

477
261



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ANALISIS JURIDICO DEL DELITO ABANDONO DE
SERVICIO PREVISTO EN EL ARTICULO 311 DEL
CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LIC. EN DERECHO
P R E S E N T A:
ERNESTO LOPEZ NAVARRETE



FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D. F.

EXAMENOS PROFESIONALES
1994



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.

A mis amados PADRES.

A mis queridos HERMANOS.

A mi amada ESPOSA.

En reconocimiento al apoyo
y comprensión que me brindo
en los momentos difíciles.

A mis adorados HIJOS.

A quienes por su infantil e
inmenso cariño me alentaron
a concluir mis estudios.

AL Dr. RAUL CARRANCA Y RIVAS

Por su brillante enseñanza en la
dirección del Seminario.

AL Lic. CARLOS DAZA GOMEZ

En agradecimiento a su amable co
laboración y asesoramiento.

AL Lic. RAFAEL CAZARES AYALA

Por su valioso apoyo.

AL INSTITUTO ARMADO.
Firme sosten de nuestra Patria.

**ANALISIS JURIDICO DEL DELITO ABANDONO DE SERVICIO
PREVISTO EN EL ARTICULO 311 DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR**

INTRODUCCION. 1

CAPITULO PRIMERO

I.- DERECHO PENAL

A.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO PENAL. 5
B.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO PENAL
MILITAR. 23

II.- SISTEMATIZACION DEL DERECHO PENAL

A.- NORMA JURIDICA. 44
B.- DELITO. 53
C.- PENAS. 58
D.- PENA DE MUERTE. 75

III.- AMBITO MATERIAL DEL DERECHO PENAL

A.- SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO PENAL CASTRENSE. 87
B.- ESTUDIO CORPORATIVO ENTRE EL DERECHO PENAL -
COMUN Y EL DERECHO CASTRENSE. 94

CAPITULO SEGUNDO

I.- BREVE RESEÑA HISTORICA

A.- EPOCA PRECOLONIAL. 104
B.- EPOCA COLONIAL. 109
C.- EPOCA INDEPENDIENTE. 111

II.-	<u>CONCEPTO DE ABANDONO DE SERVICIO</u>	
	A.- CONCEPTO ETIMOLOGICO Y GRAMATICAL.	115
	B.- CONCEPTO JURIDICO MILITAR.	116
III.-	<u>ELEMENTOS DEL TIPO DE ABANDONO DE SERVICIO</u>	
	A.- ELEMENTOS OBJETIVOS.	125
	B.- ELEMENTOS SUBJETIVOS.	132
	C.- ELEMENTOS NORMATIVOS.	133
	D.- ATIPICIDAD.	135

CAPITULO TERCERO.

I.-	<u>ESTUDIO DOGMATICO DEL ARTICULO 311</u>	
	A.- ELEMENTOS DEL DELITO.	138
II.-	<u>DERECHO COMPARADO.</u>	193
	<u>CONCLUSIONES.</u>	195
	<u>BIBLIOGRAFIA.</u>	199

I N T R O D U C C I O N

La inclinación por el tema ANALISIS JURIDICO DEL DELITO ABANDONO DE SERVICIO PREVISTO EN EL ARTICULO 311 DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR, fué derivado por un sin número de inquietudes relacionadas con el fuero de la guerra, primeramente por la indiferencia con que nuestros juristas contemplan el Derecho Militar.

El delito de abandono de servicio me parece atrayente por ser un delito común en el desarrollo de las actividades de los miembros del Ejército en tiempo de paz, que se agrava en su pena al tiempo de guerra.

Durante el desarrollo del tema nos tendremos que remontar tanto a los orígenes del Derecho Penal Común, como a los del Penal Militar, para advertir que el Derecho Castrense no es una rama nueva del viejo tronco del Derecho Común por la corriente del progreso social, sino disciplina Jurídica de rancio abolengo que aunque en menor grado se ha transformado en el último siglo.

Se analizarán los principios normativos del Derecho Penal, se verá porque la norma tiende a asegurar el mantenimiento de los fines esenciales de la Institución Militar - - constituyendo un orden jurídico particular dentro del orden

Jurídico General del Estado.

Se expresará también que la eficacia del Instituto Arma do depende del grado de su disciplina, y como el Derecho Penal es norma protectora de determinados bienes jurídicos que por su calidad y jerarquía Social exigen una defensa tutelar reforzada, la ley Representativa Militar estima Delictuosas acciones que comunmente no lo son y con frecuencia carecen de significado en la colectividad.

Enunciaremos los diferentes conceptos del delito común, así como el delito Militar. Considerado además su naturaleza, clasificación y grados de realización.

Se toca el tema de la pena de muerte por que los Códigos Castrenses son pródigos en la aplicación de dicha pena - en virtud de la exelsitud de los valores de tutela, superiores a la vida humana, la cuál sólo se impone en casos excepcionales en el campo Penal Ordinario.

Fue necesario para determinar el fundamento filosófico de la sustantividad del Derecho Penal Militar, dirigir nuestra atención a las diferencias esenciales que circunscriben o mejor dicho aíslan al Derecho Penal Militar del Derecho Penal Común.

Se señalarán las semejanzas que guardan ambas ordenes -

punitivas desde diferentes puntos de vista.

Al tocar el concepto del delito de abandono de servicio se enunciarán algunas singularidades del medio Militar para su mejor comprensión.

Con el fin de que el delito se constituya íntegramente se verán los elementos del tipo.

Para el estudio dogmático del artículo 311 será necesario que se analicen cada uno de los elementos del delito desde el punto de vista Cronológico, considerado que nos guardan entre sí prioridad temporal.

En el derecho comparado se tomará al Código de Justicia de Argentina para afirmar que este delito que tratamos se encuentra tipificado tanto en el Código argentino como en el mexicano y que ambos tienen un común denominador que es la conservación de la disciplina para que los Institutos Armados puedan cumplir con su supremo deber conferido por la Patria.

C A P I T U L O P R I M E R O

I.- DERECHO PENAL.

A.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO PENAL.

B.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO PENAL MILITAR

II.- SISTEMATIZACION DEL DERECHO PENAL.

A.- NORMA JURIDICA.

B.- DELITO

C.- PENAS

D.- PENA DE MUERTE

III.- AMBITO MATERIAL DEL DERECHO PENAL

A.- SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO PENAL CASTRENSE.

B.- ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE EL DERECHO PENAL COMUN
EL DERECHO CASTRENSE.

I.- DERECHO PENAL

A.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO PENAL

a.- Evolución de las ideas penales. Las ideas penales se agrupan en cuatro períodos; el de la venganza privada; el de la venganza divina; el de la venganza pública y el período humanitario. Hay quienes señalan una quinta etapa correspondiente a los últimos tiempos, denominada científica, por considerar que presenta perfiles y caracteres propios.

1.- De la venganza privada. Por falta de protección -- adecuada, cada particular, cada familia y cada grupo se protege y se hace justicia por sí mismo.

En este período la función represiva estaba en manos de los particulares. "Si pensamos en que todo animal ofendido tiende instintivamente a reaccionar, es fácil comprender como la primera forma y la primera justificación de lo que hoy llamamos justicia penal debió ser, por la naturaleza misma - de las cosas, la venganza, más no toda la venganza puede estimarse como antecedente de la represión penal moderna; sólo tiene relevancia, como equivalente de la pena actual, La actividad vengadora que contaba con el apoyo de la colectividad misma, mediante la ayuda material y el respaldo moral ha

cia el ofendido, reconociéndole su derecho a ejercitarla." (1)

Como en ocasiones los vengadores al ejercitar su reacción se excedían causando males mayores que los recibidos, hubo necesidad de limitar la venganza y así apareció la fórmula del talión ojo por ojo y diente por diente, con esta se da fin al instinto de venganza.

"La más antigua codificación conocida, el Código de - - Ammurabi - el Carlomagno Babilónico-, que data del siglo - - XXIII a. J. C., contiene ya dichas formas:

Art. 196.- Si alguno saca a otro un ojo, pierda el suyo. (2)

El pentateuco Mosaico del Pueblo hebreo, siglo XIV a. J. C., igualmente reconocía el talión, así en uno de sus párrafos dice: "El que golpee a su prójimo de modo que le deje -- con algún defecto o deformidad, sufrirá el mismo mal que haya ocasionado. Recibirá rotura por rotura, perderá ojo por ojo, diente por diente y será tratado como él trato al otro"

2.- De la venganza divina. Las penas imponían con el -

(1) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, 4a. Edic., Editorial Porrúa 1967, pág. 30

(2) Carranza y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, 16a. Edic. Edit. Porrúa 1988, pág. 95.

fin de que el delincuente expiará su delito, se aspiró a que la divinidad ofendida por el mal delito deponga su indignación. La aplicación de la pena llega a ser un hecho de orden religioso, rodeándose de formalidades solemnes consagradas por la ley o por los ritos tradicionales, solemnidades para pronunciar la pena, solemnidades para su ejecución.

El derecho canónico instituyó el perdón sobre la venganza, como consecuencia humanizó la justicia penal, limitando la venganza privada. "En esta etapa evolutiva del Derecho Penal, la justicia represiva es manejada generalmente por la clase sacerdotal.

Aparece en muchísimos pueblos, pero se perfila de manera clara que en el hebreo; esto no debe resultarnos extraño: si atendemos a que los judíos han sido siempre eminentemente -- religiosos". (3)

Con lo que concluimos que durante este período el delito ya no se consideró como un daño, sino únicamente como una ofensa.

(3) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., pág. 31

3.- La venganza pública. "junto a la venganza privada tuvo siempre la pública manifestaciones represoras de aquellos hechos que, como la traición, la desertión, etc., lesionaban fundamentales intereses de la tribu".⁽⁴⁾

La pena principal que se imponía era la muerte, que muchas veces se acompañaba con rigorismos inhumanos; igualmente se imponían como castigos las mutilaciones más dolorosas, las infamantes, las pecuniarias impuestos en forma de confiscación; ni la tranquilidad de las tumbas se respetaba, ya que los cadáveres eran desenterrados y se les procesaba.

La venganza pública es una venganza de reacción exagerada porque se trató de dar los mayores suplicios al culpable, por lo que se le ha llamado época de los tormentos.

"Al organizarse el Estado, indudable progreso representó el nuevo sistema, pues el Estado traspasó a los jueces el manejo imparcial de las penas arrancándolo así a los ofendidos y limitando el derecho de éstos a la venganza; el sistema probatorio fué organizándose y la pena misma se fué objetivando del sujeto que la señalaba y aun del que la ejecutaba".⁽⁵⁾

(4) (5) Carranca y Trujillo, Raúl, *Ibidem.* págs. 99, 100

"La crueldad de las penas corporales sólo buscaba un --- fin; intimidar a las clases inferiores. Por ello las penas - eran desiguales según las clases. La intimidación aspiraba - a mantener intacto los privilegios reales u oligárquicos". (6)

4.- Período humanitario. Se le da el nombre de humanitaria de este período, porque efectivamente a partir de él se humanizó la pena.

Se ha sostenido por varios juristas que el derecho canónico fué el que dió el primer paso contra la penalidad inhumana de los antiguos tiempos, inspirando sus preceptos en - ideas de humanidad y caridad, suavizándose la pena e imponiéndola con el fin de corregir y enmendar a los reos.

"A la excesiva crueldad siguió un movimiento humanizador de las penas y, en general de los sistemas penales." (7)

El Cristianismo había desarrollado la semilla de la fraternidad de la redención y de la enmienda, iniciando la substitución de las penas corporales por la prisión. En el siglo XVIII, se pide la dulcificación de la extremada dureza de las

(6) Carranca y Trujillo, Raúl, *Ibidem.* pág. 101.

(7) Castellanos Tena, Fernando, *Op. Cit.*, pags. 33-34

leyes penales y se reclaman garantías para el individuo contra la ilimitada arbitrariedad judicial.

Entre los filósofos y juristas que contribuyeron a la humanización de la pena, encontramos en primer lugar a Beccaria, por ser el que combatió con más vigor la abolición de la pena de muerte iniciándose con él, el período del "abolicionismo de la pena de muerte", y abogó por la atenuación de la penalidad, por la legalidad de las penas y por las garantías procesales.

Al Marqués de Beccaria se le considera, por algunos, como el iniciador de la Escuela clásica, Estima Florian que Beccaria no es su fundador por ser superior a las escuelas; - pero es apóstol del Derecho Penal renovado del cual inauguró la era humanista y romántica, con espíritu más filantrópico - que científico". (8)

5.- Período científico. Este es el último de los períodos de la evolución del derecho penal y durante el cual ya no se considera el delito como hijo único del libre albedrío sino que se fijó la atención en el influjo de causas o facto-

(8) Castellanos Tena, Fernando, *Ibid.* págs. 33-34.

res de la más diversa índole en la producción de la criminalidad; mirándose el delito como una manifestación de la personalidad del delincuente, en quién se pone toda la atención -- con el fin de obtener el origen de la criminalidad.

La pena ya no tiene un fin meramente retributivo, sino un fin de defensa social que realiza por medios de corrección de intimidación o de eliminación.

Se considera necesaria la adaptación de la pena a la personalidad del delincuente (individualización) lo cual presupone el conocimiento del penado, cuyo tratamiento tiende a organizar sobre la base de su estudio biológico.

b.- El Derecho Penal en México.

1.- Epoca Precolonial. El remontarnos a la historia de los pueblos, tiene un atractivo inexplicable; mayor resulta éste cuando ahondamos en los antecedentes históricos de las razas y más aún cuando se refiere a nuestro país.

Castellanos Fernando nos dice: "... la historia en general, es la narración ordenada y sistemática de hechos importantes que han influido en el desarrollo de la civilización de la humanidad. Aplicando tales conceptos a nuestra disciplina, podemos decir que la historia del derecho penal, es -- también la narración sistemática de las ideas que han deter--

minado la evolución y desarrollo del derecho represivo..."(9)
 Existían tribunales reales, provinciales, jueces menores, tri-
 bunal de comercio, militar, etc., cuya organización era dife-
 rente puesto que se atendía para ello a las necesidades de --
 los reinos de que se tratará al delito cometido y a la catego-
 ría del sujeto infractor". (10)

Las leyes del pueblo mexicana, se dividían en cuatro gran-
 des capítulos, a saber: a.- De los hechiceros y salteadores,
 b.- De los ladrones, c.- De la lujuria y d.- De la guerra.

Las leyes de los pueblos del Anáhuac tenían un carácter
 Draconiano, dirigidas principalmente contra el robo la incon-
 teniencia y la embriaguez, entre otras. Se prodiga la pena
 de muerte, en diferentes formas y la esclavitud; en algunos -
 casos el ostracismo, en otras la confiscación.

"... Se da por cierta la existencia de un llamado "Código-
 Penal de Netzahualcóyotl", para Texcoco, y se estima que,
 según él, el Juez tenía amplia libertad para fijar las penas
 entre las que se contaban principalmente las de muerte y es--
 clavitud, con la confiscación, destierro, suspensión o desti-
 tución de empleo y hasta prisión en cárcel, o en el propio do

(9) Castellanos Tena, Fernando, *Ibid.* pág. 37

(10) Colín Sanchez, Guillermo, Derecho Mexicano de procedimientos penales
 2a. Edic. Edit. Porrúa, 1970, pág. 23

micilio.

