentina.- Edición 1958.- p.p.- 32, 33, 36, 230, 1377, 1378 y - 1379.
- 41.- Cfr.- Castellanos Tena Fernando.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.- Editorial Porrúa.- México, 1977.- p.p.- 144 y 145.
- 42.- Cfr.- Véjer Vázquez Octavio.- Op.Cit.- p.p.- 14 a 61.
- 43.- Cfr.- Calderón Serrano Ricardo.- El Ejército y sus Tribunales.- Editorial Lex, México, 1944.- Tomos I, II, III, y IV p.p.- 13 a 158.

- 44.- Huiguera Guimera Felipe.- Op.Cit.- p.- 42.
- 45.- Cfr.- Carrancá y Trujillo Raúl.- Op.Cit.- p.p.- 173-174.
- 46.- Cfr.- Pallares Jacinto.- Op.Cit.- p.p.- 737 a 770.
- 47.- Cfr.- Jiménez de Asúa Luis.- Tratado de Derecho Penal.- Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1964.Tomo VII.- p.p.- 139 a 1043.
- 48.- Cfr.- Villalobos Ignacio.- Derecho Penal Mexicano.- Editorial Porrúa, 2a. edición, México 1960.- p.p.- 146 y 147.
- 49.- Cfr.- Calderón Serrano Ricardo.- Op.Cit.- p.p.-13 a 237.
- 50.- Código de Justicia Militar.-Ediciones Ateneo, México,D.F. Arts.- 1/o., 2/o., 3/o., 9/o., 11/o., 13/o., 63/o., 73/o. y 74/o.,
- 51.- Cfr.- Carrancá y Trujillo Raúl.- Op.Cit.- p.p.- 91 a 709
- 52.- Cfr.- Cuello Calón Eusebio.- La Moderna Penología.- Editorial BOSCH, Casa Editorial, Barcelona 1958. p.p.-15 a 28
- 53.- Cfr.- Beccaria Cesar.- Del Delleitie E Delle Pena.- Nuova Biblioteca popolare.Classe XI, Poligrafía.-Unión tipográfica Editrice Torinese.- Milano Roma.- Napoli 1911- p.p.- 60 a 68.
- 54.- Hernández Quiros Armando.- Idearios Represivos.- Cuadernos de la Facultad de derecho.- Universidad Veracruzana - Xalapa,Ver. México.- 1963.- p.p.- 15 y 16.
- 55.- Hernández Quiros Armando.- Op.Cit.- p.- 18
- 56.- Hernández Quiros Armando.-O .Cit.- P.- 19.
- 57.- Hernández Quiros Armando.- Op.Cit.- p.-19.
- 58.- Cfr.- Hernández Quiros Armando.- Op. Cit.- p.- 38.
- 59.- Código de Justicia Militar.- Art.- 22.
- 60.- Cfr.- Calderón Serrano Ricardo.- Op.Cit.- p.p. 356 a 375

61.- Cfr.- Gómez Ausebio.- Tratado de Derecho Penal.- Tomo I-
Editorial Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires.-
1939.- p.p.- 121 a 136.

Cfr.- Véjar Vázquez Octavio.- Op.Cit.- p.p.- 45 a 52.

CAPITULO III.

LA PENA DE MUERTE EN EL DERECHO PENAL MILITAR .

A.- Antecedentes Históricos.

A.- Antecedentes Históricos .- En el Derecho Penal en -- concreto el precorteciano como lo señala el ilustre maestro -- doctor don Raúl Carrancá y Rivas, en su libro el Derecho Penitenciario fué rudimentario, símbolo de una civilización que no había alcanzado la perfección de las leyes, es decir el máximo de evolución moral de acuerdo con una cultura evolutiva. Señala que el derecho penal mexicano es testimonio de severidad -- moral, de concepción dura de la vida y de notable cohesión política.

Manifiesta que la restitución al ofendido era la base principal para resolver los actos antisociales. Por otra parte el -- destierro o la muerte era la suerte que esperaba al malhechor -- que ponía en peligro a la comunidad.

La función de la cárcel la hacían unas jaulas y cercados para confinar a los prisioneros antes de juzgarlos o de sacrificarlos.

El maestro Carrancá y Rivas, cita a Vailant, quien señala que el robo se castigaba con la esclavitud, hasta que se hiciera la restitución de lo robado ó con una multa del doble de la cantidad robada (una para la víctima y otra para el tesorero del clan), el robo en camino real se castigaba con la pena de muerte, lo mismo que las raterías en el mercado o con la muerte instantánea por lapidación; que el robo de maíz cuando estaba crecido en el campo, con la pena de muerte o la esclavitud; que el hurto de oro, plata o jade, con la pena de muerte; que el asesinato, incluso el de esclavo, con la pena de muerte; que la intemperancia (vicio del que no sabe moderar sus apetitos), con la reprobación social, el descrédito público y hasta la muerte por lapidación y a golpes; que la calumnia con el corte de labios y algunas veces también de los oídos, que la horca era el castigo común para la violación de las leyes del incesto y que la sodomía se castigaba con repugnante brutalidad.

Que desde la infancia el individuo seguía una conducta social correcta; el que violaba la ley sufría serias consecuencias, en concreto la ley azteca era demasiado rígida y brutal.

Sobre el particular los ilustres profesores Don Raúl Carrancá y Trujillo y Don Raúl Carrancá y Rivas, manifiestan que respecto de estos pueblos organizados sobre el territorio de México hasta el descubrimiento en (1511), las ideas más seguras de los historiadores son: las desigualdades jerárquicas y-

sociales, aristocracias guerrera y sacerdotal que el poder militar y religioso han sido siempre juntos para el dominio de los pueblos- flotando sobre las desigualdades, la justicia penal diferenciada según las clases, con penas diversas según la condición social de los infractores.

Las penas estaban al servicio de la oligarquía dominante -- y a ninguna oligarquía le conviene estimular la libertad y la -- humanidad en el trato con los gobernados.

Señala que dentro del Código Penal de Netzahualcoyotl para Texcoco, el juez tenía amplia libertad para fijar las penas entre las que se contaban principalmente la de muerte y la esclavitud, con la confiscación, destierro, suspensión o destitución de empleo y hasta la prisión en cárcel o en el propio domicilio. Y aunque Texcoco era un reino aparte su proximidad a Tenochtitlán, lo identificaba con su organización social de los aztecas. Por lo que se observa en el caso de los texcocanos se repite la misma regla; brutalidad en la represión y sistema penal severo. También menciona algunos datos históricos acerca de la pena de muerte como por ejemplo; lapidación de los adulteros, muerte para el homicida intencional indemnización y esclavitud para el -- homicida culposo, la excluyente o cuando menos, la atenuante de la embriaguez completa; la excusa absolutoria de robar siendo -- menor de diez años, la excluyente por estado de necesidad de robar espigas de maíz por hambre; el ladrón que debía ser arrastrado por las calles y después ahogado, el homicida decapitado, el que se embriagaba hasta perder la razón si era noble se le ahorcaba y si era plebeyo se le condenaba a la pérdida de su liber--

tad, a la primera infracción y a la segunda se le sancionaba con la pena de muerte, también para los historiadores que consignaban hechos falsos y para los ladrones del campo que robaban mazocas.

Respecto de las leyes tlaxcaltecas que son casi similares a las texcocanas; la pena de muerte se aplicaba a quien faltaba el respeto a los padres; para el causante de grave daño al pueblo para el traidor al rey o al Estado, para el que en la guerra usara las insignias reales para el que maltratara a un embajador guerrero o ministro del rey, para el que destruyera los límites puestos en los campos, para los jueces que sentenciaran injustamente ó contra la ley o que dieran al rey relación falsa de un negocio; para el que en la guerra rompiera las hostilidades sin orden para ello o abandonara la bandera o desobedeciera, para el que matara la mujer propia aunque la sorprendiera en adulterio; para los adúlteros; para el incestuoso en primer grado; para el hombre o la mujer que usara vestidos impropios de su sexo para el ladrón de joyas de oro, para los dilapidadores de la herencia de sus padres.

En tiempos antiguos la ejecución de la muerte era rica en procedimientos; ahorcadura, lapidación, decapitación o descuartizamiento.

Por otra parte aun cuando existía la pérdida de la libertad no existían las cárceles.

En el Derecho Penal Azteca, existía un catálogo de penas --

que iba desde el destierro, penas infamantes, pérdida de la nobleza, suspensión de empleo, destitución, arresto, prisión, demolición de la casa, penas corporales, penas pecuniarias, confiscación de bienes y la muerte. La pena de muerte se aplicaba en diferentes formas podía ser la incineración en vida, decapitación, estrangulamiento, descuartizamiento, empalamento, lapidación garrote, la pena de prisión apenas existía. En la ley de Netzahualcoyotl establecía la muerte por incineración en vida cuando los sacerdotes tuvieran relaciones sexuales contra natura de aquí que los sacerdotes llevaran una vida ejemplar .

Resulta por lo tanto que las sanciones en el Derecho Penal Azteca ofrecían la siguiente perspectiva; penas al margen de la privación de la libertad, cárcel al mínimo según vemos debido a la organización jurídica azteca, no le daba importancia a las cárceles. La pena debía afligir, torturar, satisfacer un instinto primitivo de justicia en las diferentes clases sociales. Las penas entre los aztecos eran muy severas pero los encargados de la justicia y del gobierno invitaban al pueblo a no delinquir queriendo evitar aquellos males que acarrearían otros mayores.

Francisco Javier Clavijero, citado por el maestro Carrancá y Rivas, hace una enumeración, de delito y penas, refiriéndose al traidor al rey o al Estado, al que en una guerra o en alguna fiesta usara insignias o armas reales, al que maltratara a algún embajador, ministro o correo del rey , al que causara algún motín en el pueblo, a los que quitaran o mudaran los mojones -- puestos por autoridad pública en las tierra, a los jueces que dictaran sentencias injustas o no conformes a las leyes, a los-

jueces que hicieran al reo ó al superior relación infiel de alguna causa ó que se dejaran corromper con dones, al que en guerra hiciera hostilidad a los enemigos sin orden de los jefes o acometieran antes de tiempo ó abandonaran la bandera ó quebrantarán algún bando publicado en el ejército, al que en el mercado alterara las medidas establecidas por los jueces, al homicida, al marido que quitara la vida a su mujer, al adultero, al marido que tuviere acceso a su mujer cuando constare que ella hubiese violado la fé conyugal, a los reos de incesto en primer grado de consanguinidad o afinidad, a los reos de pecado nefando (sodomía); al sacerdote que en el tiempo que estaba dedicado al servicio del templo tuviera comercio carnal con alguna mujer libre; a los mancebos o virgenes que se educaban en los seminarios y que incurrieran en algún exceso contra la continencia que profesaban; a la mujer que sirviera de tercera para alguna comunicación ilícita; al hombre que vistiera de mujer; a la mujer que vistiera de hombre, al ladrón de cosas leves, al ladrón de oro ó plata; al que hurtara cierto número de mazorcas de maíz de alguna somentera, ó arrancara cierto número de plantas útiles, al que hurtara en el mercado al que robara a otro en el ejército sus armas o insignias, al que vendiera por esclavo algún niño perdido; al que vendiera tierras ajenas que tuviera en administración; a los tutores que no dieran buena cuenta de los bienes de sus pupilos, a los hijos que disiparon en vicios la hacienda heredada de sus padres; al que hiciera algún maleficio; al que con bebedisos quitara a otros la vida, al que se embriagara; al que profiriera una mentira grave o perjudicial.

En estos casos las penas eran diversas; iban desde el des-

cuartizamiento, pérdida de la libertad, confiscación de bienes, degüeso, lapidación, quebrantamiento de la cabeza entre dos lozas, corte de la nariz y las orejas, ahorcamiento, muerte en hoguera, privación del cargo y destierro, quemazón de los cabellos con teas de pino y embarradura de la cabeza con resina del mismo árbol, satisfacción al agraviado, paseo del ladrón por las calles de la ciudad, pérdida de la libertad en favor del dueño de la cosa robada, muerte a palos, esclavitud, pérdida de bienes, muerte a golpes, privación de empleo y nobleza, trasquiladura, derribo de la casa, corte parcial de los labios, corte parcial de las orejas.

Respecto de la muerte, al marido que tuviere acceso a su mujer cuando constare que ella hubiese violado la fé conyugal, es evidente que aquí se castigaba la indignidad del marido. La pena es de gran importancia por su contenido ético y de gran relevancia social.

Es necesario precisar que las leyes anteriores a las que hemos referido no estaban escritas sino que estas se perpetuaban en la memoria de los hombres, tanto por la tradición oral como por las pinturas, además, los padres de familia instrufan en ellas a sus hijos. Por otra parte los soberanos mexicanos vigilaban la puntualidad en la ejecución de las penas capitales prescritas contra los predicadores de la justicia. El procedimiento era el siguiente. Se permitía la apelación en las causas criminales; en los juicios a los mexicanos no se admitía otra prueba contra el reo que la de los testigos, por lo que el juramento tenía la mayor importancia, todos conocían los terribles casti-

gos que ejecutaban los dioses en los perjuros pero el juramento no se permitía a los actores contra el reo sino solamente al reo para que se purificara del delito (lo que demuestra aquí, la íntima vinculación entre el delito y el mal, la que más adelante se dará en la historia entre el delito y el concepto de pecado).

La ley respecto de la embriaguez era también muy severa, revela la importancia que el legislador mexicano le otorgaba a la falta de dominio personal, lo mismo psíquico, que físico, puesto que la mentira denota una deficiencia subjetiva y la embriaguez que primero altera el cuerpo, luego altera el control del espíritu, esto demuestra los altos valores morales que imperaban dentro de un pueblo cuidadoso, aunque es indispensable negar que el bien jurídico tutelado pudo protegerse mediante un castigo menos bárbaro.

En este sentido se observa como evoluciona la ley como cambian los tiempos, nuestro código penal por ejemplo tipifica al delito que llamamos conyugicidio por adulterio, al que impone una pena de tres días a tres años de prisión, al que sorprendió do a su cónyuge en el acto carnal ó proximo a su consumación ; mate o lesione a cualquiera de los culpables ó a ambos salvo el caso de que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge .

El derecho ha evolucionado y la emoción violenta en el caso de adulterio es un elemento vital en la culpabilidad , no obstante hay que reconocer que en su tiempo la ley mexicana descansaba sobre argumentos sólidos y prestigiosos.

Respecto de las penas con que se sancionaban los delitos en el ejército azteca: en el caso de la traición al rey o al estado - se sancionaba con el descuartizamiento; la deserción en la guerra, indisciplinas en la guerra, insubordinación en la guerra, - cobardía en la guerra, robo en la guerra, traición en la guerra robo de armas e insignias militares, se sancionaban con la pena de muerte; el hecho de dejar escapar un guardián a un prisionero de guerra, hacer en la guerra alguna hostilidad a los enemigos sin orden de los jefes, acometimiento en la guerra antes de tiempo abandono en la guerra de la bandera, quebrantamiento de algún bando publicado en el ejército, maltrato de un embajador o correo del rey dentro del camino real, retorno de un embajador sin respuesta alguna, todos estos se sancionaban con el degüello. La hechicería que atraiga sobre la ciudad, pueblo ó imperio calamidades públicas, etc, se castigaban con la muerte abriendo el pecho. La prostitución de mujeres nobles se sancionaba con la ahorcadura.

Respecto a la civilización maya presenta diferentes perfiles muy diferentes de la civilización azteca, se observa una -- mayor sensibilidad, un sentido de la vida más refinado, una concepción metafísica del mundo más profunda, en suma una delicadeza natural que ha hecho de los mayas uno de los pueblos más interesantes, lógicamente tales atributos se reflejan en su derecho penal. Por ejemplo en el adulterio, el adúltero era entregado al ofendido quien podía perdonarlo o bien matarlo y en cuanto a la mujer su vergüenza o infamia se consideraban penas suficientes; - al robo de cosas que no podían ser devueltas se castigaban con la esclavitud. Suma venignidad sería si se tiene en cuenta la --

crónica de Chac-xulub-chen; a los traidores a los subditos primeramente los arrojaban a las cuevas y les destruyeron los ojos en la gran cueva de la comadreja. Respecto del homicidio, aunque -- fuere casual la sanción consistía en pagar el muerto a los pa -- rientes. En el hurto pagaban y castigaban aunque fuese pequeño -- con hacer esclavos a los ladrones es por esto que se veían tan -- tos esclavos principalmente en tiempo de hambre.

Como se puede apreciar en cualquiera de los casos, (adulterio, homicidio y robo), la pena no era fatalmente de muerte. Si se le compara con las penas aztecas, la maya es una represión mucho menos brutal. Y es que el pueblo maya Quiche, es, señalan -- los autores el de más evolucionada cultura entre todos los que -- habitaban el continente americano antes del descubrimiento.

Ahora bien el tránsito de la pena de muerte a la pérdida -- de la libertad equivale sin duda a una importante evolución ética aunque se trata de una pérdida de libertad equiparable a la -- esclavitud esto quiere decir a nuestro juicio, que la pena y la -- forma de los pueblos prehispánicos revelan sus inclinaciones morales su grado de evolución cultural; los mayas sin duda logran -- ron en este sentido niveles superiores a los aztecas a tal con -- clusión ha arrojado el estudio de la Penología Maya y Azteca.

Por último el maestro Carrancá y Rivas, cita las siguientes penas: pena de muerte para el incendio doloso, pena pecuniaria -- para el incendio culposo, esclavitud para el robo, cualquiera -- que fuese la cuantía (entre los mayas no era tolerado el robo -- de fámilico ó en estado de necesidad); esculpir en ambos carri -- llos de los funcionarios figuras alusivas a su delito, escarban-

doselos con filosos huesos de pescado (el castigo se ejecutaba en la plaza pública ante el pueblo y unía el martirio a la infamia).

Salta a la vista que los aztecas no concebían la pena como regeneración o readaptación. Los mayas pretendían readaptar el espíritu, y purificarlo por medio de la sanción. He aquí la prueba " a veces la sentencia de muerte no era cumplida de inmediato llevándose al reo acompañado de peregrinos al cenote sagrado de Chichen-itza, donde era arrojado desde lo alto de la sima profunda; o bien, era sacrificado a los dioses, representados por sus ídolos, entre los cuatro cerros de Izmal centro religioso.

Se observa que la pena estaba vinculada a la expiación religiosa y espiritual. Por otra parte es bien sabido que cada sociedad tiene su modo de defensa mediante la ley penal y los mayas tenían el suyo, defendían al mismo tiempo sus instituciones civiles y su organización religiosa. La pena entre ellos fue una sabia mezcla (según su sacrificio), del castigo el delincuente y al transgresor de la ley divina. En la comisión de un delito se ofendió lo mismo al estado que a los dioses (a la religión). De allí la amplitud de la pena y la severidad del castigo.

Molina Solís, señala que la justicia era siempre administrada directamente por el casique, quien personalmente oía las demandas y respuestas, resolvía verbalmente y sin apelación lo que creía justo; también hacia la pesquisa de los delitos y averiguados sin demora imponía la pena y la hacía ejecutar por sus alguaciles que asistían a la audiencia.

Importa hacer notar que varias leyes que se conocen como - mayas probablemente tuvieron su origen en pueblos extranjeros - tal vez entre otros en el Tolteca; no obstante no debemos olvidar el estado de desorganización que sobrevino entre los mayas - después de la extensión de su cultura lo que inevitablemente alteró su derecho penal. Por otra parte, no se conoce ningún códice prehispánico que trate de lo relacionado con esa legislación. En suma, como los mayas poseían una legislación consuetudinaria - es decir no es escrita, las únicas fuentes a las que podemos recurrir son las de los cronistas acordes en muchos aspectos aunque en otros indiferenciadas. Se sabe con cierta certeza que la esclavitud la supresión de la vida eran las penas máximas para muchos delitos. Esto es con respecto a los mayas.

Con respecto a los Zapotecos; la delincuencia era mínima; las cárceles de los pueblos pequeños algunas de las cuales aun se conservan superviviendo desde la época prehispánica son auténticos jacales sin seguridad alguna a pesar de ello los indígenas presos no suelen evadirse lo que es indiscutible antecedente de las modernas cárceles sin rejas.

De la época precorteciana, se sabe que uno de los delitos que se castigaban con mayor severidad era el adulterio identificándose en esto los zapotecos, con todos los pueblos de un pasado remoto la mujer sorprendida en adulterio era condenada a muerte, si el ofendido lo pedía, pero si este perdónaba a la mujer ya no podía volver a juntarse con la culpable, a la que el estado castigaba con crueles mutilaciones. En el caso del cómplice era obligado a trabajar para los hijos si los había.

En el caso del robo se castigaba con penas corporales como la -

flajelación en público (caso de robo leve). Si el robo era de importancia el castigo era la muerte, los bienes del ladrón se cedían al robado. La embriaguez entre los jóvenes y la desobediencia a las autoridades se sancionaba con pena de encierro y con la flajelación en caso de reincidencia.

Dentro de la penología comparada entre los zapotecas, mayas y aztecas, nos muestra un fenómeno de distinto enfoque el complice de la adúltera, que entre los mayas y aztecas podía sufrir la pena de muerte, entre los zapotecos sólo era multado a sostener a sus posibles hijos producto del adulterio. En cambio los zapotecos estaban facultados para condenar a la mujer, igual que los aztecas; pero los mayas, a la probable muerte -- añadían una pena menos severa, es decir la vergüenza e infamia de la mujer.

Es importante resultar que si el marido ofendido perdonaba a la mujer ya no podía volverse a juntar con ella ó sea el mismo estado le impedía dicho agravio ó si se quiere dicha flaqueza. Por lo tanto los principales delitos y las penas correspondientes eran los siguientes entre los zapotecos; el adulterio, el robo leve, grave embriaguez entre los jóvenes, desobediencia entre las autoridades.

Entre los Tlascalos, existe muy poca información sólo se sabe pero no con seguridad que para el homicidio, el adulterio, el robo y la desobediencia a los mandatos del rey la pena era en público. El procedimiento para la ejecución era a palos y después se quemaban los cadáveres.

Entre nuestros pueblos primitivos la cárcel se uso en forma rudimentaria y desde luego alejada de toda idea de readaptación social. La severidad en la pena, la función que le estaba asignada hizo del Derecho Penal Precorteciano un derecho draconiano y como esta era la tendencia, la cárcel aparece en segundo plano. Los aztecas sólo usaron sus cárceles para la riña y las lesiones a terceros fuera de riña.

Los mayas, por su parte, nada más usaban unas jaulas de madera que utilizaban como cárcel para los prisioneros de guerra, los esclavos prófugos, los ladrones y los adúlteros.

Los zapotecos, a su vez conocían la cárcel para dos tipos de delitos; la embriaguez entre los jóvenes y la desobediencia a las autoridades.

Por último los tarascos empleaban las cárceles para esperar el día de la sentencia. La penología precorteciana es el espejo de un estado de semicivilización. Por supuesto, tal estado no es equivalente de absoluto desorden ni de anarquía. En el mundo precorteciano, como en el nuestro el castigo expresa un sentimiento de afrenta e indignación experimentado por la comunidad, ante el comportamiento que entro en pugna con sus apreciados valores. Pero los valores son distintos en un mundo y en otro. Ante todo las sociedades precortecianas no poseían como sucede en la llamada cultura occidental cristiana una tradición de investigación filosófica y científica de más de dos mil años es decir la axiología progresiva aunque se da el caso de estratificación axiológica por que hayan alcanzado un límite máximo -- etiotípicas axiológicas producidas por decrepitud cultural.

Son comprensibles las sanciones sociales de los pueblos precortecianos, pero no son fruto desde luego de una importante civilización jurídica y ética. La pena de fin, por ejemplo es consecuencia de un elevado sentido ético, asimilado por el estado — pues la penología precorteciana no busca reformar al delincuente ni castigar por castigar, ni recompensar excesivamente a la parte agraviada aunque sin mantener las buenas relaciones mediante el establecimiento de la armonía social quebrantada, en suma era una penología dependiente de una poderosa casta militar y sacerdotal.

La norma diferenciadora de valores y juicios valorativos — entre el estado de semicivilización de los pueblos precortecianos y la cultura española de que habla Macedo se percibe con toda claridad en el castigo estipulado para el homicidio, en penología maya aún si se trataba de un acto casual; muerte por incindias de los parientes, tal vez por estacamiento ó pago del muerto (verdadera compensación pecuniaria) ó esclavitud con los parientes del muerto ó entrega de esclavo, recurriendo a un ejemplar similar un autor (Beattie), quien relata como en años recientes los miembros de muchas comunidades africanas consideraban irrazonable que los funcionarios europeos se llevaran a un homicida para matarlo o encarcelarlo, sin demostrar ningún interés por la compensación para el grupo que había perdido un miembro. Privar de otro miembro a otra comunidad que ya a perdido uno por la muerte, le parecía contrario el sentido común. Paralelo el homicidio es todavía preeminentemente un delito privado aún cuando es de incumbencia pública.

Los mayas según se ve, incorporaban a la pena que se cita-

la esclavitud con los parientes del muerto, por lo que es evidente que, como muchas modernas comunidades africanas, le daban prioridad al interés compensatorio para el grupo que había perdido un miembro (verdadera reparación del daño). Tal razonamiento descansa desde luego, en un juicio valorativo, que hoy no compartimos por evidente progreso axiológico.

Ahora bien, una sociedad avanzada y con un sistema organizado de gobierno, no ha absorbido forzosamente determinados valores. El progreso social y de organización administrativa en el gobierno no implica un progreso axiológico.

Existen delitos correspondientes a las sociedades precortezanas que por su naturaleza reflejan falta de progreso axiológico por lo que tuvo que imponerse la cultura española de indiscutible superioridad bajo todos aspectos, como bien lo señala el autor, hay otros delitos en diferentes sociedades que son el espejo de una ética distinta, no inferior a la nuestra. Por último hay delitos que se castigaban en ese tiempo con brutal ferocidad y que revelen la existencia de una organización social con leyes draconianas, bajo condiciones de opresión élitica y religiosa. El cuadro general, por lo tanto corresponde a una civilización que no logró grandes conquistas jurídicas. De allí que su derecho no haya pervivido aunque sus elementos valiosos sean identificables con otros sistemas de filosofía moral diferente que no inferior. Desde luego al observar los principales delitos y penas correspondientes entre los aztecas y los mayas, sobre todo, se descubre que hay una concentración evidente, basada tal vez en el capricho, al sancionar una conducta con muerte por golpes-

y confiscación de bienes (caso específico de rebelión del señor o príncipe vasallo del imperio azteca, que trate de liberarse de él mientras que otro tipo delictivo sólo merece, como es el caso de la deserción en la guerra la muerte.