La distinción entre delitos intencionales y culposos fué también conocida, castigándose con la muerte el homicidio intencional y con indemnización y esclavitud al culposo. Venganza privada y talión fueron recogidos por la ley texcucana. De las ordenanzas de Netzahualcoyotl, reproducidas todas por Don Fernando de Alva Ixtlilóchitl, tomamos por vía de ejemplo las siguientes: La primera, que si algun mujer hacía adulte--río a su marido, viendolo el mismo, ella y el adúltero fuesen apedreados en el tianguis (mercado)", y "6.- La sexta que si alguna persona matase a otra fuese muerta por ello".⁽¹¹⁾

Las penas con que eran castigados estos delitos eran de una severidad que rayaban en lo cruel, pues por los menos graves eran aplicadas penas como la mutilación, esclavitud y la muerte en sus más diferentes aspectos.

Era lo más común el observar entre los distintos casos - de impartición de justicia, la aplicación de dos o más penas, simultáneamente a una misma persona por la comisión de un acto delictuoso.

(11) Carrancá y Trujillo, Raúl, Op. cit., pág. 113.

Cultura Maya. "... Entre los mayas, las leyes penales, - al igual que en los otros reinos y señoríos, se caracterizaban por su severidad. Los batabs o caciques tenían a su cargo la función de juzgar y aplicaban como penas principales -- la muerte y la esclavitud; la primera se reservaba para los - adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos, y corruptores - de doncellas; la segunda para los ladrones. (12)

"Entre los mayas, el Derecho estaba caracterizado por la extrema rigidez en las sanciones, y como los aztecas, casti-- gaban toda conducta que lesionará las buenas costumbres, la - paz y la tranquilidad social". (13)

"... Con relación al pueblo maya, que el abandono de ho- gar no estaba castigado; el adúltero era entregado al ofendi- do quién podía perdonarlo o bien matarlo y en cuanto a la mu- jer su vergüenza e infamia se consideraban penas suficientes. (14)

Derecho Azteca. "... Reino de México, el monarca era la máxima autoridad judicial, delegaba sus funciones en un magis- trado supremo dotado de competencia para conocer de las apela

(12) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., pág. 38.

(13) Colín Sanchez, Guillermo, Op. Cit., pág. 24

(14) Carranca y Trujillo, Raúl, Op. Cit., pág. 115.

ciones en materia criminal; a su vez, éste nombraba a un magistrado para ejercer iguales atribuciones en las ciudades -- con un número de habitantes considerable, y este magistrado -- designaba a los jueces encargados de los asuntos civiles y -- criminales". (15)

Moreno Daniel nos dice: "... En el momento en el que los europeos arribaron a las costas de la actual república Mexicana, se encontraban en territorio mexicano diversos señoríos, algunos en decadencia: como el Maya: otros sojuzgadores; como los de Zempoala y la región huasteca; o de un vasallaje con -- tendencia más económica, que política y social: como los mixtecos y Zapotecas". (16) El sistema de gobierno que operaba -- entre los aztecas era monárquico, donde el rey era el Supremo Juez y el Jefe de más alta jerarquía y al que le llamaban "tlatoni" o "tlacatecutli". "... El Derecho Azteca estaba -- debidamente delimitado y así las leyes de la guerra muy enérgicas e inflexibles, los jueces que integraban los Tribunales Militares." (17)

El derecho era de tipo consuetudinario. Para decretar -- las penas era menester un procedimiento que las justificará --

(15) Colín Sanchez, Guillermo, Op. Cit., pág. 23

(16) Moreno, Daniel, Derecho Constitucional Mexicano, 2a. Edic. Edit. -- Pax-Mex, 1973, pág. 23

(17) Saucedo López, Antonio. Reforma del Código de Justicia Militar, Te-- sis para obtener el Título de Licenciado en Derecho México, 1968.

siendo de observancia obligatoria para los encargados de la función jurisdiccional.

2.- Epoca Colonial: Se abre una nueva etapa de la historia de México, así conquistadores y conquistados inician juntos la creación de lo que fuese en lo futuro una organización jurídica, política y social con matices hispanos y naturales; pero con caracteres propios y definidos. Encontramos que religión, costumbres y maneras de ser se trasplantaran al territorio conquistado, surgiendo así el inicio de la historia de México en esta etapa.

"... Se les dió el título de Adelantados, palabra Castellana de cuño medieval, sobre el funcionamiento civil y militar que ejercía el mando en las zonas fronterizas con los árabes. En el caso de la conquista de América, y por tanto, de México, el Adelantado fué siempre investido con el carácter de gobernador, así que tenfa funciones militares, administrativas y aún jurisdiccionales".(18)

"Diversos cuerpos de leyes, como la Recopilación de las leyes de Indias, las Siete Partidas de Don Alfonso el Sabio,

(18) Moreno, Daniel, Op. Cit., pág. 25

La Novísima Recopilación, Las leyes de Toro, tuvieron vida -- por disposición de las Leyes de Indias, a pesar de que en -- 1596 se realizó la recopilación de las Leyes de Indias; en ma- teria jurídica reinaba confusión y se aplicaban el Fuero -- Real, Las Partidas, Los Autos Acordados, La Nueva y Novísima Recopilaciones, Las Ordenanzas Reales de Castilla, Las de Bil- bao, además de algunas ordenanzas dictadas para la colonia -- como la de Minería, la de Intendentes, la de Gremios". (19)

"Durante la Colonia, el desenvolvimiento de la vida en -- sus diversos órdenes, requirió indispensablemente la adopción de medidas encaminadas a frenar toda conducta lesiva a la es- tabilidad social, y a los intereses de la corona española en su nuevo dominio.

Distintos tribunales apoyados en factores religiosos, eco- nómicos, sociales y políticos, pretendieron encauzar la con- ducta de indios y españoles. Para la persecución del delito en sus formas especiales de manifestación y para aplicar san- ciones pertinentes, se implantaron: El tribunal del Santo Ofi- cio, La Audiencia, el Tribunal de la Acordada, tribunales es- peciales para juzgar a los vagos y muchos otros más". (20)

(19) Bertha Beatriz Garza M. Apuntes de Derecho Civil, UNAM, 1973.

(20) Colín Sánchez, Guillermo, Op. Cit., pág. 29.

Leyes de Indias. "... Toda bondad de las Leyes de Indias: todo el propósito humanitario y el deseo de un buen gobierno de parte de varios virreyes, se estrellan ante el sólido muro de los intereses creados. No tenía que recurrir Avad y Queipo a las definiciones aristotélicas sobre justicia conmutativa y distributiva, para señalar la injusticia de tratar igualmente a los desiguales. Tampoco necesitaba precisar que quienes gozaban de una poderosa fuerza económica, podían eludir las cargas de una legislación, que, en buena parte quiso favorecer a los antiguos habitantes de México..." (21)

"El mismo principio de las Partidas se aplicó, en general a la legislación de Indias, pero los medios de ejecución utilizados por los españoles en América excedieron en mucho el marco legal, como aconteció, por ejemplo, con el famoso -suplicio de Tupac Amaru". (22)

"...Fundado en el año de 1524 el Real y Supremo Consejo de Indias, tuvo muy amplias atribuciones, aunque originalmente fueron diversas confusa por las Ordenanzas de los años de 1542 y 1543 se estableció con toda precisión su estructura a la que se le hicieron modificaciones de 1571. Se constituyó

(21) Moreno Daniel, Op. Cit., pág. 38

(22) Enciclopedia Jurídica, Omeba XXI, Pág. 975.

en el órgano supremo del rey para el gobierno de América tanto en el orden legislativo como en la administración civil y criminal en última instancia. Hacía los nombramientos de funcionarios la presentación de los prelados, la fundación de -- las Audiencias, Obispados, Conventos, Consulados y Universidades. También le correspondía controlar el comercio y la Real Hacienda. Por si fuera poco, atendía la defensa militar de las costas y nombramientos de funcionarios de la más elevada jerarquía: desde virreyes, obispos, oidores y tuvo la facultad de otros de rango menor..." (23)

3.- Epoca independiente. Aún al proclamarse la independencia, continuaron vigentes las leyes españolas hasta la publicación del Derecho Español de 1812, que creó los jueces letrados de partido con jurisdicción civil y criminal circunscrita al partido correspondiente. Conservo un solo fuero para los delitos de soborno, cohecho y prevaricación.

El 22 de octubre de 1814 en Apatzingán, Mich. se promulgó el llamado "Decreto Constitucional para la Libertad de la América Latina", y aunque nunca llegó a tener vigencia de documento, fué revelador del pensamiento de toda una época, cu-

(23) Moreno Daniel, Op. Cit., Pág. 30

yo contenido son una serie de principios inspirados en los fundamentos filosóficos de la Revolución Francesa y la Constitución Española.

Las Siete Leyes Constitucionales de 1836, en el Capítulo denominado "prevenciones Generales Sobre la Administración de la Justicia de lo Civil y Criminal", se decretó lo siguiente: "no habrá mas fueros personales que el eclesiástico y Militar Con base en ello se empezó a sustituir la legislación española vigente en México Colonial por nuestro propio Derecho.

El primero Código Penal Mexicano fue el de Veracruz promulgado en abril de 1835, el cual en 1849, fue promulgado nuevamente con adiciones y modificaciones.

4.- Codificación. Es sumamente interesante y atrayente en lo que a codificación en nuestro país se refiere, lo referente al Código de Veracruz.

"El primer Código Penal Mexicano es del Estado de Veracruz, de 1835. El año de 1849, por Decreto número 115, se estableció en el artículo 1/o. que regirá, en el Estado desde la publicación de la presente ley, el Código Penal que estuvo en observancia por Decreto de 28 de abril de 1835, con las adiciones y modificaciones que se expresan en los artículos -

siguientes..." (24)

El Estado de Veracruz tuvo pues, su Código Penal desde - 1835, es decir apenas catorce años después de promulgada la - Independencia Nacional, y todo hace pensar que tal Código fué el primero de nuestra época independiente, elaborado por juristas mexicanos y para México.

"... En la capital del país había sido designada una comisión, desde 1862, para la redacción de un proyecto de Código Penal, cuyos trabajos fueron interrumpidos por la intervención francesa... en esta época el Emperador mando poner en vigor en México el Código Penal Francés..." (25)

"La Constitución de 1857 establece: "En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por - tribunales especiales..." "Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión -- con la disciplina militar..." "Nadie puede ser juzgado ni sentenciado: sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y -- exactamente aplicadas a él, por el tribunal que previamente - haya establecido la ley. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en vir--

(24) Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamiento de la Parte General - del Derecho Penal, 4a. Edic. Editorial Porrúa, 1989, pág. 44

(25) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., pág. 44.

tud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que -- funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposi- -- ción de la autoridad inmediata." (26)

La prisión solamente procede por los delitos que se sancionan con la pena corporal y ésta nunca podrá prolongarse -- por falta de pago de honorarios o de cualquier otra ministra- -- ción de dinero.

Código Penal de 1871.- "En 1868 se formó una nueva comi- -- sión, que trabajó teniendo como modelo de inspiración el Códí- -- go español de 1870; al año siguiente el 7 de diciembre de - - 1871, fué aprobado el Proyecto por el Poder Legislativo y co- -- menzó a regir, para el Distrito Federal y Territorio de la -- Baja California en materia común y para toda la República en la federal, el día primero de Abril de 1872. Este ordenamien- -- to se conoce como Código de 71, o Código de Martínez de Cas- -- tro y se afilió como su modelo, a las tendencias de la Escue- -- la Clásica, estuvo vigente hasta 1929..." (27)

(26) Colin Sanchez, Guillermo, Op. Cit., pág. 49

(27) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., pág. 44

Al analizar en forma somera este Código encontramos defectos, de Técnica Legislativa como el caso de incluir dentro de su estructura algo que sin presentar diferencias de fondo, substanciales, cualitativas, de contenido, con el delito, si en cambio, registra distanciamientos cuantitativos, como cuando el legislador incluyo a las faltas, y colocandolas al lado de los delitos y les dedicó un capítulo independiente; error de técnica administrativa, insmiscuir dentro del Código Penal la tipificación y ponibilidad de las contraversiones.

En el Código Penal de 1929, de vida efímera, tuvo origen en la Escuela Positiva, la cual sostiene como uno de dos fundamentos de la existencia del Derecho Penal la responsabilidad social derivada del determinismo y la temibilidad del delincuente.

Código Penal de 1931.- Este nuevo Código, que actualmente se encuentra en vigor, siguió los lineamientos generales trazados por el anterior, en todo lo que atañe a las faltas y delitos.

B.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO PENAL MILITAR

a.- Origen del Derecho Penal Militar.- A partir de que por Derecho Militar puede entenderse como el conjunto de leyes y principios que se refiere a la organización y desenvol-

vimiento de las Instituciones Armadas, la razón de ser de este Derecho debemos buscarla en la existencia misma del Ejército, y éste ha existido en todas las épocas, como lo afirma -- Guizot, quién hablando acerca de este punto dice: "La fuerza es en la historia de las sociedades lo que el cuerpo en la -- historia del hombre; para todo sirve y en todo se le encuentra".

Y don Jacinto Benavente en un discurso, pronunciado en Ceuta, en el año de 1912, dijo: "La vida es lucha, eterna lucha, no por la vida, como dicen los sabios naturalistas, sino para la vida; guerra para la paz; discordia, para el combate.

Cuando el hombre primitivo se agrupó para formar clanes, seguramente lo hizo buscando la protección mutua.

Al distribuir facultades a cada poder se encuentran los pueblos en la necesidad de delimitar el campo de acción de -- los grupos armados, y entonces en el devénir del tiempo, nos encontramos que en cuanto se crea un pequeño ejército en un -- pueblo, se crean una serie de obligaciones rígidas para los -- integrantes de ese ejército.

La concreción legal de estos derechos y obligaciones es la materia propia del Derecho Militar.

Al estudiar la historia de nuestra civilización, la im--

portancia de su estudio es relevante. De los griegos somos legatarios de la fe en la razón humana, del amor a la Patria y la Libertad. El Rey no era sino un jefe cuya autoridad estaba reconocida por los otros jefes, sus iguales.

No se distinguía de estos ni siquiera por sus vestidos, pero llevaba un bastón de mando o cetro, insignia de autoridad.

Las tácticas militares se fueron depurando con el transcurso del tiempo, así como las leyes castrenses y su sentido disciplinario, con las cuales se penalizaban diversos actos cometidos por los miembros del ejército en tiempos de paz y en guerra. Existieron desde las penas de arresto, ostracismo invento de los griegos, hasta la pérdida de la vida.

Debe destacarse, que los espartanos fueron los guerreros mejor adiestrados y más heroicos de Grecia, su ideal consistió en formar una comunidad militar en la que cada cual, por disciplina, tuviera orgullo en sacrificar su libertad y su vida por el interés superior del Estado.