Las penas infamantes pertenecen, según la penología moderna al dominio del pasado. Con el humanismo penal se descarta la posibilidad de confundir infamia y sanción; Ahora bien tales penas abundaban entre los aztecas. El vicio y la desobediencia en los hijos jóvenes de ambos sexos los podían sancionar los padres con el corte de cabello y la pintura en las orejas, brazos y muslos.

Pero esta vez la trascendencia de la pena, es en el sentido de que trascienda o se transfiera a los descendientes lo que ubica a la penología precorteciana en un estado de poco desarrollo. Al que injuriara, amenazara o golpeará al padre o a la madre, se le castigaba con la muerte y a sus descendientes no podrían suceder a sus pueblos (es decir a los padres maltratados en los bienes de éstos. La transferencia de la pena, como tantas otras instituciones legendarias en la historia de la humanidad, se remonta a la antigüedad.

Por última observación se impone ante las penas draconianas: por embriaguez, en el caso de los hombres jóvenes el castigo era la muerte a golpes, en el de las mujeres la lapidación. La embriaguez en los hombres provectos, se sancionaba con la privación de nobles y empleo, destierro o muerte en caso de ser nobles, en caso contrario la pena era la trasquiladura y el derribo de la casa por no ser dignos de vivir entre los hombres aque-

llos que voluntariamente se privan de la razón.

En cuanto a los mayas, zapotecos y tarascos, pueden aplicarse las mismas conclusiones que en el caso de los aztecas, sin perder de vista que era mucho mayor la severidad draconiana de las penas aztecas.

La colonia en suma, representó el trasplante de las instituciones jurídicas españolas a territorio mexicano, las leyes de Indias, las del Toro entre otras. Por aquellos años la gente moría de descomiento ó por haber bebido un jarro de agua fría - los azotes y las galeras ocupaban sitio de honor entre las penas referidas la hoguera tampoco se quedaba atrás.

Hay que recordar que la penología eclesiástica marchaba a la par con la penología virreynal, por lo que si juntamos las dos severidades (la iglesia y la del estado), nos encontramos sin dunda ante un panorama aterrador y aún que muchas leyes anulaban la crueldad del castigo, la verdad es que éste se mantuvo como un claroscuro terrible al que sólo el tiempo desterró. Se perseguía, naturalmente a los sospechosos de pacto con el demonio, a los judaizantes a los herejes y a los delinquentes comunes.

La Nueva España tenía en ese entonces, una cárcel de corte de la que en nuestros días se tienen importantes informes, como el hecho de que se trataba de una cárcel lúgubre.

Las penas de azotes para los indios estaban a la orden del día, pero eran las menos severas e imponentes. Abundaban las dobles penas o dobles ejecuciones; la historia colonial también --

consigna algunos errores judiciales acompañadas de espantosas — penas.

La acumulación de penas era frecuente en la colonia y lo — fué por supuesto en el período precorteciano, aunque más nos sorprende cuando llegan a la Nueva España leyes conocidas como benévolas. Junto a los azotes y ahorcaduras que ordenaba el virrey — el santo oficio hacia lo suyo castigando severamente las mentiras y exageraciones .

La confesión por medio del tormento satisfacía a los juristas y a los legos. Por otra parte la pena que más abundó fué la de azotes, por lo que la ferocidad de los castigos hizo estragos en la sencillez juvenil. El encarcelamiento de un hombre sólo cumplía la función de privarlo cruelmente de la libertad. Y no — hay que imaginar mucho para descubrir mala alimentación, mala — higiene, nefasto ambiente y confusión de unos presos con los — otros en medio de la promiscuidad. No es posible que existiera — una buena cárcel en esos comienzos del siglo XVIII, colonial mexicano, ahorcar, quemar, descuartizar, cortar las manos y exhibirlas, por ser los instrumentos del delito, eran penas habituales en el México Colonial.

Ya dijimos que en la época colonial la justicia del santo — oficio se confundía prácticamente con la del virrey. El santo — oficio comenzó a funcionar desde el mismo inicio de la colonia — quince años después de la noche triste.

En ese mundo colonial tan complejo, proferir malas palabras deshonestas o bien demeciado sonoras, también era motivo de castigo. E igualmente lo era la bigamia y las uniones muy frecuen —

tes a espaldas de la iglesia. Entre las penas habría que añadir la abjuración pública decretada muy amezudo por el santo oficio y con un claro propósito infamante.

Los procesos coloniales fueron, además de espectaculares-- variados. La temática de esos procesos es rica y compleja y con tribuye a que el derecho colonial nos ofrezca un cuadro interesante de delitos que debieron ser más delitos ó delitos que debieron serlo. Sin embargo lo que si es evidente es que la colonia mexicana nos ilustra sobre esta peculiaridad de derecho penal; que cambia el concepto sobre delitos y penas, según cambian los tiempos.

La criminología colonial, como ya señalamos, en la segunda mitad del siglo XVII, los mexicanos morían con mucha aceleración según decían algunos cronistas de la época en presencia de las muertes rápidas o violentas. Pero la aceleración en la muerte dependía de la clase de muerte.

La imposición de las penas era carente de humanismo. Una investigación a fondo realizada en la penología colonial pone de relieve que en el siglo XVII, nuestro país ni siquiera sospechaba que cien años después el milanés Cesar Bonesana marqués-- de Beccaria escribiría su libro " Tratado de los delitos y de las penas ", y que el mexicano Manuel Lardizabal Uribe escribió el libro " Discurso sobre las Penas", por que estos introductores del período humanitario en la penología universal habría estado muy cerca de una muerte " acelerada", de haber nacido en el siglo XVII mexicano.

En la época colonial los principales delitos y penas eran

los siguientes: judaizar, reincidencia en el judaísmo, encubrimiento de judaizantes, herejía, rebeldía y afrancesamiento, herejía (anglicanismo), mentira relacionada con la herejía la difamación, la calumnia y la blasfemia, idolatría y dar licencia para casamiento como en su infidelidad se acostumbraba (ejecución de la pena a cargo del santo oficio), idolatría y propaganda política contra la dominación española, por medio del sacrificio de niños cuyos cadáveres se presipitaban en los cenotes y contra las ordenanzas para el gobierno de indios expedido por la Real Audiencia de México.

La misma ordenanza, contemplaba la idolatría ó inovación de los demonios, cantar y bailar de noche, ejercer la astrología y demonología, procesos todos a cargo del santo oficio, hechicería robo y asalto, complicidad , encubrimiento en asalto, robo sacrilego, homicidio, homicidio por medio del degüello , por medio del veneno, homicidio y robo, homicidio en grado de tentativa, magnicidio en grado de tentativa, suicidio, portación de estoque verdugos ó espadas de más de cinco cuartas de vara de cuchilla - daño en propiedad ajena, costumbres homosexuales, embriaguez dar mal ejemplo (ordenanza para el gobierno de indias).

Las penas para estos delitos iban desde los azotes hasta la muerte de diferentes formas, como la muerte por garrote en la hoguera, hacer cuartos el cuerpo, entre otras. prisión azotes en la prisión, arrastramiento, garrote, corte de algún miembro etc.

En algunos delitos y penas de la época colonial se repiten algunas veces los mismos delitos con penas semejantes. Lo cual no ocurrió en la época prehispánica, la razón creemos es la des-

organización en materia legislativa, otra de las razones puede ser, una diversidad de criterios y de doctrinas a veces alarmante. Como por ejemplo en el robo iba desde el corte de un miembro algunas veces sólo azotes otras la muerte en la horca con posterior descuartizamiento lo anterior nos dice el doctor Carrancá y Rivas que se trataba de una legislación eminentemente pragmática, que se hacía casi al compás de la misma vida criminal. Sin embargo no era una legislación improvisada, ya que voluminosos cuerpos de leyes que se remontaban a los primeros siglos de la historia legislativa de España, servían de inspiración y modelo.

Como se habrá observado la penología colonial instituyó un sistema deshumanizado. Aunque se diga que la colonia fué en realidad tres siglos de prolongada conquista, hasta que vino la independencia. Debido a que únicamente se dió un trasplante de España a México, hubo que crear y legislar de manera propia para nuestro pueblo. Por otra parte las penas corporales proceden exáminar como la primera de todas y que es la que nos interesa, la pena de muerte. El ilustre maestro Don Raúl Carrancá y Trujillo señala dos cuestiones; si la pena de muerte es justa, si es legítima y si es útil; lo que sí destaca sobremedera es la tendencia abolicionista, aunque yo señalaría una marcada confusión independientemente de que nosotros seamos de tendencia abolicionista basándonos en los errores que a través del tiempo se han cometido al ejecutar a individuos inocentes, que aun cuando se hayan presentado pruebas convincentes, posteriormente han demostrado que la persona a la que se ejecutó era inocente. Además de que nuestra justicia es corrupta y esto es sabido por todos, no digo nada nuevo, ya que es una situación que no se puede negar ni cu-

brir toda vez que se hace a todas luces y sin ningún escrúpulo por lo que consideramos que si en un momento dado la justicia sanara de ese mal social como es la corrupción tal vez ni así se podría aplicar la pena de muerte de tal manera que algunos errores tienen remedio pero no el hecho de privar de la vida a un individuo ya que científicamente no se le puede volver a la vida (63).

Respecto de la ejecución de la pena de muerte Cuello Calón opina, que antiguamente existieron diversas formas de ejecución de la pena de muerte; por ejemplo los celtíberos castigaban el parricidio con la lapidación que otros delincuentes eran despedidos, también a los celtíberos e iberos se les aplicó la crucifixión, importada por los cartagineses y de nuevo por los romanos como medio afrentoso de ejecución capital.

En el siglo XVI, con la dominación de los romanos, en la península Iberica, en el fuero juzgo se señala la pena anterior para ciertos delitos graves, pero no se impone con la falta de humanismo con que posteriormente se hizo, se aplica para el envenenamiento, el homicidio de parientes próximos, para el aborto con muerte de la abortada; el incendio de casa ajena, que se castigaba con la muerte el fuego y para los juicios que hacen contra la ley.

En los siglos XVII y XVIII, existió gran variedad de ejecuciones, la horca era una de ellas de las más frecuentes, se halla en los fueros de Salamanca, Madrid, Cáceres entre otros, se aplicaba generalmente por robo. Algunos fueros establecían castigos en exceso crueles, como el despedasamiento del reo; —

para los traidores, ser enterrado vivo bajo la víctima, ser deshecho quemado.

Las partidas contienen una enumeración detallada de los suplicios o castigos; como eran cortar la cabeza con espada, la muerte en el fuego, la horca, arrojar al delincuente a las bestias bravas; expresamente se prohíbe la lapidación, la crucifixión y el despeñamiento. Estos castigos duraron hasta el siglo XVII, época en que comienza a atenuarse la barbarie. Estos son métodos de ejecución capital, los mismos del derecho penal romano, esta recopilación está bien explicada en las partidas.

Los procedimientos más terribles, la muerte en el fuego, se impuso expresamente a los herejes, a los monederos falsos y a incendiarios; la pena del saco se reservaba para los parricidas — consistía en encerrar al feo en un saco de cuero y dentro también un perro, un gallo y una culebra, después lo cosían y lo echaban al mar ó al río. Al paso del tiempo apareció una nueva forma de ejecución capital; morir asañado, pena que fué impuesta por las leyes de la hermandad para los raptos de doncellas-monjas, viudas y para los que robaren. Esta pena era en extremo dolorosa por lo que a poco de establecida se dispuso que el condenado fuera muerto antes de ser asañado.

En el siglo XV, XVI y XVII, los condenados a la muerte de alta traición fueron degollados o decapitados conforme al precepto de las partidas, con cuchillo o con hacha aunque esta fué empleada después de degollado el delincuente para presentar su cabeza a la muchedumbre que presenciaba la ejecución o exhibirla en palo o garfios.

La muerte en el fuego se aplicaba en particular a los sodo-

mitas y herejes, por disposición de los reyes católicos de 1497 se impuso en caso de sodomia no sólo para el delito consumado - sino también cuando se probaren actos muy promiscuos y cercanos a la conclusión.

Durante gran parte de la edad media la pena capital se ejecutó con frecuencia no conforme a la ley, sino al arbitrio de los monarcas y señores, en particular cuando el castigo se aplicaba a grandes bandas de malhechores o rebeldes. En estos casos por lo común no sólo se prescindía de juzgar a los delinquentes sino que se les aplicaban terribles suplicios no autorizados por las leyes. La pena de ser cocido en calderas duró durante el siglo XIII, aplicada con frecuencia como castigo a los rebeldes. Cabe señalar que estas penas en muchos casos fueron aplicadas arbitrariamente.

En el siglo XVI, se menciona una nueva forma de ejecución - probablemente ya conocida y utilizada en tiempos anteriores la muerte en garrote, que con el correr de los años llegó a predominar en nuestro sistema penal.

La muerte en el fuego continuaba aplicandose a los herejes-sodomitas, incendiarios y monederos falsos y para los brujos y brujas, pues para todos estos no se ha mudado la costumbre por que los quemaban; los envenenadores, traidores y los que mataban por dinero eran arrastrados y ahorcados los salteadores de caminos, los ladrones y los que hacian fuerza con armas ó hurtaban con violencia.

En las crónicas locales del siglo XVII, en particular las de Madrid, se encuentran interesantes noticias sobre la pena de

muerte y su aplicación. Durante los años de esta centuria la criminalidad violenta, asaltos, homicidios, robos con violencia alcanzaban enormes proporciones hechos que en gran parte se atribuían por los cronistas de la época a las bandas de soldados que volvían no pagados y hambrientos de las guerras sostenidas en diversos lugares por España.

Las condenas a la muerte por el fuego para los culpables del pecado nefando eran frecuentes en el siglo XVII, a causa del grave incremento de este delito, según refieren las crónicas locales, también se aplicó el mismo suplicio para el delito de bestialidad. Se impuso además en los casos de grave sacrilegio.

Durante algunos siglos, en particular durante los siglos XV a XVIII y principios del XIX, fué practicada muy seguido y a veces expresamente ordenada en la ley, como la pragmática de Felipe IX, contra bandidos y facinerosos, descuartizar los cadáveres de los ajusticiados y exponer sus despojos sangrientos en los puntos de tránsito o en las cercanías del lugar del delito.

Es entonces cuando era frecuente esta macabra exposición, particularmente cuando los ajusticiados eran ladrones o salteadores de caminos o autores de graves delitos que habían causado profunda impresión en la comunidad. El descuartizamiento de los ajusticiados no se aplicó solamente a los delincuentes comunes sino también a los ajusticiados por causas políticas.

La desaparición de los castigos poco humanos gana terreno hacia la mitad del siglo XVII, sin embargo esta orientación humanitaria se interrumpe por la publicación de duras disposiciones que representan una vuelta a la rigidez de las épocas preceden-

tes. Más a pesar de estos retornos al viejo sistema deshumanizado fueron afianzándose las formas de ejecución capital. A fines del siglo XVIII Lardizabal señala la mitigación y declara que — eliminados en la práctica, aún cuando en las leyes, los castigos poco humanitarios,, la pena de muerte quedó reducida al garrote, la horca y el arcabuceo para los soldados.

El garrote se reservó para los nobles, que iban al patíbulo en bestia de silla y la horca para los plebeyos conducidos — en bestia de albarda.

Humanísticamente hablando, durante el siglo XIX, la pena — sigue perdiendo terreno, los motivos son las luchas políticas, — aún sobreviven castigos poco humanitarios, fugazmente y sin éxito surge la idea abolicionista. Tiempo después es cuando realmente se da un gran paso hacia la abolición de publicidad disponiendo que las ejecuciones se realizaran dentro del recinto de — las cárceles en que estuvieron presos los condenados, siempre que hubiere sitio adecuado. Posteriormente en el Reglamento de los — Servicios de Prisiones, la pena de muerte se ejecutará a las — diez horas de haber notificado al reo la señalada para la ejecución, además de que se les diere la comunión a los reos condenados a la pena de muerte.

Por otra parte los cuerpos de los justiciados no podían ser retirados del cadalso, únicamente la autoridad podía dar licencia para ser retirados y enterrados, pero lo más frecuente era — que los cadáveres de los ejecutados permanecieran en la horca — hasta su descomposición y que caídos sus despojos fueran devorados por los animales . Tiempo después se dispuso también que los cadáveres fueran entregados a los médicos para alguna operación—

ó práctica que fué necesaria, el mismo reglamento del que hablamos contempla en alguno de sus artículos que fuesen entregados a sus parientes o amigos para ser sepultados cristianamente pero sin pompa.

Estadísticamente hablando se tienen los siguientes datos -- referentes al número de penas de muerte impuestas para los Tribunales ordinarios, penas conmutadas y ejecutadas durante el primer decenio del presente siglo.

La pena de muerte no obstante el considerable aumento de las condenas capitales, se ejecutó durante este decenio en proporciones mínimas; en algún año en el 1907, todos los reos fueron indultados. Respondía esta actitud de benevolencia a la misma corriente de indulgencia que domina en otros países europeos. Según datos obtenidos por el Ministerio de Justicia el número de condenas de muerte impuestas por los tribunales, de penas conmutadas y ejecutadas durante el decenio 1947-1956 la cifra de condenas capitales disminuye considerablemente en este decenio, sin embargo -- la pena de muerte se aplica con mayor rigor que en el decenio -- 1900-1909; pero la proporción de las penas conmutadas en la mayoría de estos años excede del 50 al 100% de las penas de muerte -- impuestas.

Se puede decir que en España no existió nunca una verdadera campaña de sentido popular contra la pena de muerte. Las tentativas realizadas para su abolición han tenido un carácter eminentemente político. Razones políticas fueron causa de las reiteradas peticiones presentadas en las Cortes en 1854 solicitando su abolición para los delitos políticos y las dirigidas a las mismas en

1869 y en 1905, esta última proposición fue rechazada como las anteriores que aspiraban a su total abolición en el fuero civil ordinario y en el fuero de guerra (64).

Dentro del Derecho Penal Español, se ha tratado el problema de la pena de muerte, así tenemos que la Constitución de Bayona, prohibía el tormento sin referirse a la pena de muerte.

La Constitución Española de 1856, hacía referencia a la pena de muerte para rechazarla por delitos meramente políticos— su artículo II, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, establece en uno de sus artículos que " en los países en que no hayan abolido la pena de muerte sólo podrá imponerse la pena capital por los graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente pacto ni a la convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Lo anterior y lo que a continuación anunciare lo señala el doctor Juan Felipe Huiguera Guimera, en su texto " La Previsión Constitucional de la Pena de Muerte", se dijo también en ese pacto, que toda persona condenada a muerte — tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena capital, podrán ser concedidos en todos los casos. Se prohíbe así mismo las torturas y las penas o los tratos crueles . Para los delitos " más graves", que se castigan con esta pena — se establecen los beneficios de la amnistía, indulto o conmutación de la pena capital. En opinión de este autor los anteriores convenios internacionales parten de una situación "moral" de tiempos de paz" y no están pensados en una situación " bélica",

por lo que en principio los anteriores beneficios y limitaciones en la aplicación de la pena de muerte no serían de aplicación en el supuesto de una situación de guerra y con referencia a la pena de muerte es preciso acudir a las convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949, en la que uno de los artículos de esta convención se dijo que los prisioneros de guerra quedarían sujetos o sometidos a los reglamentos leyes y ordenanzas vigentes entre las fuerzas armadas de la potencia en cuyo poder se encuentren los prisioneros, ésta estará autorizada a aplicar medidas judiciales o disciplinarias a todo prisionero de guerra que haya cometido alguna infracción dichos reglamentos leyes y ordenanzas generales. Se dijo que las autoridades judiciales competentes en cuyo poder se encuentre el prisionero, deben usar la máxima indulgencia en la apreciación del asunto, recurriendo a medidas disciplinarias, mejor que a medidas judiciales más aún no se puede aplicar a un prisionero de guerra otro castigo que no sea de carácter disciplinario, que tampoco se puede imponer a un miembro de las fuerzas armadas de la potencia en cuyo poder se encuentre el prisionero. Se señala la jurisdicción competente, en estos casos será siempre la jurisdicción militar.

Lo anterior son criterios con una marcada tendencia abolicionista de la pena capital. En el Derecho Penal Europeo, se observa una tendencia abolicionista de la pena de muerte, con algunas excepciones. Sin embargo, la pena capital está prevista para ciertos delitos en leyes penales especiales militares, generalmente para tiempo de guerra "como traición, actividades muy graves hostiles contra el estado, espionaje, puesta en peligro concreto de la independencia del estado".

En la República Austríaca, no se prevé la pena de muerte ni en el derecho penal común, ni en las leyes penales especiales. La pena capital fué abolida en Austria en el año 1969. En el artículo 85 de la Constitución Austríaca se dice, " que queda abolida la pena de muerte".

En la República Federal de Alemania, tampoco se prevé la pena de muerte, ésta quedó abolida en la ley fundamental del 23 de mayo de 1949, dentro de uno de sus artículos que dice: que la pena de muerte queda abolida.

En Bélgica, la pena de muerte está prevista en el derecho penal común, pero de hecho no se ejecuta pues se conmuta por otra pena. También está prevista la pena capital para tiempo de guerra, aplicandose por la jurisdicción militar.

En la República de Chipre, se establece la pena de muerte tanto en el Código Penal como en la Legislación Militar. La pena de muerte puede aplicarse en los casos de asesinato con premeditación, alta traición, piratería y por ciertos delitos conforme a la legislación militar.

En Dinamarca, la pena de muerte quedó abolida a partir del año 1930, pero se preveía para ciertos delitos cometidos en tiempos de guerra, como en los delitos contra la seguridad del estado, finalmente fué abolida en el año 1978.

En Finlandia, la pena de muerte fué abolida en el año 1949 para todos los delitos en " tiempo de paz ", sin embargo se preveía la misma para " tiempos de guerra ", quedando finalmente abolida en 1972.

En Francia e Irlanda, la pena de muerte está prevista no sólo en el Derecho Penal Común, sino también en el Derecho Penal Militar.

En la República de Islandia la pena de muerte fué abolida en el año 1928. El código penal de 1940, declara que la pena máxima permitida es la de "cadena perpetua".

En el principado de Liechtenstein, se prevé la pena de muerte para los delitos de alta traición asesinato, pero de hecho no se ejecuta a ninguna persona.

En el principado de Monaco, en su Constitución se dice que la pena de muerte está abolida por lo que en su código penal de 1968 no prevé esta pena.

En Luxemburgo, se abolió la pena de muerte con carácter general en el año 1979. En Malta esta abolida, pero sin embargo se prevé en las leyes penales especiales de tipo militar.

En Noruega, la pena de muerte fué abolida en el año 1905 -- sin embargo, se preveía la misma en el código penal militar en los supuestos de traición en tiempo de guerra o en situaciones de emergencia nacional. Finalmente fué abolida de manera general en 1979.

En los Países Bajos, la pena de muerte fué abolida en el año 1870, para los delitos comunes, pero se mantiene en la actualidad en el Código Penal Militar, en tiempos de guerra sin que

aún se haya abolido.

En Inglaterra fué abolida la pena de muerte en el año 1969 pero se mantiene en las leyes penales militares (ley del ejército , de la Fuerza Aérea y Marina), en los delitos de traición

En Suiza, en el derecho Penal Común está abolida la pena de muerte, sin embargo se tiene en el Código Penal Militar en tiempo de guerra, para los delitos de desobediencia, sublevación; cobardía y capitulación ante el enemigo. Incluso se impone esta pena en el delito de revelación de secretos.

En Turquía sigue previniéndose la pena de muerte en el Derecho Penal Común y en las leyes especiales de tipo militar.

En la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, República Democrática Alemana, Rumania, Bulgaria, Hungría, Checoslovaquia, Polonia y Yugoslavia, aún se prevé la pena capital con carácter general. (65)

En los Estados Unidos de Norteamérica, varios estados, la contemplan y la han ejecutado en diversas formas, algunos otros estados no la regulan y otros más después de haberla abolido la han reimplantado.

En nuestro país de acuerdo con la Constitución si existe la pena de muerte tanto en el fuero común como en el fuero de guerra, pero de hecho no se aplica en ningún ámbito. Señalando nuestra Carta magna los casos en los que se debe aplicar así --

como en el Código Penal.

La Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos de 1917, señala en su artículo 22;

" Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia la marca, los azotes, los palos el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas.

Queda prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse, al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiaro, al saltador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar ". (66)

En el Código de Justicia Militar, el capítulo V, artículo 142, señala:

" que la pena de muerte no deberá ser agravada con circunstancia alguna que aumente los padecimientos del reo, antes o en el acto de realizarse la ejecución. " (67)

En lo que respecta a su ejecución dentro del Derecho Penal Militar, lo más común es el fusilamiento; y como lo ordenan las leyes de procedimientos penales en el fuero de guerra del l/o.-

de enero de 1902 y la ley de procedimientos penales en el fuero de guerra del 1.º de julio de 1902, en sus artículos 57 y 147, respectivamente.

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

- 63.- Cfr.- Cerrencá y Rivas Raúl.- Derecho Penitenciario.- --
Editorial, Porrus, 2a. Edición México, 1981.- p.p.- 11 a
201.
- 64.- Cfr.- Guello Calón.- Op.Cit.- p.p.- 15 a 50.
- 65.- Cfr.- Huiguera Guimera Felipe.- p.p.- 3 a 18.
- 66.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.-
Art. 22.
- 67.- Código de Justicia Militar.- Art. 142.

C A P I T U L O I V .

LA PENA DE MUERTE EN EL DERECHO PENAL MILITAR MEXICANO .