Fué en Roma donde floreció lo que actualmente se comprende bajo el nombre de Derecho Penal Militar. Claro es que tan fundamental rama legal no fué conocida en esos tiempos tal como ahora se encuentra; pero la razón obvia y lógica a nadie -

escapará pues si el Derecho Civil, la máxima manifestación -- que legó al mundo, hubo de experimentar, como sigue sucediendo constantes superaciones, con cuanta mucha mayor razón podría decirse lo mismo del Derecho Penal Militar.

Sin embargo el pueblo romano sintió la imperiosa necesidad de establecer normas aplicables exclusivamente a los militares, ya que como consecuencia de su fuerza militar, tuvo sentido y base extraordinaria fuerza política.

De ahí que tuviera que esmerarse en legislar sobre los delitos y faltas que cometieron por los integrantes del Ejército, no sólo en la época de campañas, sino también en tiempo de paz.

Sin embargo, la constante evolución política y social -- que el pueblo romano fué experimentado, trajo como indefectibles consecuencias, entre otras, las siguientes: Primera, que se diferenciará lo que es Derecho de lo que es Moral y Religión; segunda, que dentro del mismo Derecho se separaran, -- principalmente, tres clases jurídicas: el Derecho Civil, el Derecho Penal Ordinario y el Derecho Penal Militar. En cuanto a la autoridad, también se notaron cambios, pues aun cuando siguió siendo ilimitada en el terreno militar, en cambio, el poder de los magistrados dentro de los muros de la ciudad, poco a poco se fué trocando en un poder ilimitado. Elaboraron

sus conceptos y clasificaciones sin divorciarse de la realidad viva.

En el Derecho Romano se concedió el Testamento Militar a los ciudadanos que pertenecían al Ejército, en razón a su experiencia en el arte del derecho y en consideración a las circunstancias especiales por las que atraviesa el militar en campaña. En su primera época este testamento lo podían hacer los militares en cualquier tiempo, pero en la época de Justiniano, solamente era privilegio del militar en campaña.

Todos los desarrollos jurídicos anteriormente expuestos, tan interesantes en su elaboración, se pierden con la destrucción del Imperio Romano y abatimiento de su civilización, de una manera tan completa, que en la Edad media, difícilmente encontramos algo a lo que pudiéramos llamar Derecho Militar.

El dominio de los bárbaros al batir el poderío de Roma, dejó entregados a los pueblos mediterráneos a la organización señorial y pequeñas monarquías con las cuales, siendo muy acusados en cada uno de sus elementos las virtudes de soldado, por contraste no existían grandes ejércitos. (28)

(28) Calderon Serrano, Ricardo. El ejército y sus Tribunales, Tomo I, -- México 1944, pág. 21.

b.- Derecho Militar en México.

1.- Epoca Precolonial.- Siendo el Pueblo Mexica la séptima y última tribu en emigrar de un lugar poco conocido por nuestra antigua Historia Nacional, lo cual no se ha podido -- precisar, "La Tierra de las Siete Cuevas", que salieron después de habérseles presentado la señal sin la cual no podían emprender su peregrinaje; su marcha fué crítica, porque debían seguir hasta encontrar la señal dada a sus líderes para poder establecerse.

Siendo su líder y guía espiritual "Tenoch", arribaron a tierras ocupadas por una de las tribus que salieron del mismo lugar de donde ellos provenían; habiendo partido años antes, esta tribu era la de los "Tepanecas" y el sitio donde pidieron permiso para descansar era "El Cerro del Chapulín".

Inician nuevamente su camino sin rumbo conocido y no lejos de donde se encontraban hallaron su destino; habían encontrado en medio de un islote el águila devorando a la serpiente sobre un nopal.

Decidieron llamarle "Tenochtitlan" en memoria de su guía y líder, era el año de mil trescientos veintiuno; pero no fue fácil su asentamiento puesto que esas tierras ya tenían dueño quien les impuso tributos, hombres para su ejército y su-

misión, entre otras cosas para poder usufructuar la tierra que habían escogido, acentado lo anterior por un pueblo abatido y casi exterminado por la naturaleza y el hombre, lentamente comienza a erigirse para transformarse de vasallo en amo y fundar el imperio más poderoso sobre tierras del Anáhuac.

En el año de 1352, después de 20 años de haberse establecido los aztecas en el Valle de México, decidieron cambiar su sistema de gobierno, que hasta entonces había sido aristocrático, compuesto por varios nobles (cuyo gobierno les pareció tirano), optando por constituirse en Monarquía; esperando encontrar en el Rey, un Juez, un padre cariñoso, audaz y valeroso general que en caso de guerra les condujera a la victoria; eligiendo a Acamapitzin como primer rey azteca. La carrera de las armas era la más honrosa y distinguida, nadie podía llegar a ser rey sin haber servido antes en el ejército, para el cual se les adlesrtraba desde niños.

El ejército azteca, en su organización tenía grados equivalentes a los de Capitanes y también tenía cuatro clases generales, de los cuales el superior en jerarquía y cargo se denominaba Tlacochoalcatl, que significa "Habitante de la armería o de la casa de los dardos.

Todo lo relativo a la guerra se trataba en un Consejo, -

compuesto por los generales que podían acreditar mayores acciones de valor heroico, y era presidido por el Rey y para premiar a los guerreros distinguidos, existían tres órdenes: la de los príncipes, la de los águilas y la de los tigres.

Robar a otro sus prisioneros de guerra, se castigaba -- con la pena de muerte. Ixtlixóchitl, uno de los reyes de Texcoco, después de haber curado a sus dos hijos de las heridas de combate, ordenó que se les aplicara la pena de muerte por haber robado los prisioneros a otro guerrero. Al que presentase en una fiesta pública o en una acción de guerra, con las insignias del Emperador, se le castigaba con la pena de muerte y confiscación de sus bienes.

La traición a la patria se castigaba con la pena de muerte, descuartizando al traidor y reduciendo a la esclavitud a todos los que conociendo el delito no le hubieren denunciado, aún tratándose de parientes del traidor.

La educación entre los mexicas tendía a perpetuar la distinción de las clases sociales. Los señores principales y -- gente de alcurnia, educaban a sus hijos en el "Calmecac", establecimiento donde recibían una preparación especial muy distinta de la que recibían los jóvenes pertenecientes a la gran mayoría popular; en este establecimiento, el propósito era -- formar funcionarios para los altos puestos sacerdotales, mili

tares y civiles. Por otro lado existía el "Telpochcalli", cuyo fin era lógicamente distinto a la enseñanza impartida en el "Calmecac", aquí sólo impartían conocimientos para formar soldados.

Cada Calpulli contaba con un "Telpochcalli", que en total eran veintiseis, en cambio no existía más que un "Calmecac", que estaba situado en el "Templo Mayor", tanto los jóvenes que egresaban del "Calmecac" como los que procedían del "Telpochcalli", tenían cabida en el ejército, pero los primeros tenían preferencia sobre los segundos para obtener ascensos y recompensas; los educados en el Calmecac eran los únicos que podían tener acceso a los altos cargos dentro de la organización militar con poder amplio para matar;

Las leyes acerca del vestido, estaban basadas propiamente en los distintivos militares; ni los señores ni sus hijos podían usar mantas labradas de colores, ni joyas, ni plumajes mientras no habían consumado un acto valeroso, matando o aprehendiendo a un contrario en la guerra, los no principales no podían atar sus cabellos como los usaban los guerreros valientes; hasta haber muerto o capturado a cuatro hombres; el mismo rey electo, para ser ungido tenía que salir previamente al campo de batalla y cometer algún hecho valeroso; los prisioneros capturados por él eran sacrificados con particulares ceremonias, cada grado militar tenía un vestido propio; el solda-

do que desobedeciese esta ordenanza morfa.

Ninguna profesión gozaba de mayor estima entre los mexicas que la de armas; la deidad de la guerra era la más reverenciada y la que se consideraba la primera protectora de la nación.

El jefe supremo del ejército era el "tlacatecutli", -- quien tenía a su mando todas las fuerzas de la confederación formada por "Tenochtitlán", "Texcoco" y "Tlacopan". Le seguía después cuatro jefes de los barrios mayores en que se dividía "Tenochtitlan", que eran: "Tlacatecatl", "Tlacoachcatl" "Huiztnahuatl" y el "Enhuahuacatl", le seguían los jefes de las divisiones en que se repartía la fuerza de cada "Calpulli Mayor" y los pueblos del territorio mexicana, quienes llevaban el nombre de: "Calmihuilocatl", "Quetzalcoatl", "Tecuhtlama--cozqui", "Tlapaltecatl", "Coatecatl", "Pantecatl", "hucancecatl", respectivamente.

En último término estaban el "Telpochtlatoque" y el "Yatotac". Existían los cuerpos especiales formados por los "Tequijuaque", "Otonca", "Cuajtli", "Ocelotl", "miztli", y "Cuachic". Todas estas dignidades y clases de que se componía el ejército fueron establecidas desde la época de "Izcoatl"; eran vitalicios y marcaban una diferencia absoluta entre los que eran poseedores de ellas y los que no las poseían, pues venían a colocar a los

segundos en una relación de subordinación y dependencia con respecto a los primeros.

2.- Epoca Colonial.- Cuando Hernán Cortés desembarco en tierras mexicanas, ostentó los cargos de Capitán General y En cargo de la Justicia Mayor de las tierras a las que había llegado, hasta en tanto que el Soberano Español, dictase las disposiciones conducentes, Cortés hizo levantar un acta que le concedía los cargos antes citados, ante un escribano de nombre Diego de Godoy.

"...Entre las múltiples funciones que tenia Hernan Cortés, eran las de ser el Juez Militar máximo, y ejercía jurisdicción sobre los Soldados a su cargo; así en varias ocasiones debido a la insubordinación frecuente de los soldados que mandaba, instruyo algunos procesos contra éstos a efecto de mantener la disciplina entre los suyos; Cortés dictaba sus Leyes Militares mediante pregones, es decir, un hombre que recibía el nombre de "Pregonero" gritaba en la vía pública las disposiciones del conquistador y por ese sólo hecho surtían efecto dichos mandamientos y eran obligatorios para todos los soldados sin excepción. (29)

(29) Saucedo López, Antonio, La Jurisdicción del Fuero de Guerra, del Cuerpo de Profesionales, 1978, pág. 3

De esta manera, la vida militar indígena quedó destruída después de la conquista española, el ejército Azteca era poderoso y disciplinado y ante el temor de que los indígenas pudiesen reorganizarse militarmente, los Reyes Españoles dictaron numerosas disposiciones prohibiendo que los indios portasen armas.

"... Durante casi dos siglos, las únicas tropas permanente en Nueva España lo fueron la escolta de albarderos del -- Virrey y las dos Compañías de Palacio. Sin embargo, en la -- frontera norte hubo siempre tropas acantonadas para la defensa contra los indios bravos.

Sólo hasta la segunda mitad del siglo XVIII hacia 1765, y ante la amenaza que significó Inglaterra para las colonias de los Borbones, surgió la necesidad de integrar la defensa de los reinos americanos contra una posible agresión Británica. Fue entonces cuando apareció el primer Ejército en la -- Nueva España..." (30)

Las Leyes de Indias.- Una vez que los españoles se apoderaron de territorio dominado por los indios, empieza en --

(30) Losaya, Jorge Alberto, "El Ejército Mexicano", Colegio de México, -- pág. 16.

nuestra historia el período llamado Hispano. (Colonial o Virreinal) mismo que concluye al consumarse la independencia.

"...La conquista puso en contacto al pueblo español con el grupo de razas aborígenes; los integrantes de éstas fueron los siervos y los europeos los amos, por más que en la legislación escrita, como dicen don Miguel Macedo, se declarará a los indios hombres libres y se les dejara abierto el camino de su emancipación y elevación social por medio del trabajo, el estudio y la virtud... a pesar de que el Emperador Carlos V dispuso que se respetaran y conservaran las leyes y costumbres de los aborígenes, a menos que se opusieran a la fe o a la moral..." (31)

"... La Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias, de 1680, constituyó el cuerpo principal de leyes de la Colonia, completado con los Autos Acordados, hasta Carlos III (1759); a partir de este monarca comenzó una legislación especial más sistematizada, que dio origen a las ordenanzas de Intendentes y a las de Minería..." (32)

Las Ordenanzas de Carlos I.- En cuanto a las disposicio-

(31) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., pág. 42

(32) Carranza y Trujillo, Raúl, Op. Cit., pág. 117

nes de carácter legal que regulaban el ejército en la época virreinal, "... el Rey Carlos I, el 13 de junio de 1551 instituyó una ordenanza en donde proclamó solamente el ejército de España; así mismo en 1557, Felipe II, y Alejandro Farnesio, Capitán General de los Estados de Flandes, en Ordenanza de 13 de mayo de ese mismo año, proclamaron a la par la constitución del ejército. Reconocieron esto Felipe III, en Cédula de 11 de diciembre de 1598 y Felipe IV por Cédula de 21 de mayo de 1632; este último otorgó uno de los primeros antecedentes al Derecho Militar en México, ya que por decreto de 25 de Septiembre de 1632, creó el Supremo Consejo de Guerra, pero algunos autores piensan que el que instituyó éste, fue el Rey Pelayo que murió en 1737..." (33)

3.- Epoca Independiente: Esta nueva fase en la Historia de México y por ende en todas las instituciones jurídico-políticas que regulaban la vida de nuestro pueblo, se suscitan acontecimientos importantes en la vida de nuestro país; a la par del movimiento de Independencia surgen transformaciones que pregonizaban nuevos horizontes y entre ellas tenemos una nueva fase dentro del Derecho Militar.

(33) Saucedo López, Antonio, Op. Cit., pág. 47

El virrey al tener conocimiento de que los principales caudillos del Movimiento Insurgente, habían sido presos; sin tardar gira instrucciones a Calleja sobre la suerte de los rebeldes y ordena que estos sean juzgados por un Consejo de guerra que estaría compuesto por un presidente, un auditor, un Secretario y cuatro Vocales, nombrando como Juez Instructor al Lic. Don Juan José Ruiz de Bustamante.

"... El 6 de mayo de 1811, se llama al especialista en la Ordenanza Militar Criminal, el Alférez Don Angel Avella, para que forme los procesos de Hidalgo, Allende y Jiménez. Los primeros insurgentes en ser juzgados por el Consejo de -- Guerra, fueron. Ignacio Camargo, Juan Bautista Carrasco y el Capitán Agustín Marroquín, quienes fueron sentenciados a la pena de Muerte...." (34)

Allende, Aldama y Jiménez fueron sentenciados a la pena de muerte; Mariano de Abasolo fue sentenciado a diez años de prisión que debería cumplir en España.

El 7 de mayo de 1811, tuvo inicio la causa de Don Miguel Hidalgo, pero como el Tribunal era de Fuero Mixto, el 7 de --

(34) Saucedo López, Antonio, *Ibid.*, pág. 6.

Junio de ese mismo año, fué puesto el proceso a disposición - del Canónigo Fernández representante del Clero y más tarde Hidalgo, previa su degradación sacerdotal, fué sentenciado a la Pena de Muerte.

El Consejo de Guerra que conoció de las causas de los hé roes de la Independencia, fue una Junta Militar Ad hoc, que - en ningún momento en forma técnica jurídica revistió las ca-- racterísticas de un Tribunal.

Por otra parte, con Don José María Morelos y Pavón, en - el Reglamento para la reunión del Congreso publicado el 13 de septiembre de 1813, habla de que todos los subalternos del -- poder Ejecutivo, cuando cometiesen delitos gravísimos, se les sujetaría a un Consejo de Guerra, cabe hacer notar que en esa época estaban vigentes las Ordenanzas de San Lorenzo de 1766, y como estas eran incompatibles, se expidieron al efecto disposiciones aclaratorias como son del Decreto del 15 de sep- - tiembre de 1813.

Al ser electo Morelos como Generalísimo de las Armas de América, dictó los Sentimientos de la Nación, mismo que en su artículo 13 decía que las leyes deberían ser generales sin -- excepción de cuerpos privilegiados, excluyendo unica y exclu- sivamente al ejército y a la Iglesia.

En Chilpancingo, el 6 de noviembre de 1813, la declaración de Independencia considero reo de alta traición a quien se opusiese directa o indirectamente a la independencia de México, negándose a contribuir con los gastos necesarios para continuar la guerra. Este congreso fue la base para el Derecho Constitucional que determinó la libertad de la América Mexicana, promulgada en Apatzingán el 22 de octubre de 1814 y que conferia como atribuciones del Supremo Congreso la de decretar la Guerra y dictar las medidas necesarias para establecer la paz, conceder o negar licencias para admitir tropas extranjeras en nuestro suelo, mandar aumentar o disminuir las fuerzas militares a propuesta del Supremo Gobierno, dictar ordenanzas para el ejército y milicias nacionales.

La Constitución de 1824.- Está fue la primera en regir la vida independiente de México, ya que la admirable Ley inspirada por Morelos y sancionada en Apatzingán en 1814, no alcanzó la vigencia práctica y proclamó, además de la forma de gobierno republicano y federal, el principio de la soberanía popular y estableció la división de poderes.

El proyecto de Constitución Federal, que aprobado el 3 de octubre de 1824, se presentó ante el Congreso el 10. de abril de ese año, tomando el nombre de Constitución de los Estados Unidos Mexicanos; se firmo el 4 siguiente y el 5 lo público el ejecutivo.

La vigencia de la constitución de 1824, alcanzó hasta el año de 1853, ella misma estableció que no podía ser modificada hasta el año de 1830. Sin embargo las legislaturas de los Estados propusieron algunas reformas, casi de inmediato, pero estas fueron aplazándose, para respetar aquel precepto.

4.- Codificación.- Respecto a México, sin que hayamos de referirnos a los datos de Justicia Militar de tiempos muy remotos, porque sobre ellos sería gratuito declarar, que respondían a un sistema orgánico determinado, si debemos señalar que los antecedentes más próximos de la Jurisdicción de Guerra Mexicana se encuentran, en las Ordenanzas Españolas, -- arrancando de las llamadas de los Reyes Católicos, que tuvieron especial trascendencia en orden penal militar, siguen las de Cortés, para consolidar la conquista, y no es inverosímil suponer la vigencia de las de Carlos I, de 13 de junio de -- 1551, que consagraron de forma solemne, el fuero de guerra -- ejercido por militares y de carácter privilegiado para los individuos que integraban toda expedición o corporación militar y así sucesivamente, las de Felipe III, de 11 de diciembre -- de 1598, las tres autorizadas por Felipe IV, de 21 de mayo de 1621, 5 y 28 de noviembre de 1632, las de Carlos II, de 29 de abril de 1697, y 28 de mayo de 1700, las de Felipe V, de 18 -- de diciembre de 1701 y su Ordenanza General de 12 de junio de 1728, las de Fernando VI, de 1748 y 1751, y en fin, las denominadas Reales Ordenanzas de San Lorenzo, de 22 de octubre -- de 1766.

"Durante la época colonial, el fuero militar estuvo regido por las Reales Ordenanzas de 22 de Octubre de 1776, modificadas por Carlos III, y también por algunas otras disposiciones que esporádicamente se dictaban para evitar la injerencia de las autoridades de la justicia común en asuntos de carácter militar, como la ordenanza de 9 de febrero de 1707." (35)

En todas las relacionadas ordenanzas, la Jurisdicción de Guerra, no sólo se ejerce para militares de Guerra, sino que ofrece el carácter de "prerrogativa", para todos los miembros de Ejército.

El primer Código de Justicia promulgado el 6 de diciembre de 1882, entró en vigor el 10. de enero de 1883, con el nombre de "Código de Justicia Militar para el Ejército de los Estados Unidos Mexicanos", determinó en su artículo 2873 que la justicia militar correspondía entre otras Instituciones a la Suprema Corte de Justicia Militar.

"En el año de 1882, entró en vigor la Ordenanza General para el Ejército de Civiles cuando estos fueran autores de delitos militares." (36)

Códigos de Justicia Militar de 1892 y 1897.- El Código

(35) Colín Sanchez, Guillermo, Op. Cit. pág. 54

(36) Id.

de Justicia Militar de 1892, presentaba todas las cuestiones relativas a la Organización y competencia de los Tribunales - Militares mezclados; a los Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra y a la tipificación de los delitos y a las faltas; en cambio, el Código de 1897, aún cuando dentro del mismo cuerpo legal, ya sea para estos diversos aspectos del Derecho Militar dedicándoles a cada uno de ellos un tratado independiente.

La Ley Penal Militar de 1902.- Esta ley vino a disociarse del cuerpo del antiguo Código de 1897, por lo que respecta a la apreciación de los delitos y faltas en el orden militar.

Más al estallar la Revolución de 1910, proseguida en - - 1913, se produjo un movimiento radical contra la amplitud del fuero y su ejercicio, y triunfante la Revolución, quedo redactado el artículo 13 de la Constitución, modificado por el Congreso Constituyente de 1917, sobre cuyo texto vigente no es - ocasión de hablar, pero el que trascendió a una intervención destacada del elemento técnico de la justicia castrense, y -- llegada la hora de la vigencia de la Ley Orgánica del Ejército y Armada Nacionales, de 15 de Marzo de 1926, artículos 39 Fracción III, 44, 45 y 46 y su Reglamento de 12 de marzo de - 1930, fué creado el Servicio de Justicia Militar, a cargo de elementos Letrados de Guerra.

Código de Justicia Militar de 1934.- Siguió la corriente doctrinaria jurídica militar de agrupar en un solo cuerpo de leyes tres órdenes jurídicas de diferentes materias, que se encuadran en tres libros: el primero de ellos referente al Derecho Orgánico Militar, el segundo a los delitos militares y el tercero al Procedimiento.

A.- NORMA JURIDICA

a.- Norma.

Es oportuno precisar desde luego, la noción de norma, -- nuestra primera tarea habrá de consistir en la explicación de este concepto. La palabra norma puede usarse en sentido lato o en sentido estricto. El primero se aplica a toda regla de conducta que crea o no obligaciones, más claro, puede ser - - obligatoria como las reglas jurídicas o no obligatoria como las reglas técnicas; y el segundo sentido designa, "el principio de acción cuya observancia constituye un deber para quién se dirige", como diría con pulcritud el maestro Eduardo García Maynez. Ahora bien, -stricto sensu- a las reglas que tienen un carácter obligatorio se les llama normas, y a las que sólo tienen un carácter facultativo técnicas o reglas prácticas.

El maestro mexicano citado, ha propuesto, con acierto, - las siguientes definiciones: Norma es toda regla de conducta de observancia obligatoria, Regla técnica es aquella que prescriben los medios idóneos para el logro de un fin.

Existen dos clases de significaciones que tienen un sentido opuesto y que la Filosofía del Derecho estudia, a fin de encontrar el concepto de norma de conducta en general. Para

ello estudia comparativamente la noción de conducta con la -- noción de la ley natural. Pues bién, estas dos significaciones de que hablamos son las enunciativas y las normativas. -- las primeras son aquellas que informan en qué consiste un ser que es una realidad, explican cómo ha ocurrido cierto hecho; en síntesis, nos hablan de lo que es algo. Por eso son juicios enunciativos o existenciales, justamente, porque se refieren siempre a lo que es. Tales son las proposiciones referentes a la naturaleza, por ejø.; los fenómenos, caída de los cuerpos, su dilatación; las proposiciones de la ciencia psicológica que manifiesta el modo de ser y producirse los -- fenómenos anímicos. Estas proposiciones sólo enuncian, en -- suma, informan algo que ES y no algo que DEBE SER. Las segundas, en cambio, no enuncian la realidad de unos hechos, ni explican el modo como esos hechos acontecen, sino que determinan un DEBE SER. Más claro, prescriben una conducta como debida. Tales principios son las reglas del trato social, los mandatos jurídicos, los preceptos morales, que determinan como debido cierto comportamiento.

Frente a la ley natural, concebida como expresión de un orden riguroso, necesario y forzoso de los fenómenos de la -- naturaleza, existe la idea de una norma de conducta. Esta no es la expresión de fenómenos, rigurosa y necesaria, sino una regla que señala obligaciones, es decir, deberes.

La diferencia esencial entre la ley natural y esta norma de conducta, primeramente es la finalidad. La ley natural -- trata de explicar los fenómenos que ocurren en la naturaleza y la norma de conducta no pretende explicar la conducta sino que trata de provocarla.

Pretende que el sujeto que esta llamando a cumplir sus obligaciones, las cumpla. No dice lo que ES: señala lo que DEBE SER. Mientras la ley natural señala lo que acontece y acontecerá, la norma de conducta señala el camino que debe -- seguir el hombre. Tiene pues, una finalidad distinta.

En segundo lugar, difieren las normas de conducta de las leyes naturales, en que estas se cumplen y se tienen que cumplir inexorablemente de tal manera, que sería imposible encontrar una excepción; si no fuera así, se produciría un desquiciamiento universal, porque su cumplimiento es necesario y forzoso. En contraste con este determinismo, nos encontramos con las normas, cuyo cumplimiento no sólo no es necesario, si no que si siempre se cumpliera con sus mandatos dejarían de ser normas. En suma, así como la esencia de la ley natural -- está la posibilidad de su violación.

La norma le señala al hombre el deber y le urge que lo cumpla; pero el hombre está en la posibilidad de no cumplirlo. Nosotros consideramos a esta posibilidad como el "Libre albedrío".

Es de tal manera curioso este principio, que si el individuo cumpliera siempre lo mandado por la norma, ésta dejaría de ser tal y ser convertiría en ley natural. Pero lo interesante de la norma es esto, que aún violada sigue teniendo validez, en tanto que la ley natural si se viola dejaría de ser válida.

b.- Disciplina

Es necesario estudiar a la Disciplina como regla, a través de la reflexión filosófica aplicada al Derecho; ya que la dogmática jurídica, por sí misma, es insuficiente para darnos su justificación, así como también lo es, para explicar al Derecho, puesto que sólo nos lo da por supuesto. La ciencia jurídica, toma a la norma como un hecho. En consecuencia para encontrar el concepto universal de Disciplina, que como el -- Derecho es una norma recurrimos a la filosofía.

Existen de la Disciplina dos clases de conceptos: el general y el particular. Aquél se aplica a la noción más rápida, o sea, al concepto universal, y éste, tan sólo a determinados aspectos particulares de la realidad.

En tanto que el concepto general proyecta a la Disciplina en su juicio más abstracto, que lo mismo se aplica al juicio en particular o a cualquiera otra división, los conceptos

particulares sólo enfocan a determinados cuerpos o grupos. Es de todo punto indispensable aclarar y prevenir con el objeto de orientar nuestras ideas, que al vocablo disciplina se le han dado muchas y muy variadas acepciones, aun contradictorias, en razón de su carácter multívoco. Es éste el principal motivo de la antinomia, y así, lo mismo se le puede entender como: doctrina, arte, regla, etc. Pero nosotros habremos de entenderla y enjuiciarla, a través de esta exposición, como regla; porque es, de todas las acepciones que se le han adjudicado, la más exacta y congruente.

Es necesario reflexionar sobre las reglas disciplinarias y preguntarnos si postulan deberes, si crean obligaciones, en tres palabras, si son normas. Estas reglas, es incontestable que tratan de provocar la conducta, de dirigir la forma de comportarse. Si este es así, dichas reglas señalan obligaciones, es decir, deberes, luego entonces las reglas disciplinarias son verdaderas normas. Las reglas disciplinarias son expresión de auténticos deberes y, por tanto, son normas; así mismo, no son ni podrán ser simples exigencias desprovistas de obligatoriedad, pues hemos visto que en ellas existe la idea de una norma, y una norma es toda regla de conducta de observancia obligatoria.

Encontramos en la Disciplina su especial carácter normativo; por tanto, es un conjunto o sistema de significaciones

normativas. Es, en suma, un conjunto o sistema de pensamientos, pero no descriptivos como, la ciencia (física, biológica, etc.), sino un conjunto de prescripciones o reglas. Dicho de otro modo, la Disciplina es una norma, un producto cultural de carácter normativo, en tanto que señala no lo que ES, sino lo que DEBE SER. Aquí nos encontramos además con un elemento nuevo, que la Disciplina es un "Producto cultural", es decir, que es propuesta y hecha por el hombre. Pero todo ente cultural con sentido de disposición o de regla no es disciplina porque existen otras clases de reglas (morales, jurídicas, religiosas, del trato social), que también son principios normativos. Entonces habrá que buscar la diferencia específica que caracterice a esta norma, una norma no se concibe si no se propone ningún valor. Por ello se ha dicho que las normas porque postulan deberes necesariamente suponen un valor. En consecuencia toda norma, por el hecho de serlo, se apoya en unos valores.

Hemos visto que la Disciplina, en sentido amplio, confronta cierta similitud con las normas jurídicas, sin que esto quiera significar que se confundan. Más no acontece lo mismo en estricto sentido. Lato sensu, la disciplina tiene semejanzas con la norma jurídica, porque participa de los caracteres formales del Derecho. Stricto Sensu, no encontramos tales símiles, sino una norma disciplinaria insólita a otras normatividades (Moral, Reglas del Trato, Religión, etc.).

Los caracteres formales a que nos hemos referido, y de los que participan por igual ambos principios normativos consisten: en la bilateralidad, en la exterioridad, en la heteronomía y en la coercibilidad o impositividad inexorable de estas reglas.

Derecho y Disciplina son dos órdenes normativos que se dirigen a la conducta humana, para regularla; pero a través de sentidos diversos. El primero la enfoca en su totalidad, tomándola en su auténtica y más radical significación social. En cambio, la segunda solo la regula a través de ciertos sectores de lo colectivo.

El Derecho es, hasta el momento, un conjunto de normas - que enfocan a la sociedad en sí propia, en su más amplio aspecto. La Disciplina en cambio, sólo se proyecta determinados sectores de lo colectivo (Ejército, Iglesia, oficina, colegio, etc.)

c. Disciplina Militar

Desde la época de las tribus nómadas, hasta las grandes civilizaciones modernas, el hombre siempre ha necesitado de la disciplina. La obediencia a mandatos inexorables, ha constituido en todos los tiempos, la base y fundamento de la existencia de la sociedad y a medida que ésta ha progresado, crece

el número de reglas disciplinarias y se hace más indispensable su observancia, para la conservación de la existencia de la misma y esto que decimos de la sociedad, con mucha más razón debe regir en el Ejército, y aún en una forma más estricta y severa, porque en él está la seguridad del pueblo.

Podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la disciplina es el freno que regula los impulsos instintivos del sentimiento humano ya que su formación fué lenta, incierta y no -- tuvo valor pleno, sino hasta cuando se arraigó en la conciencia y en las costumbres de las gentes.

La autoridad de las reglas disciplinarias no dimana fundamentalmente de las fuerzas que las dictan, sino del voluntario acatamiento de quienes las obedecen y por eso, la disciplina impuesta a la sociedad exclusivamente a base de sanciones rigurosas, sólo provoca repulsión en los hombres, los que en el momento mismo de considerarla insoportable o al desprenderse de ella, vuelven a sumirse con más desenfreno en un estado de barbarie.

Debemos repetir que la disciplina es un sentimiento equilibrado entre los derechos y los deberes de cada hombre y de cada clase.

En el combate, indefectiblemente se dificulta la cohesión de las unidades, haciéndose el Mando ilusorio por el es-

tado psicológico que produce en los individuos la guerra, y -- sólo la disciplina que en esos casos tiene su máxima expresión puede frenar las alteraciones psicológicas propias de esos estados críticos.

La disciplina militar, no es vínculo de régimen de esclavos y pretorianos, sino que ella tiende a organizar y armonizar a todos los miembros del Instituto armado, ya que tan rigurosamente se castiga el abuso de autoridad, como la insubordinación. Por eso el militar, desde el soldado hasta el General, deben adoptar una posición de firmeza en sus actos y guardar las consideraciones tanto con los superiores como con los subordinados, mirando siempre por el prestigio y conservación del orden de filas y del Ejército.

En el Reglamento General de Deberes Militares, se define la disciplina como la norma a la que los militares deben ajustar su conducta y tiene como base la obediencia y un alto concepto del honor, de la justicia y de la moral y por objeto, el fiel y exacto cumplimiento de los deberes que prescriben las Leyes y Reglamentos Militares.

Vista la anterior definición, no podemos más que afirmar que la disciplina es una norma de carácter jurídico moral, que rige al Ejército en donde el hombre es una parte del todo y la que tiene como fin la buena marcha y conservación del grupo.

B. DELITO

a.- Concepto, para analizar el delito, es necesario - - principiar con una definición, que sea universal y valida, - nos basaremos en la concepción del maestro Luis Jiménez de - Asúa, la cual sin negar la unidad del delito, precisa su aná lisis en elementos, lo cual la hace ser la más completa y - - ejemplar.

"Acto u omisión típicamente antijurídico, culpable, so- metido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputa- ble a un hombre y sometido a una sanción. (37)

b.- Delito Militar.

1.- Definición: El delito militar se define como una -- acción u omisión típica, antijurídica, culpable, imputable, sancionada por la Ley Penal para protección de la disciplina de los institutos armados.

2.- Naturaleza: Del delito militar la única fuente es - la Ley, descansando ahora el problema en saber qué es lo que debe entenderse por Ley. Esta en forma amplia puede ser no

(37) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., pág. 121.

sólo el Código de Justicia Militar, sino también los Códigos Penales Ordinarios, Federal y comunes; las Ordenanzas y Disposiciones Complementarias; los Decretos; Los Bandos; aunque en buena ordenación jurídica penal militar el rango debe tenerse en cuenta y así el decreto, las normas reglamentarias y las ordenanzas no pueden prevalecer a un texto contrario de la Ley, pero sí pueden invocarse para completar el sentido de la Ley, y aplicárselos en caso de insuficiente de la norma principal.

3.- Clasificación: Desde la antigüedad la clasificación de los delitos se hizo en orden a su gravedad, existiendo -- una tripartita llamándolos en varias formas: graves, correccionales y faltas, y no fué sino hasta que Vidal y Magnol, entre los más distinguidos, propugnaron una división bipartidista, dando paso a la misma, algunas legislaciones entre -- ellas la nuestra y siendo patente que por una mejor técnica se desplazó del articulado de la ley la determinación y sanción de las faltas que mediante el texto del Art. 104 del Código de Justicia Militar.

Del articulado del Código Militar podrían sacarse algunas clasificaciones, a saber: en orden a su gravedad, en delitos de los cuales conoce el juez y de aquellos más graves que conoce el Consejo de Guerra; por su naturaleza, en delitos, sólo puede cometer el militar en servicio, y que pueden

realizarse fuera del servicio; por su voluntariedad: delitos intencionales y no intencionales, o de imprudencia. Dentro de esta clasificación el Código resuelve el concepto de los delitos intencionales, presumiendo la intencionalidad siempre y en los incisos del Artículo 102 deja resueltos los problemas del "error de hecho y de derecho", la "preterintencionalidad" y la "ignorancia de la ley", dando sobre ellos atinadas soluciones. Otra clasificación hace el Código de delitos genuinamente militares o profesionales y por accidente: sobre los primeros no se ofrece duda o cuestión doctrinal ni positiva acerca de su inclusión en las leyes de guerra, pero no sobre los contrapuestos a ellos o sean los delitos accidentalmente militares que presentan vivo el problema sobre si deben o no ser recogidos dentro de las legislaciones penales de guerra; la solución depende de la extensión que se atribuya a la disciplina del Ejército. El Código ha incluido tales delitos comunes dentro de su articulado.

4.- Grados de Realización: El delito recorre un camino representativo de su amplia y variadísima realización y el Profesor Carrancá apunta que en la vida del delito concurren una actividad mental y otra muscular y aceptando las expresiones antes dichas, se distinguen en el conjunto realizador del delito dos períodos: uno externo y otro interno.

Dentro del Derecho Penal Liberal, tanto común como mili

tar, se admite sin reserva que los actos internos no son punibles; no es sino hasta cuando son externados, cuando pueden - ser reprimidos y castigados, por que entonces es cuando lesionan a la disciplina penal. Más aún dentro de ellos se consideran, los llamados "actos preparatorios", y aún se precisa -- que existen actos que, aun cuando sean preparatorios de delito como ellos revelan la peligrosidad del delincuente y la voluntariedad con que la acción ha sido ejecutada, deben tenerse - en cuenta a efecto de la graduación de la pena y por lo demás cuando el delincuente no persigue la realización delictiva de los hechos, quedan sin castigo y son de tipo indiferente.

Ello ocurre con la "conspiración", "proposición" y "provocación de ciertos delitos militares muy graves aun cuando - de cuyos actos no todas las legislaciones los han hecho delitos completos; ejemplo de ellas es el Código, con el delito - de proposición a la traición y la rebelión. Algunas legislaciones penales han aplicado a delito intentado, el Código llama "conato", una pena notablemente menor que si el delito se hubiere consumado y sin la consideración de que algunos de -- ellos, no todos, en interrumpiéndose por voluntad del delincuente, merecen consideración análoga a los actos preparatorios.

Cuando los actos llegan a su total realización, pero -- con ella no se alcanza el resultado apetecido, ya sea por im-

posibilidades de la comisión del delito, porque los medios -- sean inadecuados o por causas ajenas a la voluntad del agente aparece el delito frustrado y se aplica una pena algo menor - que si se hubiera consumado. También dentro de esta etapa del delito se han considerado tipos de delitos completos, es decir, con penalidad idéntica que si se hubiera obtenido el resultado querido y ello se ha refutado como tal por ser estos delitos de mucha gravedad y extraordinaria trascendencia para el servicio, los delitos frustrados de traición y rebelión mi litar.

También existen en cuanto al sistema de definir y san-- cionar "la frustración" diversas formas, en las diferentes le gislaciones, siguiendo unas el sistema de dejar al Código Penal Común la definición y sanción, omitiéndose en el Código - Castrense todo concepto definidor.

Finalmente el "delito consumado" es el de coincidencia de voluntariedad y realización con éxito, que es el de mayor referencia de la Ley.

5.- Participación en el Delito Militar: El problema de la participación en el delito militar está informado por las normas y principios generales que la criminología común penal contiene, con algunas singularidades.

C.- PENAS.

a.- Pena en General.

1.- Concepto de Pena: Examinemos primeramente algunas de las consideraciones que se han hecho sobre el concepto PENNA.

PLATON, dijo que, si el delito es una enfermedad, la -- pena es una medicina del alma.

ARISTOTELES, refiriéndose a la pena expresó que, el dolor infringido por ella debe ser tal que sea contrario en su grado máximo a la voluptuosidad deseada; el maestro Carrancá y Trujillo en su obra: "Derecho Penal" comenta que este filósofo se adelanto al correccionalismo.

CESAR BECCARIA: La pena no tiene un fin de venganza ni aspira a anular el delito cometido, su finalidad es meramente preventiva, impedir que el reo cometa nuevos delitos y evitar que los demás lo imiten en el porvenir.

2.- Origen de la Pena.

Sobre este punto y consultando la obra de Ricardo abarca "El Derecho Penal en México", nos dice citando a Carrancá "que el origen histórico de la pena es la venganza del ofendi do, que más tarde se invoca a la divinidad como si fuera en - su contra todo delito y entonces la pena toma carácter de ven

ganza divina y finalmente la humanidad adquiere el concepto - del Estado, en cuyo nombre se impone la pena, como venganza - pública". Agregando que para este autor, "el origen filosófi - co de la pena es triple: la justicia absoluta, la utilidad - del castigo y la simpatía, o sea, su fundamento en la concien - cia de la sociedad".

3.- Progresión Histórica de la Pena: Acostumbran los -- autores, al exponer el progreso histórico de la pena señalar un primer período;

Epoca bárbara o de la Venganza Privada: En ella encon-- tramos que el impulso de la defensa de la venganza es la ra-- zón esencial de todas las actividades provocadas por un ata-- que injusto. Por falta de protección adecuada, que hasta mu-- cho después se organiza, cada particular, cada familia o cada grupo se protege o se hace justicia por sí mismo.

Los hebreos dejaron en el Génesis y Deuteronomio claras notas de los que significaba la venganza. Las primeras cos-- tumbres y leyes griegas, hasta Dracón, son prolijas en dispo-- siciones que confirman la idea de venganza reinante. Las Do-- ce Tablas, durante cuya vigencia el magistrado juzgaba los de-- litos privado de "injurias" imponiendo una composición talio-- naria a cargo del ofendido o de sus parientes, admitían como

legítima la venganza; y en general, las legislaciones que usan del talión y de la composición como remedios que suponen la venganza, son documentos confirmatorios de esta práctica.

La Venganza Divina: Las ideas de la divinidad nacieron juntamente con el hombre o al menos nuestras informaciones no alcanzan a separarlos; por eso es posible que se confunda en el conocimiento histórico los impulsos naturales hacia la venganza y la justificación buscada por el hombre atribuyendo iguales pasiones a sus deidades antropomorfas.

La pena, de origen mítico, cuya fórmula religiosa es el tabú de hacer o de no hacer (derivación clara e inmediata de la creencia y de la tradición), corresponde, originalmente a la base totemista de la sociedad.

Los ánimos de los hombres primitivos son fácilmente presa de la superstición, ellos atribuyen un significado sobre natural a las fuerzas de la naturaleza y las individualizan en otras tantas deidades simbólicas. Añádase que las más de las veces, el rey o jefe de la tribu reúne en sí y encarna el poder religioso, entonces la ofensa a él, se convierte en una ofensa a la religión, es considerada como delito merced a una concepción abstracta, prescindiendo casi de su persona concreta. Se compuso entonces una filosofía que descansaba en el supuesto de que ofendida la divinidad por el atentado cometido contra el grupo bajo su protección o contra cual-

quier otra persona de sus componentes, era preciso desagrarla por medio de un sacrificio suplicatorio, de un "supplicium", generalizándose entonces tal especie de venganza en -- nombre de las divinidades ofendidas, como explicación, justificación y fin de las medidas penales.

Venganza Pública: Con el crecimiento y desarrollo de la tribu, se afirma cada vez más la necesidad ineludible de la consolidación y de unión entre los miembros de la misma para luchar favorablemente contra las tribus enemigas. Esta necesidad explica la aparición de un poder central y director correspondiendo a la precisión de eliminar las causas de debilidad de la tribu. Causa principal de la debilidad debió ser considerada, sin duda, el sistema legal de la venganza y del talión por el cual se restaban defensores y brazos a la tribu, y se excitaban y perpetuaban odios y discordias en su seno. Además, poco a poco surge un embrión de idea económica, se cambian los objetos dándole un valor comercial; de aquí la idea de rescatar el derecho de venganza con el cambio de objetos. Fué seguramente bajo el influjo de estas razones y de estas causas que lentamente al sistema de la venganza y del talión se substituyó el de la composición, primero favorecida y después regulada e impuesta por el poder director y -- político. Así intervenía el poder social y surgía la primera condición para que se creara una auténtica punición.

Tendencia Humanitaria: El Cristianismo había desarrollado la semilla de la fraternidad, de la redención y de la enmienda, iniciando la substitución de las penas corporales por la prisión. En siglo XVIII se pide la dulcificación de la extremada dureza de las leyes penales y se reclaman garantías para el individuo contra la ilimitada arbitrariedad judicial. Esta es conocida con el nombre de tendencia humanitaria. (38)

El milanés César Beccaria, en su famoso libro "dei delitti e delle pene", que vió la luz tímidamente en el año de 1764, publicándose en forma anónima y fuera de Milán, su ciudad natal. En este libro se une a la crítica demoledora de los sistemas empleados hasta entonces, a la proposición -- creadora de nuevos conceptos y nuevas prácticas; pasó revista a la represión reinante, se pugna por la exclusión de crueldades y suplicios innecesarios; se propone la certeza, contra las atrocidades de las penas, suprimiendo los indultos y las gracias que siempre hacen esperar impunidad a los delincuentes; se orienta el castigo hacia el porvenir, subrayando la utilidad de las penas sin desconocer su necesaria justificación; se preconiza la peligrosidad del delincuente como

(38) Crisis del Derecho Penal en México, Edit. Jus-Mex. 1948.

punto de mira para la determinación de las sanciones aplicables y se urge por una legalidad de los delitos y de las penas, hasta el extremo de proscribir la interpretación de la Ley.

Postulaba también Beccaria la supresión de la pena de muerte.

Período Científico: Caracterizase éste por la honda transformación producida en el derecho penal a causa de la irrupción en su terreno de las ciencias penales. Merced a ellas ha comenzado a estudiarse la etiología de la delincuencia, a estimar en su producción el influjo de un considerable número de causas o factores por lo que ha dejado de considerarse el delito como una pura identidad jurídica escrita en el Código, para apreciarlo como una manifestación de la personalidad del delincuente; así se ha desplazado por completo el criterio de la sanción, antes estrictamente basado en la apreciación de hecho punible, y hoy además del delito se toma muy en cuenta la personalidad del delincuente. La pena en esta nueva dirección no tiene un fin puramente retributivo, sino un fin de defensa social que se realiza por medio de corrección, de intimidación o de eliminación del penado. Para ellos se reputa necesaria la adaptación de la pena a la persona del delincuente (individualización), lo cual presupone el conocimiento del penado basado en su estudio biológico. Este nuevo espíritu va adquiriendo cada día mayor difusión en las

legislaciones penales. (39)

Este momento científico conserva el espíritu individualista característico de la tendencia humanitaria, así como el sentido de prevención especial y la aspiración reformadora.