A.- Fundamento en el Código de Justicia Militar., B.- Referencia Constitucional (Artículo 22)., C.- Analisis Normativo.

A.- Fundamento en el Código de Justicia Militar.- En materia de Derecho Penal Militar, el Código de Justicia Militar, — contempla varios delitos que tienen como sanción la pena máxima, la pena de muerte; el artículo 122 en su fracción V, señala como pena a la muerte; el artículo 142, manifiesta que la pena no — deberá ser agravada; el artículo 151, se refiere a la aplicabilidad de la pena de muerte; el artículo 174, se refiere a la sustitución de la pena capital; el artículo 190 fracción IV, es con relación a la prescripción de la misma, que sera de quince años el artículo 203 señala los casos en que se debe aplicar la pena de muerte por el delito de traición a la patria; el artículo referido también regula la aplicabilidad de la pena de muerte en — el delito de espionaje ; el artículo 208, sanciona con la pena — de muerte a los delitos contra el derecho de gentes; los artícu-

los 209, 210, y 213 se refieren a las reglas que deben observarse en tiempo de guerra con las instalaciones, material, embarcaciones etc, a quien o quienes las diseñen se les aplicara la pena de muerte; el artículo 219 castiga con la pena de muerte cualquier movimiento armado; el artículo 237 sanciona con la pena de muerte la pérdida por alteración en su rumbo o señales de los buques; al igual que los artículos 252, 253, se refieren a la destrucción de aparatos para la navegación, aplicando la pena de muerte; los artículos 272, 274 se refieren a la desertión frente al enemigo sancionandola con la pena de muerte; los artículos 278 y 279 aplican la pena de muerte a que cometa cualquier violencia contra un centinela, guardia etc, el artículo 279, en su fracción I, señala la sanción; el artículo 282, en su fracción III, señala la pena de muerte para el delito de falsa alarma; el artículo 285 fracción IX, sanciona con la pena de muerte la insubordinación con vias de hecho causando la muerte del superior, estando en servicio y el artículo 286, también tipifica el delito de insubordinación con vias de hecho causando la muerte del superior fuera del servicio; el artículo 290, se refiere a violencias cometidas frente a la bandera, frente a tropa formada o encasarrancho, castigandose con la pena de muerte; el artículo 292 también se refiere a la insubordinación con vias de hecho, frente al enemigo o en marcha, castigandose con la misma pena; el artículo 299 tipifica las lesiones y en su fracción VII, señala la pena de muerte si el homicidio fuere calificado esto es tratandose de inferiores; el artículo 303 tipifica la desobediencia aplicando la pena de muerte si se esta frente al enemigo o marchando a encontrarlo esta sanción la señala en su fracción III, el artículo 305 se refiere al delito de asonada, y en su fracción II, aplica la pena de muerte para este delito; el artículo

311 en su fracción III, señala la pena de muerte para los oficiales que abandonen el servicio en campaña o frente al enemigo; el artículo 312, se refiere al abandono de puesto, señala la pena de muerte para el que abandone si recibió ordenes de defenderlo o no haga la defensa que se le hubiere ordenado; el artículo castiga con la pena de muerte el abandono de mando frente al enemigo; el artículo 313, también señala la pena de muerte para los individuos de tropa si cometen el delito de abandono frente al enemigo; el artículo 318 se refiere a los marinos u oficiales que abandonen el buque sin motivo legítimo o sin permiso de sus superiores aplicandoles la pena de muerte; el artículo 319, se refiere a l mismo delito pero con otras modalidades en su fracción I, el artículo 321 se refiere al marino que encargado de escoltar un buque o convoy que pudiendo defenderlo lo abandone o rinda al enemigo se le aplicará la pena de muerte; el artículo 323 en su fracción III, señala la pena de muerte para el delito de extralimitación y usurpación de mando o comisión; el artículo 338, en su fracción II, señala la pena de muerte en tiempo de guerra para el delito de infracción de deberes militares correspondientes a cada militar según su comisión o empleo cabe señalar que este delito tiene varias modalidades o formas de cometerse que señala el código; el artículo 356 se refiere al centinela que no defiende su puesto, estando obligado incluso a dar su vida aplicandosele la pena de muerte; el artículo 359, se refiere al mismo individuo que estando de centinela no de la voz de alarma si se acercará el enemigo castigandosele con la pena de muerte; el artículo 362, aplica la pena de muerte al que comete el delito de infracción de deberes especiales de marinos; señalado en este artículo los casos que ameritan dicha pena; el artículo 363, se aplicará la pena de muerte al que faltando a la obediencia de sus superiores, incen-

die o destruya propiedades; el artículo 364, en su fracción IV aplica la pena de muerte al que cause daño al grupo escuadra o división y se ocasionaré la pérdida del combate; el artículo --- 376, señala los casos en que se debe aplicar la pena capital en el delito de infracción de deberes especiales de aviadores; el artículo 385, señala la pena capital en el caso de que de la infracción resultará la derrota de las tropas, ó la pérdida de los buques o aeronaves, si se esta en campaña; los artículo 386, 389 castiga con la pena de muerte el delito de infracción de deberes de prisioneros evasión de estos o de presos o detenidos y auxilio a unos y a otros para su fuga, señalando los casos en que --- amerite la aplicabilidad de la pena de muerte; el artículo 397 --- señala la pena capital para el delito de contra el honor militar señalando en otros la aplicabilidad de esta pena para los casos de cobardía, rendición o capitulación; cabe señalar que algunos --- de los tipos que describe el código de justicia militar, tienen que cometerse dolosamente como el caso de la falsa alarma. Estos son los delitos que dentro del Código Penal Militar vigente expedido por Abelardo L. Rodríguez Presidente substituto Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos publicó en el año 1933, y --- que se sancionan con la pena máxima. (68)

B.- Referencia Constitucional (artículo 22).-- Ignacio Villalobos,, en su texto de Derecho Penal Mexicano, hace un analisis de la pena de muerte, toda vez que nuestra Constitución Federal, la regula en su artículo 22 que a la letra dice "... queda prohibida la pena de muerte por delitos políticos y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de-

caminos , al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.. ". Y nuestro código de justicia militar como ya lo hemos visto, la establece y aplica; y son muchos los códigos de los estados de la República en que se mantiene su uso a pesar del natural sistema de imitación que todos siguen.

Respecto de las leyes que se expiden para el Distrito Federal en los cuales fué abolida desde 1929, algunos de sus códigos al publicarse la supresión de la misma en el Distrito Federal la establecieron después por propia convicción o por la experiencia derivada del cambio como también ocurrió en Francia e Italia, en Suiza, en la URSS, en España en algunos estados de los Estados Unidos de Norteamérica, y en otros países que señala el maestro-Villalobos, quienes conducidos por el sentido humanista habían adoptado la tendencia abolicionista y tuvieron que rectificar su actitud en vista de los resultados obtenidos.

Por el momento se pueden citar como ejemplos de las legislaciones que abolieron la sanción en 1931 y la restablecieron posteriormente por decreto de primero de abril de 1938; la de Hidalgo, código de 1941, artículos 2, 22, 313, y 317; el Estado de México código penal de 1937, artículos 20, 24, 295 y 300, y el código de 1956 artículos 24, 28, 29, y 30; la de Morelos código de 1944 artículos 27, 339, y 343; la de Oaxaca artículos 22, fracción I, Sinaloa código penal 1940 reformado en 1946, artículos 65, 251 y 285, Sonora código penal 1949, artículo 20, 22, 254 la de Tabasco artículos 57 fracción VII y la de Nuevo Leon. (69)

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-

en su artículo 22, contempla, la pena de muerte; y el código de justicia militar como ya observamos en varios tipos delictivos— autoriza su aplicación y la prohíbe en otros casos ; este artículo manifiesta que queda prohibida la pena de muerte para los delitos del orden político y en cuanto a los demás solo podrá imponerse al traidor en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

En los Congresos de 1857 y 1917, no se llegó a una conclusión que permitiera prescindir de una medida que se juzgo inevitable— en el estado de nuestras condiciones sociales en aquella época. El diario de debates del Congreso Constituyente de 1917, se anotaron los mismos argumentos en pro y en contra de la pena capital y el dictamen formulado decía: que queda prohibida por delitos políticos y en cuanto a los demás sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida al homicida, con alevosía, premeditación o ventaja al incendiario al plagiarlo al salteador de caminos al pirata al violador y a los reos de delitos graves del orden militar. Para sostener este dictamen la comisión manifestó: que la vida de una sociedad implica el respeto de todos los asociados hacia el planteamiento permanente de las condiciones necesarias para la coexistencia de los derechos del hombre; que mientras el individuo se limite a procurar la satisfacción de todos sus deseos sin menoscabar el derecho que los demás tienen para hacer lo mismo nadie puede intervenir en su conducta, pero desde el momento que por una agresión al derecho de otro perturba esas condiciones de coexistencia el interés del agraviado y de la sociedad se unen para justificar —

que se limita la actividad del culpable en cuanto sea necesario para prevenir nuevas agresiones. La existencia de este derecho de castigo que tiene la sociedad está determinado por el carácter y la naturaleza de los asociados y puede llegar hasta la aplicación de la pena de muerte, si sólo con esta puede quedar garantizada la seguridad social. Que la humanidad no ha alcanzado el grado de perfección necesario para considerarse inútil la pena de muerte, lo prueba el hecho de que en la mayor parte de los países donde ha llegado a abolirse, ha sido preciso, restablecerse poco tiempo después. Los partidarios y abolicionistas de la pena capital concuerdan en un punto; que desapareciera esta pena con el progreso de la razón, la dulcificación de las costumbres y el desarrollo de la reforma penitenciaria.

La cuestión de reduce por tanto a decidir si se ha alcanzado este estado social superior. Y por último la comisión manifestó que en su concepto no puede resolverse afirmativamente; que por lo tanto la comisión propuso a esa honorable asamblea que aprobara textualmente el artículo de que se trata que es el siguiente:

" Artículo 22.— Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie; la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considera como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito o para el pago de impuestos o multas.

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos poli-

ticos y en cuanto a los demás sólo podrá imponerse al traidor en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador - de caminos al pirata, al violador y a los reos de delitos graves del orden militar."

El espíritu del Congreso Constituyente de 1917, fué afirmativo de la pena de muerte.

Pero para la aprobación de este artículo tan importante, -- fueron emitidas varias opiniones como la del diputado Del Castillo, quien manifestó al Congreso; que para los delitos graves -- del orden militar se debería ver un momento la vida práctica del cuartel, cabe señalar que en aquel tiempo el Ejército Mexicano -- contaba con cierto prestigio favorable, pero en el supuesto caso que este se convirtiera en un tirano, se dijo: es entonces cuando la ordenanza militar, la tiranía del ejército en donde se ve al inferior sujeto al capricho del superior por que el superior se acostumbra a mandar sin replica de ninguna clase, se acostumbra a ser autoritario en nombre de la ordenanza y de la disciplina y no solamente esto sino que solamente a las humillaciones más bajas la dignidad del soldado quien sólo por el hecho de ser inferior esta condenado a sufrir en silencio sin protestar por más grave que sea la injusticia o la ofensa y a veces la amenaza -- para su honra y su familia, en nombre de la tiranía y del capricho de la autoridad a que se acostumbran los superiores y muchas veces cuando se registra el crimen de insubordinación con vías -- de hecho, generalmente no es más que el resultado del abuso de -- autoridad de los superiores y en ese caso (es aquí en donde se hacen varias preguntas a la concurrencia), como el por que se --

siega en estas condiciones la vida del soldado; el por que se sostiene la pena de muerte; el por que sin analizar las circunstancias que concurren en la vida del cuartel se condena irremisiblemente al soldado; que por eso existen en el Código de Justicia Militar penas severas y hasta crueles para conservar a toda costa la disciplina.

Por último se pidió que al votar se respetara el derecho a la vida de esos hombres que la consagran para la defensa de la patria y el sostén de las instituciones.

En opinión del diputado Bolaños, en el mismo Congreso y con respecto al mismo artículo dijo: que se pretendía la abolición de la pena de muerte salvo el caso de traición a la patria fundando su iniciativa sistemáticamente en las mismas razones que han venido sosteniendo los abolicionistas de la pena capital, — esta constituye una violación del derecho natural, su aplicación es contraria a la teoría que no autoriza las penas sino como medio de conseguir la corrección moral del delincuente es inútil — la pena de muerte, por que no es verdad que tenga la ejemplaridad que se ha pretendido, quien menos sufre con la aplicación de esa pena es el propio delincuente; a quien afecta principalmente es a su familia, y por tanto es injusta aquella, por que castiga con rigor implacable a quien no tiene culpa; la irrevocabilidad de tal pena no deja lugar a la inmunidad de los errores judiciales; en el estado actual de la ciencia, no puede asegurarse si un infractor de la ley es un criminal o un enfermo, por medio de la pena de muerte se confunden los dos casos de una manera irreflexible e injusta. La delincuencia entre nosotros es —

un fruto de la ignorancia, mientras la sociedad no haya cumplido su deber de extirpar esta, no tiene el derecho de aplicar la pena de muerte, supuesto que los delitos a que ella se aplica son el fruto de la omisión de la misma sociedad. Por último está cumplida la condición bajo la cual los constituyentes de 1857 ofrecieron al pueblo la abolición de la pena capital, ya se ha establecido el régimen penitenciario, no debe demorarse por el cumplimiento de esa solemne promesa. (70)

C.- Análisis Normativo; El ilustre maestro doctor Raúl Carrancá y Trujillo, señala en relación con este tema, que en el coloquio conmemorativo del centenario de la abolición de la pena de muerte realizado en Portugal, se dijo que la pena de muerte no es indispensable en ningún país civilizado, que la función intimidatoria que se le atribuye no ha sido jamás demostrada y que en todo caso puede ser substituida por otras penas de naturaleza diferente, que la concepción de la justicia retributiva no obliga a que los delitos sean castigados con la pena de muerte, que de cualquier manera la pena capital no podrá ser aplicada sino al delincuente " plenamente responsable ", y que las dudas sobre la plena responsabilidad, se añade todavía la posibilidad de errores judiciales, ya sea en cuanto a la verificación de la responsabilidad que la pena de muerte hace imposible toda especialización del condenado; que la pena capital se opone a la concepción moderna de la justicia y al respeto que merece la persona humana .

En tal virtud el coloquio recomendó que dicha pena fuera abolida universal y definitivamente para todos los crímenes que los condenados a la pena capital fueran reemplazados o conmutadas

por otras condensas en las que se prevea la aplicación de penas diferentes; que en vista de que no se ha demostrado la función intimidatoria de la pena capital, lo que la hace fácilmente substituida en tanto sea abolida de manera definitiva, todos los — estados que aún la mantengan la declaren inmediatamente suspendida en su aplicación.

Existen países como Bélgica, que mantienen en su legislación la pena capital pero jamás se sirven de ella y mucho menos en tiempo de paz cuya existencia es nula no es aplicada ni en los delitos del orden militar. (71)

Por otra parte la pena de muerte en las legislaciones con cierta exactitud, en franco desacuerdo con la realidad se a pretendido afirmar que la mayoría de las legislaciones en el mundo han suprimido la pena capital, pero algunas tuvieron que volver a implantarla pasado el momento de humanitarismo; suprimiendola nuevamente en los años 1929 y 1949.

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

- 68.- Cfr.- Código de Justicia Militar.- Arts.- 122/o., 142/o., 151/o., 174/o., 190/o., frac.IV, 203/o., 208/o., 209/o., 213/o., 219/o., 237/o., 252/o., 253/o., 272/o., 274/o., 278/o., 279/o., 282/o., 285/o., frac/IX, 286/o., 290/o., frac. VII. 303/o., frac. III, 305/o., 311/o., fracc. III. 312/o., 313/o., 318/o., 319/o., 321/o., frac.III, 328/o., frac. II, 356/o., 359/o., 362/o., 363/o., 364/o., 376/o., 385/o., 386/o., 389/o., y 397/o.
- 69.- Cfr.- Villalobos Ignacio.- Op.Cit.- p.p. 518, 519 y 520.
- 70.- Cfr.- Diario de Debates del Congreso Constituyente de -- 1917.- p.- 239.
- 71.- Cfr.- Carranca y Trujillo Raúl.- Op.Cit.- p.p.- 99 a 790

CAPITULO V.

SU JUSTIFICACION DENTRO DE LA LEGISLACION PENAL MILITAR.

A.- Argumentos en favor., B.- Argumentos en contra.

A.- Argumentos en favor de la pena de muerte.- Ignacio Villalobos, opina que la razón que hay para mantener semejante medio de defensa radica hoy principalmente en la certeza de que existen sujetos excepcionalmente peligrosos y nocivos, aún estando dentro de las cárceles cuya corrección es vano intentar con los medios de que se dispone; que la eliminación absoluta de esta clase de amenazas públicas es imperativo y que la práctica enseña que no es real, ni a veces menos cruel hablar de una prisión perpetua cuya inovación resulta entre otros inexplicable ligera y rutinaria puesto que tampoco se reconoce por la ley; y que en nuestra legislación no existe la relegación ni el destierro ni la prisión perpetua, por consiguiente hablar de ellos como sustantivos de la pena de muerte no es sino un eco irreflexivo de lo que se dice en tratados de otros países donde si exis -

ten tales medios de eliminación.

Por otra parte es conocido el criterio de que Garofelo expresó sobre la pena de muerte que es el medio más adecuado, para una selección artificial que la sociedad debe realizar, eliminando al que afortunadamente mientras no se le consienta y fomenta, es pequeño número de seres extremadamente nocivos e inadaptables, y previniendo su reproducción.

Intimidación y ejemplaridad, se dice que sobre aquellos fines principales de eliminación y selección, se invoca secundariamente los de supremas intimidaciones y ejemplaridad que pueden también limitar la delincuencia correspondiente (72).

Respecto de la licitud y de la necesidad de la pena de muerte en toda sociedad se ha manifestado lo siguiente en su favor:

Que la autoridad política tiene el deber de imponer la pena de muerte cuando sea necesaria para el bien de la comunidad para evitar otros crímenes. Constituye por ello una forma de legítima defensa.

Ello se entiende siempre que la pena de muerte no sea susceptible por otra u otras penas o que su ejemplaridad sea base para salvaguardar el orden en la vida civil. Ninguna otra pena es tan ejemplar y así es como no puede ser sustituida, luego es necesaria.

Siendo la sociedad la agrupación de hombres para el bien común debe contar con todos los medios requeridos para su conservación y mejoramiento, luego la pena de muerte es lícita.

Los crímenes más grandes hieren la conciencia de la sociedad y justifican por ello, la pena de muerte. La experiencia ---

prueba esta conclusión ya que los crímenes atroces causan una—
reacción en la conciencia social que pide el sacrificio de los—
criminales.

Los pensadores del derecho, señalan en la pena de muerte —
dos cuestiones fundamentales:

1.— Si es justa, esto es si es legítima.

2.— Si es útil en un momento dado, esto es, si es oportuna

Beccaria opina que la vida es el más grande de todos los —
bienes que la sociedad no tiene el derecho de matar y que si lo
hace es por que lo juzga útil y necesario.

Una objeción moderna señala, si los delitos se diferencian
entre si legalmente en lo substancial por distinciones ideales ;
si son los hombres, con todas sus limitaciones y prejuicios, —
quienes juzgan de tales distinciones la pena de muerte no puede
legítimamente aplicarse tanto más cuando que es irreparable. So
bre la utilidad y necesidad de dicha pena se alega, para fundar
su efecto intimidante y asegurador; cuando la muerte de un ciu-
dadano sea el verdadero y único freno que contuviése a los —
otros por que su existencia puede producir una revolución peli-
grosa en forma de gobierno establecida, si es útil la pena de —
muerte.

Por otra parte varios estudiosos del derecho opinan que no
es intimidante la pena de muerte ya que los condenados a ella —
generalmente han sido testigos de anteriores ejecuciones y en —
los Estados Unidos fué en auge el gansterismo, a pesar de las —
2000 ejecuciones verificadas tan sólo en tres años de 1934 a —
1936 a pesar de que aplica la pena capital hasta adolescentes —
casi niños. La Oficina de investigaciones de los Estados Uni —

dos a informado oficialmente que en el año 1950, hubo más crímenes que en años anteriores y que jóvenes de ambos sexos figuran entre los delincuentes, hubo un aumento del 1.5 % en relación con el año 1949 y en 1954 se registre un aumento del 8.5% en la criminalidad. Como se ve tan poco es aseguradora la pena de muerte; a lo sumo queda convertida en un instrumento cruel de represión al servicio de la venganza de quienes ejercitan el poder del estado como el mismo Beccaria no dejó de reconocer. Por todo al menos puede concluirse que la pena de muerte es superflua desde el momento en que la intimidación y el aseguramiento pueden considerarse por otros medios penales como medidas de seguridad.

La escuela positiva se inclina por su abolición. En cuanto a Cesar Lombroso que en sus primeros trabajos se manifesto partidario de la pena de muerte después la combatio.

Desde el punto de vista de la prevención general, estadísticamente se prueba que los condenados a la muerte han sido testigos de su aplicación, como antes dicho, o sea que la ejemplaridad no a podido impedir sus crímenes; en México hemos padecido innumerables pronunciamientos cuartelarios no obstante que el fracaso de sus iniciadores era seguido de su fusilamiento y ni por este ejemplo dejaron de haber pronunciamientos; en cambio si desde tiempo atras ya no lo sufrimos ello se debe a otros factores económicos y políticos principalmente esto es sociales, no a la ejemplaridad de los fracasos.

La ejemplaridad de toda pena opera tan sólo en cuanto a sujetos de tendencia criminal poco acusada más no en cuanto a los-

demás, en la sociedad mexicana consideramos que la pena de muerte es injusta o inmoral por que en México el contingente de delincuentes que estaran amenazados de condena judicial de muerte se compone en su mayoría de hombres económica y culturalmente inferiores. Hombres que son delincuentes porque son víctimas de abandono en que hasta hoy han vivido por parte del estado y de la sociedad, víctimas de la incultura, de la desigualdad y miseria económica de la deformación moral de los hogares en que se han desarrollado mal alimentados y tarados por la herencia alcohólica y degenerados por la depauperación.

El Estado y la sociedad son los principales culpables de esto y en vez de que la solidaridad social que los adopte a una vida humana y de la elevación de su nivel económico, que borre para siempre la inferioridad ancestral, el estado optará por suprimirlos.

b.- Opiniones en contra de la pena de muerte.

Los tratadistas del derecho han manifestado que la pena de muerte; no es ni lícita ni necesaria en las sociedades civilizadas.

Que para que la pena de muerte fuera lícita habría que admitir que la facultad de aplicarla hubiera sido concedida al estado por los ciudadanos a virtud de un pacto entre ambos, fundado en el derecho de cada ciudadano a disponer de su propia vida; por lo que es inaceptable.

Por otra parte su necesidad no está probada toda vez que existen otros medios de impedir que los ciudadanos sigan dañando a la sociedad, por lo que es inútil.

También han señalado que no constituye escarmiento para el-

que ha delinquido pues con privarlo de la vida se hace imposible toda corrección, y tampoco constituye ejemplo para los que no -- han delinquido pues a pesar de ella siguen cometiéndose delitos -- y los reos que la han sufrido han sido testigos de ejecuciones -- anteriores además de que la conducta criminal se da cualquiera -- que sea la pena con que se le retribuye ó amenase.

Afirman que por aplicarse sobre el pobre el devaldido el -- que carece de medios económicos para cuidar de su proceso penal -- conforme a la mejor técnica, habilidad, capacidad etc, de sus -- defensores, la pena de muerte es radicalmente injusta, por desigual no obstante tratarse de iguales.

Señalan también que por no permitir la readaptación a que -- dieron lugar los errores judiciales y la malicia humana que falsea la prueba esto es por ser irreparable, es ilícita; pues la -- supresión de la vida humana requeriría, cuando menos una justicia perfecta y por ello fuera del poder humano.

Existen numerosas legislaciones en el mundo que han abolido la pena de muerte y las sociedades regidas por ellas no han perido luego tal pena no es imprescindible.

Por otra parte la eliminación del criminal por medio de la muerte a nadie beneficia; si el criminal trabaja para resarsir -- los daños que ha causado a los deudos de su víctima y además a -- la sociedad por las erogaciones que le ocasiona, todos se beneficiaran con la pervivencia de aquel.

Si no se justifica la venganza, podría decirse que tal pena es curativa, por ello tampoco es posible pues al privar de la --

vida hace imposible toda curación.

Por último tenemos que por lo mismo que los hombres no están facultados para disponer de la vida de otros hombres, el estado el privar de la vida a un hombre, que no deja de serlo aún que sea un criminal, desborda el límite de su poder. Para ello reflexiona largamente a través de sus órganos judiciales, prepara a través de sus órganos ejecutivos, y consuma a través del verdugo. El homicidio que comete resulta por ello más grave que el que castiga lo que representa también la más grave ejemplaridad negativa para una sociedad humana.

El maestro Carrancá y Trujillo afirma que las Reyes tienen una función política finalista, que consiste en elevar el nivel cultural de la sociedad y fortalecer los lazos de solidaridad entre sus miembros, por medio de la pena de muerte se enseña a privar de la vida humana y se estimulan los instintos primarios y antisociales que están muy lejos de haber desaparecido de los hombres.

Es agradable observar que las corrientes abolicionistas -- han obtenido la eliminación de la pena de muerte en la mayor -- parte de las naciones civilizadas; por lo que creemos que en algunos años más desaparecerá de la totalidad ó del resto de los códigos (73).

Los adversarios o sea los abolicionistas de la pena de muerte emplean argumentos de tipo religioso también ó éticos que se concretan en la negación de su legitimidad, como los siguientes:

a).- que el hombre carece de poder para eliminar de la vida a un semejante por lo tanto es ilícita e injusta.

b).- la religión la rechaza como un acto de rebeldía contra la omnipotencia divina.

c).- en cuanto a la justicia humana al imponerla se arroja atribuciones y pronuncia juicios que sólo aquellos están reservados.

d).- como un acto inhumano por que rompe definitivamente el lazo de solidaridad con otro hombre.

Opinan los abolicionistas que el problema no es saber si -- es justa y lícita o si la sociedad posee un derecho abstracto de castigar.