4.- ESCUELAS

Escuela Clásica: Las penas que originalmente se dividieron en naturales, legales y divinas, con la aparición de esta escuela se convierten en independientes de la justicia divina y se funda en el interés general.

El método seguido fue el deductivo de investigación científica, se caracterizó por un idealismo acrecentado.

Las tendencias dentro de esta escuela son: igualdad libre albedrío, entidad delito, e imputabilidad moral.

Entre los sostenedores de la Escuela Clásica tenemos: a Francisco Carrara, Pellegrino Rossi y Giovanni Carmignani.

(39) Cuello Calón. Eugenio, Derecho Penal (Parte General), Barcelona, - - 1945, Pág. 57.

Los principios básicos de la escuela clásica se pueden resumir en los siguientes:

- La imputabilidad moral, basada sobre el libre albedrío.
- La pena es un mal impuesto al delincuente en retribución del delito cometido.
- Su sentido individualista de protección y garantía contra posibles abusos y arbitrariedades. Manteniendo con esto el principio de la legalidad de los delitos y de las penas -- (nullum crime, nulla poena sine lege).
- La exclusiva atención a la acción criminal, al delito, con casi completo descuido de la persona del delincuente.

Escuela Positiva: A fines del siglo XIX, aparece la corriente materialista, como el positivismo y el materialismo histórico.

El positivismo surge a consecuencia del auge de las ciencias naturales, oponiéndose al pensamiento anterior, niega rotundamente el libre albedrío dando como consecuencia la negación del deber ser.

El método en el cual se basó esta escuela es el inductivo, el pensamiento científico descansa en la observación y la experiencia. Por lo que respecta en relación al derecho, el Lic. Fernando Castellanos nos enuncia: "Si bien para toda - -

ciencia de la naturaleza, cuyo fin es conocer las cosas y los fenómenos e indagar sus causas inmediatas y las leyes a las que se hallan sometidas, es imprescindible el método experimental, no resulta así, en cambio, para el Derecho, por no ser ciencia de la naturaleza y diferir radicalmente de toda disciplina que tiene a ésta por objeto." (40)

El delincuente se caracteriza por la anomalía moral y somática, "distinguió el delito natural del legal, entendió por el primero, la violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad. Consideró como delito artificial o legal, la actividad humana, que contrariando la Ley Penal, no es lesiva de aquellos sentimientos". (41)

Escuela crítica: Cuyos creadores fueron Alimena y Carvevale, acepta de la positiva la negación del libre albedrío la concepción del delito como un fenómeno individual y social y la orientación al estudio científico del delincuente y la criminalidad; y de la escuela clásica acepta el principio de responsabilidad moral y la distinción entre imputables e inimputables, pero separándose de ella considera el delito como el acto de un ser dotado de libertad.

(40) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., pág. 60

(41) Castellanos Tena, Fernando, Ibid., pág. 62

5.- Clasificación de las Penas: Las penas pueden ser clasificadas, teniendo en cuenta el bien de que por efecto de su imposición resulta privado el delincuente, en las siguientes categorías: contra la vida; contra la libertad; corporales; - pecuniarias; y contra ciertos derechos.

La pena de muerte es la única pena capital. Penas contra la libertad, consisten en la reclusión del condenado en un establecimiento destinado al efecto, bajo un régimen determinado por la ley; las restrictivas de la libertad son las -- que limitan la libertad del penado, especialmente en cuanto a la facultad de elegir lugar de residencia; pero es posible -- considerar que las penas contra la libertad son de carácter - aflictivo. Penas aflictivas, en el sentido estricto de la palabra, serían aquellas que responden al propósito de ocasionar un dolor. Ya no existen en ninguna legislación. Estas no son corporales, como suele llamársele con impropiedad pues tal calificación no puede corresponder sino a las que el condenado sufre en su cuerpo, como los azotes, marcas, mutilaciones. etc. Las penas pecuniarias o patrimoniales son las referidas a la privación de derechos económicos de los penados como la multa y la reparación del daño. etc. Las limitativas - de ciertos derechos son las que, tienden a privar al delincuente de determinados derechos como consecuencia de su indignidad o incapacidad para ejercerlo como la destitución de funciones, pérdida o suspensión de la patria potestad y la tutela, etc. Las penas infamantes son las que obedecen al propó-

sito de mancillar el honor del condenado; tienden en la actualidad a desaparecer.

b.- Penas en el Derecho Militar.

1.- Origen en el Derecho Militar: El origen del Ejército lo encontramos desde que los hombres empezaron a sentir la -- necesidad de vivir en sociedad, y mientras ésta progresaba en su organización, el Ejército evolucionaba corriendo pareja -- con la misma.

Los grupos sentían la necesidad de organizarse para sobrevivir y al mismo tiempo sentían la necesidad de protegerse de los otros grupos con los cuales frecuentemente sostenían -- luchas, ya sea para arrebatarse los animales que cazaban o -- los frutos que recogían, o bien, para defender a sus familiares o las tierras que cultivaban.

Una referencia particular a la organización y a los ejércitos que operaron en el territorio de Anáhuac, nos muestra -- el punto:

Los principales dignatarios del reinado de México, eran: el Cihuacohuatl, Ministro Supremo de Justicia y de la casa -- del Rey; el Tlacochealcatl, Generalísimo Superior de la Casa de Armas; el Atempanecatl, Gran Director de las Aguas; el -- Etzhuacatl, Jefe de la Sangre y el Tliltlancaqui, Amo de la --

Casa Negra todos ellos componían el Consejo de la Monarquía y elegían al que les parecía más apto para los negocios públicos y le daban la Corona..

Las prisiones eran de dos clases: una llamada Teilpilo--yan, en donde encerraban a los deudores que rehusaban pagar sus deudas y para los que no estaban condenados a muerte. La segunda era el calabozo llamado Cuauhcalti, es decir, casa de madera, por que estaba construída de ese material y era donde se encontraban presos los individuos condenados a muerte y -- los prisioneros de guerra que esperaban la hora de ser sacrificados, para ofrecerle su sangre a los dioses, ya que los delincuentes que eran condenados a muerte no eran dignos de ser sacrificados y ofrecidos religiosamente.

Si llegaba a fugarse algún prisionero de la casa de madera, los habitantes del barrio donde estaba la prisión, -- eran obligados a pagar al dueño del prisionero fugitivo un -- esclavo y cierta cantidad de vestidos.

Estas tribus preparaban a los varones desde la niñez para el combate, y al cumplir cierta edad, se entregaban al Estado para que hicieran su aprendizaje militar y concurrieran a prestar ciertos auxilios en la campaña.

Las jerarquías de los miembros de las tribus se mantenían rigurosamente, y había un gran respeto de inferior a su-

perior; los subalternos ascendían en jerarquía de acuerdo con los prisioneros que hicieran durante el combate. Sobre estos subalternos, se elevaban los guerreros de casta.

También tenían tres órdenes militares, y éstas eran la de los caballeros "tigres", caballeros "leones" y los caballeros "Aguilas". Los primeros, mandaban grupos de cuatro a seis escuadrones y los últimos de tres a cuatro. El distintivo de tales caballeros era el tocado, que consistía en la cabeza disecada del animal que les daba su nombre y en manto de pieles o plumas de los mismos. Entre estos caballeros se escogían los que formaban el Consejo del Rey y éste decidía sobre las cuestiones de guerra contra otras tribus, buscando la aprobación del Monarca, que les precedía como Jefe Supremo de las Tropas; los caballeros que formaban el Consejo del Rey, tomaban el nombre de caballeros del "Sol".

En la época precolonial no se puede hablar de jurisdicción militar como una institución jurídica, sino que más bien se manifiesta ésta, como la unidad de poder que tenía el Rey o cacique, el estado permanente de guerra en que se encontraban los pueblos de Anáhuac y la ausencia de un concepto diferencial entre el delito común y el delito militar.

Los militares y la nobleza eran juzgados por tribunales especiales. Una sala del palacio real se destinaba para la reunión de los capitanes en consejo de guerra. En otra sala

se reunían los soldados, nobles y hombres de guerra para juzgar de los delitos de que fuera acusado cualquier militar, -- sin importar la clase de delito que se le imputara.

La pena principal era la de muerte, pues se castigaba -- con ella la insubordinación, el abandono del puesto, la deserción y la cobardía.

Pasemos en seguida a hacer una descripción aunque sea -- muy somera del Ejército que traía el Conquistador Hernán Cortés.

La historia nos enseña que el Ejército del conquistador se componía de "capitanías" y cada una de ellas traía un alférez, que era lo que hoy llamamos abanderado; las "capitanías" obedecían al Maestro de Campo Segundo del General, grado que hoy corresponde al de Coronel, estando compuestas por arcabuceros, ballesteros, rodeleros (armados de rodela y espada) y piqueros.

Algunos historiadores nos dicen que los soldados que -- traía el conquistador eran reacios a la disciplina y no hay -- datos concretos, sobre la forma en que se hiciera justicia; -- pues aunque este Ejército se encontraba regido por las ordenanzas de los Reyes católicos, don Fernando y doña Isabel, y por los del Emperador Carlos V, se sabe que a Nuño de Guzmán

y a Pedro de Alvarado se les inició proceso en las audiencias comunes, no obstante de que los delitos que se les acusaba, - tenían mucha conexión con sus funciones militares, que se pueden calificar como perpetrados en actos del servicio o con motivo de él.

Después de esta época y realizada la conquista, empezó - el virreinato de la Nueva España, y que recibía tropas debi-- damente equipadas y disciplinadas.

Proclamada la Independencia de México surgió por decirlo así un nuevo ejército, que sus caudillos procuraron organizar y moralizar, observando desde luego las leyes españolas que - se encontraban vigentes y que no estaban en contradicción con las ideas que defendían.

La Independencia de México la inició el pueblo que no estaba preparado para las armas, pues ni contaba con ellas, y - sólo peleaba con piedras y palos, siendo muy grande su falta de organización y aún más, su falta de disciplina.

Uno de los más destacados Insurgentes que pudo organizar y disciplinar a la gente que tenía bajo sus órdenes, fué el - cura don José María Morelos y Pavón, quien fué nombrado lugartente del Cura Hidalgo; este Insurgente en unos cuantos -- días organizó tres mil hombres con los cuales alcanzó muchos

triunfos, por lo que se le ha calificado como un verdadero -- soldado organizador.

Durante los once años que duró la guerra de Independencia, vemos que surgen nuevos grupos mal armados y mal organizados, resaltando sólo aquellos que alcanzaron una educación militar debida y sucumbiendo los que no estaban disciplinados.

2.- Clasificación de las penas.

La duración que la Ley asigna a las penas puede ser, también, un criterio para clasificarlos. Hay así, penas perpetuas y temporales. Por esta misma razón en la ley penal militar vigente tenemos, penas de prisión ordinaria y también de prisión extraordinaria..

Las penas según el Código de Justicia Militar vigente -- son: I Prisión ordinaria, II Prisión extraordinaria, III Suspensión de empleo o comisión militar, IV Destitución de empleo, y V Muerte.

Toda pena temporal tiene "tres términos: mínimo medio y máximo. Cuando para la duración de la pena estuviere señalado en la ley un solo término, éste será el medio; y el mínimo y el máximo, se formarán, respectivamente deduciendo o aumentando de dicho término, una tercera parte. Cuando la ley fijare el mínimo y el máximo, de la pena, el medio será la semi

suma de estos dos extremos". (42)

La pena de prisión ordinaria consiste en la privación de la libertad desde dieciseis días a quince años.

La pena de prisión extraordinaria es la que se aplica en lugar de la de muerte.

La pena de suspensión de empleo o comisión se encuentra contemplada en el Código de Justicia en los artículos 131 y 132 y consiste "en la privación temporal del que hubiere estado desempeñando el sentenciado y de la remuneración, honores, consideraciones e insignias correspondientes a aquél, así como del uso de condecoraciones para todos los militares, de -- distintivos para los individuos de tropa y de uniforme para los oficiales".

Por lo que respecta a la relación de las penas con las medidas de seguridad consideramos que se confunden los términos.

(42) Código de Justicia Militar, Tomo I, Taller E.M., Sria. Def. Nal. --- 1985, pág. 51

D.- LA PENA DE MUERTE.

El tema de la pena de muerte, como dice el Dr. Carran--
cá y Trujillo "ha sido y será discutido incesantemente.

En tan autorizada expresión notamos que aunque ha sido -
discutido el problema, no se ha llegado a una solución unáni-
me. Son muchos los juristas nacionales y extranjeros que opi-
nan en pro y en contra de dicha pena.

La pena de muerte fué de aplicación muy frecuente desde
la más remota antigüedad, y en nuestra opinión desde que apa-
reció el Derecho Penal, siendo éste tan antiguo que segun el
citado autor: "El Derecho Penal es tan viejo como la humani--
dad. Nació con ella, quizá antes que ella para los que admi-
ten las regulaciones en el mundo animal.

Des la más antigua codificación conocida, el Código de -
Ammurabi (2,300 años A.J.C.), hasta las más modernas y de na-
ciones más adelantadas, como Estados Unidos de Norteamérica,
Inglaterra, Italia, etc., conservan aún la citada pena sin --
que las corrientes abolicionistas hayan influido lo bastante
para su completa abolición.

En nuestro país, entre los antiguos mexicanos, la pena -
de muerte era de común aplicación; ponemos como ejemplo el --
Código Penal de Netzahualcóyotl, en el que se contaban como -

principales, la mencionada pena y la de esclavitud.

En la época colonial también se conservó, sosteniéndola a través de la Legislación Penal Española, y ya proclamada la Independencia, se le dió vigor por medio de decretos como el de 27 de Septiembre de 1823.

De la obra de los maestros Ceniceros y garridos "La Ley Penal Mexicana" tomamos los siguientes datos relativos al mencionado decreto y a otros que después fueron publicándose:

"En la capital agitábanse las facciones, los iturbidistas conspiraban en todas partes y la inseguridad era general por los numerosos bandidos que infestaban los caminos, tal -- fué el motivo del célebre decreto del 27 de Septiembre de - - 1823, en que se estableció el procedimiento sumario para juzgar" "a ladrones en despoblado o en cuadrilla de cuatro o - - más" y "a los malhechores que hiciesen resistencia ala tropa aprehensora", sometiendoles a la jurisdicción militar y por lo consiguiente a Consejos de Guerra, fuesen del Ejército Permanente o de las Milicias locales.

"Este decreto expedido por cuatro meses, su vigencia fué prorrogada por tiempo indefinido el seis de abril de 1824, -- diciéndose que "cuando se logrará extinguir a los salteadores

de caminos, el Gobierno lo avisaría al Congreso para que decretara la derogación.