Si no la de saber si es necesaria o conveniente para la --- conservación de la ordenada vida de la comunidad.

Beccaria por otra parte no considera intimidante y provechosa la ejecución de la pena de muerte sino al hombre privado de su libertad y convertirlo en bestia de trabajo.

La pena de muerte se ha considerado a través del tiempo como medida de seguridad.

Otro argumento contra la pena de muerte es la irreparabilidad e irrevocabilidad.

Por consignar la constitución un máximo de autorización operativa, el legislador penal ha podido renunciarlo y suprimir así la pena de muerte en nuestro derecho penal común.

Aunque algunos estados de la República conservan en sus códigos penales la de muerte; pero la tendencia es hacia la aboli-

ción total. El código de justicia militar si mantiene la pena de muerte por delitos graves del orden militar como son la insubordinación con vias de hecho causando la muerte del superior; ciertas especies de pillaje, los delitos contra el honor militar, -- traición a la patria, espionaje, los delitos contra el derecho de gentes, rebelión, desertión, insultos, amenazas, violencias -- contra centinelas, guardia, tropa formada, salvaguardia, banderas y ejércitos, falsa alarma, abuso de autoridad, azonada -- extralimitación y usurpación de mando o comisión, infracción de deberes especiales de marinos o de aviadores de cada militar según su comisión o empleo y de prisioneros.

Pero cabe dejar asentado que aún en la legislación penal -- militar se hace ya sentir la corriente abolicionista de la pena de muerte; toda vez que aunque se encuentre plasmada en el código de justicia militar, esta en desuso puesto que hace casi veinte años no se ejecuta y todos los militares que han sido condenados a la pena de muerte por el Supremo Tribunal de Justicia Militar y confirmados por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación han sido conmutadas por prisión extraordinaria y con el beneficio de libertad preparatoria reduce en gran parte la pena de prisión.

Por lo anterior se observa claramente la tendencia abolicionista que ya se deja sentir en el ejército, apoyada además por la tranquilidad que desde hace varios años reina en el país y a la política de México frente al extranjero ya que si existieran conflictos de orden internacional en que el extranjero tuviera -- que intervenir, no dudamos que para el buen funcionamiento del --

ejército no se audaría en hechar mano del código para hacer cumplir al pie de la letra las ordenes, por lo pronto aunque no se diga ni se haya escrito nada referente a la vigencia de tal pena hemos visto que en tiempo de paz no se ha ejecutado un sólo miembro del ejército. (74)

Por último tenemos a Josquin Gómez de Molina, este autor -- divide el estudio de la pena en dos partes que son :

Los abolicionistas y
Los antiabolicionistas.

La primera comprende los que afectan el derecho de imponer la pena de muerte, o sea a la justicia o legitimidad de la misma y la segunda abarca los que se refieren a la conveniencia y oportunidad de la pena.

En la primera clase o género, hay que distinguir señala Gómez de Molina, a seis clases de argumentos y reconocer un fundamento jurídico distinto. Los argumentos de este género se pueden clasificar como sigue:

- 1.- Los que se refieren a las facultades del estado que castiga.
- 2.- Los que se fundan en los deberes de dicho estado.
- 3.- Los que atienden a los derechos del reo en particular.
- 4.- Los que miran a los derechos individuales en general.
- 5.- Los que se basan en el fundamento y fines de la pena.
- 6.- Los que se refieren a las condiciones esenciales de la pena.

Este autor cita a Pietro Ellero, quien afirma que la pena de muerte no se debe aplicar no por que se trate de un derecho-- que no ha sido cedido en el pacto social sino por la propia natu

raleza de este derecho que no es susceptible de cesión, ya que — tratándose del derecho a la vida resulta ser inalienable e intan- gible.

En la segunda categoría esta Carrara y Hugo Conti, basados en la ley natural de la conservación, dice Carrara, lo siguiente " negamos la potestad de matar en el estado por que reconociendo este derecho como fundamento de la ley de la naturaleza observamos que esta ley es esencialmente conservatriz exceptuando los — casos en que la conservación de un ser resulta incompatible con la conservación de otros seres iguales y así no debe permitirse la muerte, ni aún como pena por la destrucción de otro ser ya — consumada, por que no puede decirse que se mata al matador para — conservar el muerto".

Condiciones esenciales de la pena de muerte;

De acuerdo con diversos criterios las penas que pueden ser consideradas como tales desde el punto de vista científico y — para que no resulten meros castigos personales sin beneficio al- guno para la sociedad ni para el delincuente. Y encontramos que — las penas deben ser:

- | | |
|--------------------|----------------------|
| 1.— Generales | 8.— ejemplares. |
| 2.— necesarias | 9.— Ciertas. |
| 3.— moralizadoras | 10.— Personales. |
| 4.— eficaces | 11.— proporcionadas. |
| 5.— correctivas. | 12.— populares. |
| 6.— intimidativas. | 13.— prontas. |
| 7.— Análogas | 14.— reparables. |

Y si examinamos la pena de muerte, veremos que no reúne —

ninguno de esos caracteres que exige la ciencia penal .

Las penas deben ser graduables ó lo que es lo mismo no se puede aplicar la misma pena a varios delincuentes, por el hecho de que hayan cometido el mismo delito ya que cada hecho esta -- rodeado de modalidades y circunstancias distintas.

La Pena de Muerte, es la única pena que no puede dividirse ni graduarse, por que a nadie se puede matar a medias; ni tampoco se le puede matar a plazos hay que matarlo de una vez y para siempre.

Las penas deben ser también necesarias . El estado no puede castigar por venganza, el estado cuando condena a un delincuente realiza una función social; y por tanto debe tener su -- justificación. Por eso es que las penas deben ser necesarias no arbitrarias ni caprichosas, tienen que ser más que necesarias -- imprescindibles para que el estado pueda ejercer esa función -- tutelar.

La pena de muerte no se puede decir que sea necesaria hoy en día; podía ser en los tiempos antiguos, cuando el estado no tenía a su disposición los medios que ha puesto en sus manos -- la ciencia moderna.

Actualmente los sistemas carcelarios se han perfeccionado -- de tal manera que hacen prácticamente imposible la evasión de -- presos teniendo además otros medios de represión para evitar -- nuevos crímenes.

Si recordamos las teorías científicas esobazadas resulta -- mayor la negativa de la pena de muerte. De igual modo deben ser-

las penas moralizadoras. Este es el fin último y uno de los primordiales que debe seguir el estado. Y si observamos dice el autor que entre nosotros el ejecutamiento se verifica en "garrote vil", que para que resulte más infamante así se le califica no hay nadie que pueda considerar moralizador el espectáculo - poco edificante que produce un agarrotamiento.

Las penas deben ser eficaces es decir deben conseguir el fin preventivo y terapéutico social que se proponen.

Correctivas, las penas deben seguir la enmienda del delincuente toda pena que no tenga como fin la reforma del reo, su mejoramiento moral, su rehabilitación para que sea un sujeto útil a la sociedad, no puede ser una pena científica y la pena de muerte es obvio decir que no puede conseguir la enmienda la regeneración o la corrección del individuo que desaparece para siempre del mundo de los vivos no es correctiva por tanto la pena de muerte.

Intimidativa, se ha logrado probar que la pena de muerte no intimida a nadie que no logra evitar la repetición de los mismos delitos.

Análogas, las penas deben ser iguales para todos los que la sufren, habiéndolo cometido el mismo delito, y esta es la única pena quizás que por no ser divisible no puede resultar de igual intencidad para todos los delincuentes a quienes se intenta aplicar aunque así lo parezca a primera vista.

Ejemplares, la falta de ejemplaridad de la pena de muerte-

ha sido de los puntos de batalla de los abolicionistas.

Todas las escuelas penales estan de acuerdo en que las penas deben ser ejemplares, esto es deben conseguir el escarmiento del reo penado para que no vuelva, a delinquir y la evitación de que se repitan los mismos hechos por el temor del castigo.

Deben servir de ejemplo moralizador para los que esten propensos a delinquir. Y casi todos los autores coinciden en que la pena de muerte carece de ejemplaridad.

Todo lo que se ha dicho con respecto a la eficacia de la intimidación puede aplicarse exactamente a este apartado por que ambos son elementos integrantes de la ejemplaridad ; si una pena es eficaz ni es intimidatoria no puede ser ejemplar.

Ciertas, las penas deben de ser ciertas, esto es debe, sufrirla efectivamente el reo para que llene su fin cometido. La pena de muerte hace imposible que el reo sufra sus consecuencias cuando una persona muere no hay prueba irrefutable hasta ahora - de que siga sintiendo o de que exista un más allá.

La ciencia no ha admitido todavía que exista una supervivencia espiritual después de la muerte natural, para la ciencia la muerte es la cesación completa de toda actividad y de toda sensación. Por tanto el reo que muere deja de sentir los efectos de la pena que se le ha aplicado .

Se podría objetar que mientras dura el proceso, el reo siempre tiene la esperanza de que prospere el recurso de casación, y

después de conformidad la sentencia la esperanza de que lo indulte, siendo en realidad unas cuantas horas nada más durante las - cuales tiene el reo la certeza de que va a morir y ni siquiera - eso en la mayoría de los casos por que se le oculta, hasta el -- último momento. Por consiguiente también le falta a la pena capital este carácter esencial de ser cierta, por lo menos desde - ciertos puntos de vista.

Personales, este es un principio de justicia elemental y -- hasta de sentido común, que las penas deben ser personales esto - es, que sólo debe sufrirlas, el reo que se ha hecho acreedor al - castigo por que es el único que ha quebrantado el orden social y esta cualidad tampoco la ofrece la pena de muerte, por que sufre las consecuencias de su imposición la familia, quien queda desamparada y manchada con un estigma infamante, No puede decirse por tanto que la pena de muerte ofrezca ese carácter de personal que se exige a toda pena.

Proporcionales, las penas deben ser proporcionales al deli - to se alega que para quien dió muerte a una persona la única pe - na proporcionada es también la de muerte, por que se le priva -- del mismo derecho a la vida que el extinguió. Pero esto nos hace retroceder a la ley del talión , llevandonos a teorías que ya no se aceptan ni pueden aceptarse en buena doctrina penal; que con - ducen a ese criterio retribucionista de devolver el mismo mal -- sin atender al fin que perseguía el delincuente ni a la inten -- ción que lo guiaba no es posible que hoy en día se fije con alglo a ese criterio la proporcionalidad de una pena.

El criminal que es un ser descarriado y anormal, mata bajo-

el influjo de sus pasiones legítimas, si es un delincuente ocasional, mientras que la sociedad equilibrada, serena dirigida por los hombres más notables de la comunidad mira friamente sin tener ninguna circunstancia atenuante. Luego es más condenable el crimen de la sociedad que el crimen del delincuente. Y por este motivo no se puede decir que sea proporcionada la pena de muerte, cual quiera que sea el delito que se haya cometido. La proporcionalidad de una pena debe fijarse actualmente por el grado de peligrosidad del delincuente y no por la magnitud del daño que realizó.

En el derecho penal militar, es lo contrario se toma en cuenta el daño causado y no la peligrosidad del delincuente.

Prontas, esta es otra cualidad que deben reunir las penas y otra cualidad de que carece la pena capital se ha comprobado que las penas no se aplican rápidamente después de la comisión del delito, no se ejemplarizan, ó no son ejemplares.

Las leyes deben ser instituciones arraigadas en el espíritu del pueblo sobre el que ha de regir. Y la pena capital ha tenido siempre una repulsa general, ó casi general de todos los pueblos civilizados.

Reparables, y llegamos a la cualidad más esencial y más discutida con respecto a este problema entre todos los que deben reunir las leyes, se ha escrito tanto sobre la irreparabilidad de la pena de muerte, que se ha dicho si el hombre es falible si somos susceptibles de equivocarnos en la vida con respecto al-

juicio que nos inspire determinada persona; si la historia esta llena de errores que se cometieron en el futuro y que no podrán repararse jamás, las penas deben ser reparables y una pena que sea irreparable e irremisible, debe ser borrada radicalmente de todas las legislaciones positivas del mundo civilizado.

Con esto creemos haber ilustrado que la pena de muerte no presenta la más elemental de esas características y que desde cualquier punto de vista que se contemple el problema de la pena de muerte la conclusión debe ser abolicionista, esto es que la pena de muerte debe suprimirse por antijurídica, por ineficaz, por inconveniente y por anacrónica en los tiempos que vivimos.

Pero esto sólo se refiere a los delitos comunes si esto fuera privativo de ellos se podría decir que los abolicionistas han ganado. Por que lo cierto es que cada vez hay un número mayor de códigos modernos que suprimen la pena de muerte, para los delitos comunes.

En algunos países las causas que obstaculizan la abolición de la pena de muerte son de tipo político social.

Pietro Ellero, manifiesta que si la necesidad obliga al magistrado a castigar de buen o mal grado a no dejarse llevar de la metafísica, sino a juzgar con los débiles medios de que dispone, buscando, certeza relativa no por eso deja de pronunciarse templando su sentencia. De donde se infiere que la mejor pena es la que puede ser probada pues ofrece el medio de reparar una sentencia justa, pero el último suplicio es irrevocable

y de él fueron víctimas muchos justos que ahora, se venere y no vale la revisión del proceso y las retractaciones para volver una vida.

La irrevocabilidad y la irreparabilidad de la pena capital serían suficientes para condenar a esta pena a la desaparición: si se piensa en los inocentes que fueron son y serán injusta -- mente condenados y ejecutados .(75)

Por último los criterios abolicionistas entre ellos Maggiorre, insiste en que la verdadera reparación moral de la pena capital, se cumple con la sola imposición, a nivel de sentencia -- de dicha pena siendo innecesaria y sanguinaria su ejecución y -- aplicación. En ese mismo sentido opina el ilustre maestro Raúl Carrancá y Rivas. (76)

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

- 72.- Cfr.- Villalobos Ignacio.- Op.Cit.- p.- 522.
- 73.- Cfr.- Carrencá y Trujillo Raúl.- Op.Cit.- p.p.- 91 a 704
- 74.- Cfr.- Cuello Calón Eugenio.- Op.Cit.- p.p.- 15 a 28 y 138
- 75.- Cfr.- Gómez de Molina Joaquin.- El Problema de la Pena de Muerte.- Editorial.- Jesús Montero.- La Habana 1937, p.p 8 a 36.
- 76.- Cfr.- Maggiore Giuseppe.- Op.Cit.- p.p.- 239.

CONCLUSIONES .

1.- En la antigüedad el fuero significaba el gozar de privilegios sobre los demás ciudadanos, hoy en día el fuero debe entenderse como deber y derecho, es sólo un tribunal especial que conoce concretamente de leyes militares y tiene lugar cuando se trata de delitos contra la disciplina militar. El fuero militar basa su existencia en motivos de orden social.

2.- El congreso de 1917, plasmó en la Constitución ese fuero, toda vez que el ejército necesita conservar y mantener la disciplina mediante castigos ejemplares y rápidos. El artículo 13 reglamenta la esfera de competencia de cada autoridad civil y militar.

3.- El derecho penal común y el derecho penal militar, nacen de un mismo tronco pero sus fines son distintos como son la diversidad de bienes jurídicos protegidos, el orden militar --- además tiene un orden jerárquico, una disciplina inflexible; la realización de sus fines mediante la voluntad del superior por ordenes jerárquicas de acuerdo a leyes estrictas, por la diversidad de criterios axiológicos etc, por todo esto debe considerarse el derecho penal militar como autónomo .

4.- En la jurisdicción de guerra, que es la facultad que tienen los tribunales militares para declarar e imponer el derecho, su esfera de conocimiento lo integran sólo los actos u omisiones contrarios a la disciplina militar. Esta competencia --- puede ser de tres maneras, puede ser en razón de la materia en razón del lugar y de la persona.

5.- Históricamente la pena ha tenido castigos muy severos, poco humanitarios dejándose ver la indiferencia humana por el dolor y el sufrimiento de sus semejantes. La pena es el mal que se inflige al delincuente cuyo fin es la tutela jurídica de los bienes y se funda en la justicia que esta reservada a los órganos competentes del estado. La esencia íntima de la pena es la justa retribución del mal del delito proporcionada a la culpabilidad del reo, la prevención de la delincuencia, la reforma y readaptación social del delincuente.

6.- La pena de muerte no es ni útil ni necesaria sólo en dos casos podría ser; en caso de un movimiento armado cuando una nación trate de conservar u obtener su libertad, y en el caso de una revolución cuando la muerte de un individuo aparezca como necesaria.

7.- En el derecho penal militar la pena militar es el solo aplicado al soldado culpable de delito marcial, la facultad de castigar al soldado emana soberana y constitucionalmente del jefe del estado. La pena militar esta representada por un mal ó privación de derechos del militar declarada por los tribunales militares. La pena en el ejército se le considera medio de absoluta necesidad para conservar la disciplina en dicho instituto.

Se le da una severidad, rigurosidad y extensión proporcional a la magnitud de los sacrificios. La pena militar es el medio de expiación y castigo del delincuente militar, por lo que resulta impropio aplicar esta pena a civiles, debido a su severidad; por-

lo cual el delincuente militar no es un delincuente común y corriente ya que esta obligado a observar leyes y reglamentos especiales.

8.- La punibilidad es el elemento que determina que un acto u omisión sea sancionado o penado por el estado.

9.- La axiología de la pena, en el derecho penal militar y en el derecho penal común, constituyen o mejor dicho contemplan una escala de valores diferentes es decir, valores como el honor la vida, la propiedad, etc, tienen una connotación distinta a la que se les da en el derecho penal común.

10.- El derecho mexicano antiguo es testimonio de severidad moral. Los castigos iban de acuerdo al delito, y consistían en la esclavitud, la multa, la reprobación o el descredito. Los pueblos antiguos como los aztecas, los tarascos, los olmecas etc, casi todos seguían la misma línea en los castigos en algunos casos unos delitos eran más reprimidos que otros pero en general seguían la misma línea. La pena de muerte era poco humana y los castigos se perpetuaban en la memoria de los hombres.

11.- Durante la colonia no se legisló únicamente las leyes españolas fueron trasladadas a territorio americano, posteriormente se tuvo que legislar para nuestro pueblo. Por otra parte las luchas políticas y sociales, la historia y las estadísticas demuestran que la pena de muerte no intimida a nadie, aunque en tiempo de guerra es conveniente que subsista, para beneficio de la nación en un momento dado.

12.- El constituyente de Querétaro no pudo prescindir de la pena de muerte debido a las condiciones sociales que prevalecían en esa época y aunque en algunos países fué suprimida de los códigos en poco tiempo fué restablecida nuevamente lo que revela el grado de inmadurez social para suprimir esa pena y adoptar otras.

13.- La pena de muerte es una violación al derecho natural su aplicación es contraria a la teoría que no autoriza las penas sino como medio de corrección moral del delincuente, es inútil por que no tiene la ejemplaridad que se le atribuye la aplicación de esta pena a quien más afecta en todos los aspectos es a la familia.

14.- En los foros internacionales se ha manifestado que la pena de muerte no es necesaria ni es útil en ningún país civilizado por que la función intimidatoria que le atribuye no se ha demostrado y puede substituirse por otras penas de naturaleza diferente toda vez que la función intimidatoria no se ha demostrado por lo que debe ser suprimida de las legislaciones que aún la contemplan.

15.- Apesar de la difusión que se le da a las ejecuciones de la pena de muerte, resulta superflua e innecesaria desde el momento en que la intimidación y el aseguramiento puede obtenerse por otros medios legales como las medidas de seguridad. Estadísticamente se ha probado que los condenados a la pena de muerte han sido testigos de anteriores ejecuciones o sea que la pena de muerte no ha podido impedir sus crímenes, Concretamente en Méxi-

co el tipo de delincuente que estaría a merced de esta pena, sería el débil económica y culturalmente mal alimentados y degenerados por la depauperación, a este tipo de gente a esa clase -- estaría dirigida la pena de muerte situación que es por demás -- injusta toda vez que es función del estado elevarlos a una vida digna.

16.- La pena de muerte no constituye un escarmiento pues al privar de la vida al delincuente se hace imposible toda corrección tampoco es un ejemplo para los que han delinquido. Por su aplicación sobre seres desvalidos, sobre los que no tienen medios económicos para su mejor defensa es desigual, por que no permite la corrección de errores, por que es irreparable, es ilícita, con la eliminación del delincuente a nadie se beneficia -- En cambio si el criminal trabaja, para resarcir los daños que a causado a los deudos de la víctima y además a la sociedad por las erogaciones que le ocasionen todos nos beneficiaremos con la pervivencia del delincuente.

17.- Por otra parte el derecho a la vida es inalienable -- e intangible por lo que la pena de muerte no debe ser aplicada -- salvo los casos de movimientos armados.

I N D I C E .

CAPITULO I.- Antecedentes Históricos del Fuero de Guerra..	1
B.- Definición	7
C.- Justificación.	11
D.- Fundamento.	17
E.- Referencia Constitucional.	24
Citas Bibliográficas	
CAPITULO II.- El Derecho Penal Ordinario y el Derecho Penal Militar.	
A.- Estudio Comparativo.	40
B.- Ambito Normativo.	78
C.- La Pena.	101
D.- La Axiología de la Pena en el Derecho Penal Militar.	119
Citas Bibliográficas.	
CAPITULO III.- Antecedentes Históricos de la Pena de Muerte.	
A.- En el Derecho Penal Mexicano.	126
B.- En el Derecho Penal.	140
C.- En Algunos otros países del mundo.	156
Citas Bibliográficas.	
CAPITULO IV.- La Pena de Muerte en el Derecho Penal Militar Mexicano.	
A.- Fundamento en el Código de Justicia Militar.	161
B.- Referencia Constitucional. (Art. 22).	164
C.- Análisis Normativo.	170
Citas Bibliográficas.	
CAPITULO V.- Justificación de la Pena de Muerte dentro de la Legislación Penal Militar.	
A.- Argumentos en favor.	172
B.- Opiniones en contra de la Pena de Muerte.	176
Citas Bibliográficas.	
CONCLUSIONES.	

BIBLIOGRAFIA GENERAL.

- 1.-Almirante José.- Diccionario Militar Tomo II.
- 2.- Becerra Bautista José.- El Fuero Constitucional.- Editorial Juez, México, 1955.
- 3.- Beccaria Cesar.- Del Delleitie E Delle Pena.- Nuova Biblio-- teca popolare .- Classe XI, Poligrafia.- Unió tipográfica- Editrice Torinese.- Milano Roma, Napoli,1911.
- 4.- Bremauntz Alberto.- El Fuero de los Magistrados y Jueces -- del Poder Judicial de Distrito.- Editorial Casa de Michoa -- cán, México. 1945.
- 5.- Burgoa Orighela Ignacio.- Les Garantías Individuales.- Edi-- torial Porrúa, México, D.F., 1980.
- 6.- Cabanellas Guillermo.- Diccionario de Derecho Usual, Tomo II, Ediciones Santillan, Buenos Aires, Quinta Edición.
- 7.- Calderón Serrano Ricardo.- El Ejército y Sus Tribunales.- -- Editorial Lex.- México 1944.
- 8.- Calderón Serrano Ricardo.- Derecho Penal Militar.- Edito -- nes Minerva, S.de.R.L.- México, D.F., 1944.
- 9.- Carrancá y Rivas Raúl.- Derecho Penitenciario.- Editorial - Porrúa, S.A. 2a. edición.- México, 1981.
- 10.- Carrancá y Trujillo Raúl.- Derecho Penal Mexicano, Edito-- rial Porrúa, S.A., México, 1980.
- 11.- Castellanos Tena Fernando .- Lineamientos Elementales de - Derecho Penal.- Editorial Porrúa, México , 1977.
- 12.- Código de Justicia Militar.- Ediciones Ateneo, México, D.F.
- 13.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 14.- Cuello Calón Eugenio.- La Moderna Penología.- BOSCH, Casa- Editorial, S.A., Barcelona, 1958.

- 15.- Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.- Editorial, Nor Baja California. 1975.
- 16.- Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1917.
- 17.- Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XII, Pami Gara,. Editorial, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1975.
- 18.- González Bustamante J.J.- Los Delitos de los Altos Funcionarios y el Fuero Constitucional.- Editorial Botas.- México, 1936.
- 19.- Gómez Eusebio.- Tratado de Derecho Penal .- Tomo I.- Editorial Compañía Argentina de Editores.- Buenos Aires.1939.
- 20.- Gómez de Molina Joaquín.- El Problema de la Pena de Muerte , Editorial.- Jesús Montero, La Habana 1937.
- 21.- Hernández Quiroz Armando.- Idearios Represivos .- Cuadernos de la Facultad de Derecho, Universidad Veracruzana, - Xalapa, Ver, Méx.- 1963.
- 22.- Huiguera Guimera Felipe.- La Previsión Constitucional de la Pena de Muerte.- Editorial BOSCH, casa editorial.- Barcelona , 1980.
- 23.- Jiménez Asenjo Enrique.- Manual de Derecho Especial.- Editorial, Revista de Derecho Privado.- Madrid, 1950.
- 24.- Jiménez de Asúa Luis.- Instituto de Derecho Penal y Criminología.
- 25.- Jiménez de Asúa Luis.- Tratado de Derecho Penal, Tomo I, - II y VII, Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina.- 3a.- edición 1958.
- 26.- Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación , Quinta época.- Tomo LVI.- Poder Judicial de la Federación, Apéndice. 1917-1975.
- 27.- Maggiore Giuseppe.- Derecho Penal Tomo I, Editorial Temis- Bogota 1971.
- 28.- Pallares Jacinto.- El Poder Judicial.- Editorial Imprenta-

de Nabor Chávez.- México, 1874.

- 29.- Tena Ramírez Felipe.- Leyes Fundamentales de México, de-
1808, 1967.- Editorial Porrúa, México, 1967.
- 30.- Véjar Vázquez Octavio.- Autonomía del Derecho Militar.- -
Editorial, Stylo.- México, 1948.
- 31.- Villalobos Ignacio.- Derecho Penal Mexicano.- Editorial -
Porrúa,S.A.- México, 1980.
- 32.- Zarco Francisco.- Historia del Congreso Constituyente de-
1856-1857.