El 7 de Septiembre de 1829, se dictó una Ley por la que se ordenaba reunir al Consejo de Guerra que juzgó a algún ladrón, para la aplicación del indulto imposición de la pena -- extraordinaria que procediera según la Ley.

El 30 de Mayo d 1843, se penó con dicha pena al que se - encontraré arrojando ácido sulfúrico u otro líquido incendiario, o al que se averiguara que lo hubiera hecho con objeto - de causar algún perjuicio.

El 27 de Septiembre de 1860, con objeto de atender la -- seguridad pública de la población restableciéndose el sosiego y la tranquilidad en sus habitantes, así como para corregir - los abusos que se cometen por algunos de los malos individuos que tomaban el nombre del Ejército para encubrir sus crímenes se dispuso que todo al que se aprehendiera con algún robo, -- cualquiera que fuera la clase a que perteneciera, sin más - - averiguación se pasaría en el acto por las armas.

"El 21 de Mayo de 1861, se ordenó a los Góbernadores que fusilaran a los ladrones y bandidos cogidos in fraganti".

"El 25 de Enero de 1862, se dictó la Ley por la cual se

condenaba a muerte a los que invitarán, o engancharan a los -
ciudadanos de la República para que sirvieran a otra potencia
o para invadir el territorio nacional;

"El 27 de Abril de 1867, se decreto la pena de muerte --
par a los ladrones, homicidas y estupradores".

"El 9 de Abril de 1870, se suspendieron las garantías en
cuanto se refería a los salteadores y piagiarios.

Por esto vemos que la pena capital se aplicó continuamen
te respaldada por los mencionados decretos, hasta que quedó -
plenamente establecida en nuestro Código Penal de 1871. No -
obstante, los constituyentes del 57, ya habían tratado el pro
blema de su abolición, pero en vista de que nuestro país ca--
recía de establecimientos penales para implantar el régimen -
penitenciario, no fué posible.

Pues bién, a pesar del régimen penitenciario estableci--
do, la pena capital no pudo ser abolida.

Los constituyentes del 17 no la abolieron, pero dieron -
margen a que pudiera suprimirse, ya que la parte final del ar
tículo 22 de nuestra Constitución quedo redactada en la si- -
guiente forma:

"Queda también prohibida la pena de muerte por delitos -

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al -
traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al ho-
micida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario,
al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos
de delitos graves de orden militar".

Quedó potestativo que los legisladores locales incluíra
o no en los Códigos Penales, lo que se pudo haber evitado, ya
que se trata de una cuestión tan trascendental, únicamente po-
niendo la palabra deberá por podrá en este caso se hubiera ne-
cesitado para abolir la pena de muerte, una reforma constitu-
cional.

Además, es de notarse que el citado artículo 22 quedó --
mal redactado cuando se refiere al homicidio calificado; pues
dice: "al homicida con alevosía, premeditación o ventaja", lo
que da lugar a pensar que debe imponerse la pena capital al -
culpable, de homicidio en que concurren cualquiera de los ci-
tados agravantes; en nuestro concepto debe aplicarse dicha pe-
na cuando concurren las tres agravantes; por lo que creemos -
que debe poner la copulativa, y, en lugar de la disyuntiva o,
a fin de no dar lugar a confusiones.

Volviendo al tema, como, dijimos antes, que no obstante
haberse establecido al régimen penitenciario, la pena capital
siguió en vigor, hasta que apareció el Código Penal de 1929,
en que quedó abolida la citada pena.

no encontramos argumentos sólidos para que la Comisión - Redactora de este Código hubiera suprimido al catálogo de las penas, la de muerte; pues los argumentos que esgrimieron fueron los mismos de los abolicionistas de todos los tiempos.

Para justificar nuestra opinión se transcribe lo que el mismo Presidente de la República en esa época, señor Licenciado Emilio Portes Gil, consideró como fundamentos para sancionar la abolición:

"Independientemente de los argumentos de carácter jurídico que a través de los años se han esgrimado a favor de la -- supresión de la pena de muerte, y que está acorde con la realidad mexicana, fué la que nos determino a sancioanr la abolición de dicha pena y fué ésta: Admitimos la réplica, pero -- contestamos a ella, diciendo que es necesario hacer un experimento de abolición de la pena de muerte para conocer, pasados algunos años, los resultados, seguros de que el tiempo habrá de justificar al Gobierno Provisional de 1929 de la adopción de la medida".

De esta manera vemos que fué suprimida la pena capital - en el Código Penal de 1929, sin tener una base sólida para -- fundamentar tal medida; pues según la propia expresión del Licenciado Portes Gil se trató de un "experimento" que a nuestro ver no dio buen resultado; pues los crímenes siguieron -- cometiéndose con mucha frecuencia y quizás con más saña y bru

tal ferocidad.

No obstante esta al parecer, en 1931 el actual Código -- penal Vigente, la Comisión Redactora de éste, conservó al mis mo criterio del ordenamiento de 1929, quizás porque sus compo nentes al adaptar una posición ecléctica, consideraron a las penas siguiendo los lineamientos de las Escuelas Positivas y de la Defensa Social.

Pero a pesar de estar abolida en la Legislación Penal co mún del Distrito Federal, hay muchos Estados que en el arti-- culado de sus Códigos Penales aún la conservan. Y el proble-- ma de su reimplantación siguió discutiéndose y al parecer las tesis de los abolicionistas siguieron triunfando.

En 1950 debido a los continuos crímenes que con derroche de perversidad se cometieron, se propusieron reformas al Códi go Penal y volvió a surgir el problema de reimplantación de - la pena capital, se discutió el problema acaloradamente; pues distinguidos juristas, emitieron opiniones a través de la - - prensa y la radio en pro y en contra del restablecimiento de - la citada pena.

Opinamos que el Estado no tiene derecho a matar es indis cutible desde ciertos puntos de vista; pero en cuanto a que -

tiene derecho a castigar eso no merece discusión alguna. Además, el Estado no tiene derecho sino el deber de educar, y como el deber es correlativo del derecho, al tener el deber de educar, tiene el derecho de castigar. Ahora bien, el Estado cumple con el deber de educar de una manera general, da los lineamientos y proporciona los medios a su alcance para que el pueblo se eduque y adquiera cultura en las aulas pero la verdadera educación que es la moral, se adquiere en el seno de la familia, y en un Estado democrático como el nuestro, -- nuestras mismas leyes lo autolimitan para no inmuscirse en el régimen interior de la familia; y en el seno de la misma es donde el criminal recibe los primeros malos ejemplos.

Sto. Tomás de Aquino en su obra "Tratado de Justicia" -- respecto a que si es ilícito matar cualquier viviente enuncia lo siguiente: "Nadie peca por usar una cosa conforme al fin para el que fue hecha. Y en el orden de las cosas las menos perfectas existen para las más perfectas, así como la naturaleza procede de lo menos perfecto a lo más perfecto en la generación. Y así como en la generación del hombre primero se da el ser viviente en general, luego el animal, y finalmente el hombre, así que también aquellos seres que sólo tienen la perfección de la vida, como las plantas, existen en función de los animales, y los animales en función del hombre. Por lo tanto, si el hombre usa las plantas para bien de los animales, y de éstos para el bien del hombre, no comete algo ilícito.

Sto. Tomás continua: como se ha dicho, es ilícito matar a los brutos animales cuando están bien ordenados según el -- bien comun del hombre, por su naturaleza, porque lo imperfecto está ordenado a lo perfecto. Pues toda parte está ordenada naturalmente al bien de la totalidad. Por ello, cuando lo requiere la salud del cuerpo humano, es necesario amputar un miembro canceroso que puede corromper los otros miembros, lo cual consideramos saludable y digno de alabanza.

Y cada individuo guarda con la comunidad la misma proporción que un miembro con todo el cuerpo. Por tanto, si algún hombre es peligroso y corruptor de la comunidad por su culpa, puede matarse laudablemente para la salud y el bien común de -- todo el cuerpo comunitario. Pues, como dice la primera carta a los Corintios: Un poco de Fermento corrompe toda la masa -- (5,6).

Por ello el Señor nos enseña, añade, que algunos casos -- es mejor dejar vivir a los malos, dejando el castigo para el último juicio, para no correr el peligro de que sean muertos también los buenos. Más cuando surge tal peligro para los -- buenos, el matar a uno de los pecadores, sino más bien se requiere la seguridad y la salvación de la comunidad, entonces puede lícitamente extirparlos como un mal miembro.

Que el mismo Señor algunas veces en el orden de su sabi-

duría ha matado a los malos para la liberación de los justos una vez que les ha concedido tiempo suficiente de arrepentimiento, cuando ello ha sido necesario para el bien de los elegidos. Y esto puede imitar la justicia humana, matando a los perniciosos; más cuando hubiese alguno que pecare gravemente pero sin daño grave para el resto de la comunidad, más bien tendrá que moverlo al arrepentimiento.

Por tanto, aún cuando sea pecaminoso matar a un hombre - que se ha mantenido en su dignidad humana, podrá algunas veces ser bueno al matar a un pecador, cuando se ha degradado - al nivel de la bestia. Pues el hombre perverso se hace aún - peor que la bestia, y es más nocivo.

Nosotros consideramos, que el hombre al tener razón y la libertad para elegir su forma de actuar, tiene el libre albedrío para decidir, si partimos que el libre albedrío consiste en la libertad moral que el hombre disfruta para determinar - sus actos en la vida, de tal manera que es completamente libre para escoger entre el bien y el mal; si opta por lo primero, su conducta estará de acuerdo con el sano sentimiento de la comunidad pero si por el contrario opta por el mal, desde luego es anormal su conducta y por lo tanto penalmente responsable de su elección, motivo por el cual debe ser castigado.

Podemos resumir que todo ser viviente tiene derecho a la vida. Pero es un derecho relativo y subordinado, no absoluto.

Otro caso sería el de la pena de muerte infligida a los delinquentes. Porque toda parte está subordinada al todo, como los miembros del cuerpo humano lo están al bien de la totalidad. Y así como es lícito al médico amputar un miembro enfermo cuando lo requiere la salud del cuerpo, así es lícito a la autoridad privar de la vida a un miembro de la sociedad que la corrompe, un peligro de su conservación sin embargo, no cualquiera tiene derecho a juzgar a otro ni la autoridad para castigarlo. Sino sólo aquel a quién toca el cargo de velar por el bien común. Por consiguiente sólo el gobernador de un pueblo, y no cualquier particular, tendría el derecho de castigar a un criminal no por cualquier delito, sino por aquellos crímenes que irreparablemente perjudican a toda la comunidad, solo es lícito a la autoridad privar al delincuente de su libertad por algún tiempo, el necesario para reparar el daño causado a la sociedad, o para evitar que siga lesionando el bien común.

Hemos visto que la pena capital, no obstante los argumentos de los abolicionistas, está justificada en el Derecho Penal, en General.

Ahora bien, en el Derecho Penal común positivo, no obstante su justificación, los casos en que se aplica o debe aplicarse, se ha ido reduciendo un número completamente limitado. Esto se debe a la influencia de las doctrinas, pues además de tomar en consideración el delito, se toma en cuenta

el delincuente en sus condiciones biológicas, psicológicas, -
sociales, etc.

Existen opiniones respecto a que es preferible no dar --
vigencia a la pena de muerte para evitar el riesgo de cometer
errores irreparables.

Estas personas olvidan que el derecho es una ciencia y -
no una mera práctica rudimentaria y que existe la dogmática -
del delito, que hace un juicio penal sea altamente eficiente
y que, en última instancia y dada la extrema delicadeza del -
tema, se podrían diseñar tribunales espaciales, colegiados, -
que bajo rigurosas condiciones legales, habrían de resolver -
exclusivamente estos casos, restringidos.

Nosotros hemos de partir de un Estado organizado y de --
un Ejército a su servicio, como elemento destacado de coac- -
ción y de defensa, y entonces percibimos con claridad que el
derecho de castigar al reo soldado emana de las facultades so
beranas y constitucionales del Jefe del Estado, que ostenta a
la par que la primera Magistratura de la Nación, el mando - -
Supremo del Ejército.

Así creemos sostenido jurídica y constitucionalmente el
derecho de castigar en el Ejército, que es derivado del poder
del Alto Mando y se extiende al Mando efectivo y a los Tribu-
nales Militares a que apunta el 13 Constitucional.

A.- SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO PENAL CASTRENSE.

Uno de los aspectos fundamentales del Derecho Militar o castrense es el problema de la sustantividad del Derecho Penal Militar, que es la más importante de sus ramas.

Se ha discutido con apasionamiento su dependencia de autonomía porque la sumisión o independencia del Derecho Penal Castrense en la relación con el Derecho Penal Común, depende de la preponderancia, la función y los fines asignados al Derecho Castrense en general.

El problema en concreto es si el Derecho Penal Militar es independiente del Derecho Penal Común, o bien se trata -- del Derecho Penal Común simplemente referido a la materia -- castrense.

Es indudable que los que niegan la autonomía del Dere--cho Militar, niegan igualmente la del Derecho Penal Castrense, y viceversa. Sostener que el Derecho Militar es simplemente el Derecho común referido a la materia castrense, es -- desconocer las enseñanzas de la historia, que es la gran -- maestra de la humanidad, y la cual nos muestra que en todas las épocas, la institución armada es la protectora del orden social y el brazo con el cual la sociedad mantiene su inde--pendencia.

Entre las materias de la extensa órbita de la vida del Ejército intervenidas por el Derecho, destaca como la primera y la más importante aquella que se conoce bajo la denominación del Derecho Penal Militar. Mientras que en otros órdenes jurídico-militares, los dictados reguladores aparecen diluidos entre los análogos de la sociedad en general, en la esfera jurídico-penal-militar, el Derecho se manifiesta con relevante cuerpo, con normas y principios sui generis y con leyes singulares que lo aíslan e independizan de las demás materias o manifestaciones jurídicas relacionadas con el Ejército.

Para poder comprender debidamente la sustantividad del Derecho Penal Militar, es necesario hacer una breve referencia al Derecho Castrense, del cual constituye su rama fundamental, y al Concepto del Ejército, ya que su objetivo es preservar la existencia de la Institución Armada y mantener su eficacia por medio de la estricta observancia de la disciplina. En otros términos, del concepto que se tenga del Ejército, dependerá la naturaleza que se asigne al Derecho Militar, y a su vez, al Derecho Penal Castrense.

Los tratadistas no se han puesto de acuerdo, en lo que es el Ejército, ya que es una institución tan antigua como la humanidad misma, tiene forzosamente que ser materia de innumerables discusiones y de variadísimas opiniones, las cuales van desde la de aquellos que ven en la milicia una fuerza que debe desaparecer con la evolución de la humanidad

hasta la doctrina que sostiene que Estado y Ejército son en esencia la misma cosa, ya que el Estado no tiene una fuerza, sino que es una fuerza en sí mismo. Nosotros no podemos afiliarnos a ninguna de esas tesis tan extremas, por lo que trataremos de asignar al Instituto Armado su verdadera naturaleza.

1.- El Ejército es una "sociedad perfecta", con fines y medios propios.

2.- Es un "instituto de administración" dentro del orden constitucional.

3.- Constituye una "institución constitucional", que es la doctrina de mayor rango y elevación.

Ahora bien, ya sea que consideramos al Ejército como -- una sociedad perfecta, un órgano de administración, o bien -- como institución constitucional (nosotros nos inclinamos por esta última concepción), tenemos que concluir que la naturaleza peculiar del Ejército impone una regulación jurídica -- autónoma dentro del campo general del Derecho; un ordenamiento con medios, objeto y finalidades propias e indispensables para cumplir con la misión importantísima que le está encomendada: la defensa de la soberanía exterior e interior de la Patria. Este conjunto de normas autónomas que regulan al Instituto Armado constituye lo que se conoce con el nom--

bre de Derecho Militar o Castrense, desde que con tal carácter fué establecido por el genio jurídico de los romanos.

Vicenzo Manzini afirma que la norma jurídica que tiende directamente a asegurar el mantenimiento de los fines esenciales de la Institución Militar "constituye un orden jurídico particular dentro del orden jurídico del Estado".

Ahora bien, podemos sostener de una manera categórica - la existencia autónoma del Derecho Castrense, el cual goza - de independencia desde su nacimiento, sin que como otras ramas del Derecho, actualmente independientes, haya formado -- parte en un tiempo, del Derecho Común, ya que desde el Derecho Romano existieron normas específicas para regular la disciplina y eficacia del Ejército. Y si el Derecho Castrense es autónomo, con mayor razón lo es el Derecho Penal Militar que como lo hemos venido sosteniendo, es la fundamental de - sus ramas, ya que sólo un conjunto de normas inspiradas en - la severidad más estrecha pueden asegurar el cumplimiento de los fines esenciales del Instituto Armado. La disciplina, - que impone los más penosos deberes, que incluyen el supremo sacrificio de la vida, que es el bien máspreciado del hom-- bre, sólo puede ser salvaguardada por normas penales, las -- cuales, además deben tener cualidades específicas que las -- distinguan del Derecho Penal ordinario, el cual, si bien trata de proteger bienes jurídicos que la sociedad ha considerado importantes, no tiene como función asegurar la eficacia -

de una institución de fines Supremos, como son los que animan al Ejército.

El estudio sobre la sustantividad del Derecho Penal Militar no estaría completo si no hiciéramos referencia aunque fuese brevemente a la Jurisdicción Marcial.

La sustantividad de la jurisdicción castrense no es sino una consecuencia lógica de la naturaleza del Ejército y de la autonomía que hemos asignado al Derecho Militar. Siendo el Instituto Armado un órgano constitucional, es necesario que posea su propio fuero a fin de realizar debidamente su objeto, puesto que someter las violaciones sufridas por la disciplina bélica a la potestad de los tribunales comunes equivaldría a nulificar por completo las disposiciones específicas del ordenamiento castrense.

Podemos concebir a la jurisdicción castrense como la potestad autónoma de que goza el Instituto Armado para juzgar y sentenciar los delitos y faltas en contra de la disciplina militar, así como la facultad de ejecutar sus determinaciones, aplicando las sanciones correspondientes.

Dicha potestad deriva de la estructura constitucional del Ejército, y puede ser implícita o bien estar establecida en forma expresa en las leyes o hasta en la propia Constitución Política; esto último ocurre en nuestro país, donde la

Jurisdicción Militar está consagrada en los artículos 13 y - 89 constitucionales. En sí el Código de tales preceptos establece en su artículo primero tribunales específicos para - la administración de la justicia castrense: "ARTICULO 1º.- - La justicia militar se administra: I.- Por el supremo Tribunal Militar; II.- Por los consejos de guerra ordinarios; - - III.- Por los consejos de guerra extraordinarios; IV.- Por - los jueces".

Podríamos resumir las razones que se han aducidos para justificar la subsistencia de la jurisdicción que nos ocupa por su propia substancia; Razones prácticas o empíricas: 1a. La necesidad de vigorizar la disciplina y el respeto a los - Jefes, consiguiéndose cuando éstos son a la vez juzgadores y superiores. 2a.- La dificultad que encontraría la jurisdic-- ción ordinaria para entender los delitos de índole militar, ajenos a la competencia técnica de los jueces de esta jurisdicción. 3a.- Lo difícil y escasa en resultados prácticos -- que sería la actuación de los jueces del orden común o federal en el interior de los cuarteles y establecimientos militares. 4a.- La solución de continuidad que representaría el desplazamiento de un ejército a país extranjero, maniobras o campañas. 5a.- La incompatibilidad que produciría la situa-- ción de procesado ante el fuero común o federal con los deberes militares. 6a.- La necesidad de un procedimiento rápido y expedito y algunas veces sumarísimo, a fin de que la pena sea inmediata al delito. 7a.- La mayor ejemplaridad que pro

duce el proceso seguido en el seno mismo del instituto armado, por alcanzar su publicidad a los compañeros de armas y servicios del delincuente. 8a.- La naturaleza de la institución militar, que obliga a castigar con penas severísimas, delitos de escasa o nula significación de la vida ciudadana, tomando por ejemplo las lesiones inferidas a un superior en mando o en categoría, o tipificar delictivamente actos que no sancionan con el elemento civil; por ejemplo, los actos contrarios a la hombría.

II.- Razones filosóficas. Estas se buscan en la naturaleza del ejército y siendo éste de naturaleza constitucional así también es toda la materia jurisdiccional.

El ejército y sus tribunales son constitucionales por estar incluidos en la Carta fundamental de la República y además, encomendándose al ejército la suprema y última defensa del Estado y la Nación, no se le pueden escatimar los medios necesarios para conseguir su cometido, y uno de éstos es la institución y actuación de los Tribunales Castrenses, sin los que sería imposible el mantenimiento de la disciplina, y la existencia del Instituto Armado.

B.- ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE EL DERECHO PENAL COMUN Y EL DE
DERECHO PENAL CASTRENSE.

Vamos a tratar de distinguir entre las normas del Derecho Penal Común y las del Derecho Penal Militar.

En primer término es preciso señalar las semejanzas que guardan ambos órdenes punitivos, los cuales como ordenamientos represivos que persiguen como fin inmediato la conservación de las normas Jurídicas relativas, y que tutelaban aquellos bienes que la sociedad ha considerado dignos de especial protección, tienen afinidades tan estrechas que el mismo nombre de ambas disciplinas está indicando su conexidad, en cuanto a su relación con el Derecho Penal Común no puede ser más estrecha y determinada. El Derecho Militar, tiene dos órdenes de preferentísima atención, a saber: el delito y la pena.

Ambos, en sus conceptos fundamentales han de considerarse conforme a los dictados prestinos de la Ciencia y Derecho Penal, 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 para qué incluirlos 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 presupuesto penal. El concep

to abstracto del delito, de sus grados de ejecución o de participación criminal y determinación de circunstancias penales; éstos en buena sistemática penal militar, no tiene más referencia ajena a los postulados penales comunes que los específicamente militares. Por ello existe relación o afinidad entre el Derecho Penal Común y el Militar.

Ahora bien analizaremos así las semejanzas:

a.- Desde el punto de vista de su finalidad: Para encontrar la diferencia entre los fines del Derecho Penal Común y del Derecho Penal Militar, debemos partir del principio de que todo: grupo, institución, sociedad, estado o nación, tiene sus principios y fines, completamente diferentes unos de otros.

El Estado, por ejemplo, puede tener fines diversos, según que en su régimen gubernativo, prevalezca un sistema: absolutista, democrático, liberal, etc., etc. En el Estado absolutista se trata de controlar, tanto el aspecto jurídico, como el político y el económico; considerando que el individuo es incapaz de poder ni tan siquiera administrar sus propios bienes. En cambio en un Estado demócrata, como el nuestro, el Estado realiza preferentemente sus fines político-jurídicos; y para el libre desarrollo de sus funciones públicas internas la defensa de su soberanía e instituciones fundamentales y la integridad de su territorio, crea al Ejército.

De otro lado para la seguridad y defensa del orden social aprovecha el Estado, el Derecho Penal, que de este modo no puede menos de tener sus propios fines y para el logro de los cuales se vale de varios medios, a cuales más valiosos y de mayor eficacia.

Por lo que respecta al Derecho Militar, tiene como fin principal, la protección de la disciplina (sinónimo de orden respeto y cumplimiento del deber) militar y la cual como repetidamente hemos dichos, es la base de un Ejército organizado.

La Institución Ejército tiene a su vez, determinado sus fines supremos, que son: Los de velar por la seguridad interior; defensa exterior de la Nación y por el imperio de la Constitución y de las demás Leyes. Preceptos que encontramos estipulados en el texto del artículo 89 fracción VI constitucional, y fracción I de las Bases Generales, en la Ley orgánica del Ejército y Armada Nacionales.

Encontramos una cadena fuertemente eslabonada, entre las finalidades que persigue el Derecho Penal Militar, con los del Ejército, cuya existencia es además indispensable, como hemos dicho, para la creación y sostenimiento de un Estado libre y soberano, que a su vez tiene sus fines esenciales; y también encontramos, en común, que para el logro de sus fines, tanto del Estado como del Ejército, emplean como

medio, el establecimiento de preceptos o mandatos, de carácter marcadamente imperativo; declaratorios aquellos de obligaciones de hacer o dejar de hacer alguna cosa, reforzados por las penas, establecidas en el Código de Justicia Militar para sancionar las infracciones cometidas contra los propios mandatos.

b.- Desde el punto de vista de los bienes jurídicos que tutela: A este respecto nos dice el Lic: Carranca lo siguiente, en su obra "Derecho Penal Mexicano": "El fin del Derecho en general es la protección de los intereses de la vida humana. Pero no corresponde al Derecho Penal tutelarlos todos -- sino sólo aquellos intereses especialmente dignos y necesarios de protección, la que se les otorga por medio de la amenaza y ejecución de la pena; es decir, aquellos intereses que requieren una defensa más enérgica. (43)

Contratadamente a lo que ocurre con el Derecho Penal ordinario, el Derecho Punitivo Castrense no tutela los bienes de la vida humana, sino los de la existencia del Estado, la vida del Estado, exigiendo el sacrificio de los segundos para la salvación de la sociedad. En tal virtud, la vida humana, el bien más celosamente protegido por el Derecho Penal, es limitado seriamente y aún contradicho por el Derecho Castrense, ya que inclusive exige al militar el sacrificio supremo de la vida si fuese indispensable para la salva-

(43) Carranca y Trujillo, Raúl, Op. Cit., pág. 26.

ción de la Patria, porque la Patria es más sagrada que la vida de sus hijos. Y qué decir de la libertad tan celosamente defendida por el Derecho Penal, mientras que es negada por el Castrense: el soldado no es libre está sujeto a la férrea pero noble dictadura de la disciplina bélica, en tal virtud no puede abandonar en ningún momento su puesto, e inclusive ni distraer la atención del objeto que se señala, como en el caso del centinela, sin peligro de incurrir en graves sanciones, no puede emitir libremente su opinión, del mismo modo son apreciados y por tanto tutelados en forma diferente por ambas disciplinas, el honor, la propiedad, la obediencia, -- etc., y todo lo cual deriva de las diferentes finalidades -- que persiguen y que son de muy diversa jerarquía.

c.- Desde el punto de vista del delincuente: Las corrientes modernas del Derecho Penal, y que inspiran la mayor parte de las legislaciones de nuestro tiempo, parten de un principio fundamental: "NO HAY DELITOS SINO DELINCIENTES", -- llegando inclusive a extremar esta orientación, por la opinión de algunos autores que completan el principio anterior, agregando "NO HAY DELINCIENTES SINO ENFERMOS". En tal virtud el vértice fundamental de la norma punitiva es el delincuente y no el delito, siguiendo al criterio subjetivista imperante. Esos son los postulados de la Escuela Positiva, que es la predominante en la Doctrina y en la Legislación. En -

la deserción, en los cuales basta la ausencia del militar a -- las revistas del servicio, o su alejamiento del sitio de su -- asignación, aunque sean involuntarios, si se verificaron sin el permiso correspondiente o por causas imputables al propio servicio, para que el infractor sea castigado como desertor.

En vista de este criterio preponderantemente objetivo -- que siguen los Códigos Militares (y que se ha mantenido invariablemente a través de las distintas épocas), en contraposición con el subjetivo que han adoptado los modernos Códigos -- Penales, algunos autores afirman que en materia castrense el principio "IN DUBIO PRO REO" debe ser substituído por el de -- "IN DUBIO PRO DISCIPLINA".

d.- Desde el punto de vista del delito: En primer tér-- mino debe hacerse notar que existen delitos netamente milita-- res, es decir, que se trata de actos u omisiones intrascenden-- tes en la vida ordinaria, pero que asumen caracteres de grave-- dad en cuanto violan la disciplina militar, tales como la insu-- bordinación, deserción, cobardía, inutilización voluntaria pa-- ra el servicio, etc., y otros hechos que si bién son sanciona-- dos por las leyes administrativas como delitos o faltas le-- ves en materias castrenses asumen una gravedad extrema: deso-- bediencia, insumisión, sueño del centinela, murmuración, etc.

Refiriéndonos al delito militar, es éste uno de los po--

los de la disciplina. Ella por su propio sentido de utilidad y de su aplicación represiva, hace del delito la primera y -- más destacada de sus instituciones.

Todo delito cuyo autor está sujeto a la jurisdicción castreña en su acepción más usual quieren decir, infracciones - que con objeto de disposiciones especiales de las leyes punitivas militares y restringidamente designan aquellas infrac-- ciones que solamente pueden ser cometidas por militares en razón de las obligaciones particulares que por tal calidad les corresponden. Analizando el Derecho Positivo encontramos que los delitos más comunes, militares o mixtos. Comunes son los que creados por la ley Penal Ordinaria; militares los que formula el Código marcial y mixtos los que una y otra legisla- ción consignan.

La violación de los deberes generales impuestos por la - Ley Penal a todos los individuos indistintamente, es un delito común y si se infringe un deber impuesto sólo a determinadas personas en virtud de una situación, de un cargo o de una profesión, se comete un delito especial que se llamará "fun-- cional", si se realiza en el ejercicio del cargo o de la función. De esta naturaleza es el delito militar. Se advierte - ya que en tal forma no puede explicarse ni el delito mixto ni el hecho de que los delitos comunes puedan ser militares.

e.- Desde el punto de vista de sus fuentes formales: Es

universal el principio de que ningún delito y ninguna pena - pueden establecerse sino en una ley previa a los hechos, que se condensa en el adagio latino que dice: "Nullum delictum, - nulla poena sine previa legem", lo que quiere decir, que la - única fuente formal del Derecho Penal es la ley, ley que debe serlo también en sentido formal, es decir, una disposición normativa de carácter público, general y permanente, y además -- emanada del Poder Legislativo. Y tan sagrado se considera -- tal principio que nuestra Constitución Política lo consagra - solemnemente en su artículo 14 como una de las garantías individuales de que goza todo habitante de nuestra Patria. Sin - embargo, el Derecho Penal Castrense tiene una fuente diferente que apareció desde tiempo atrás y la cual carece del carácter de disposición legislativa formal; tal es el "bando militar", el cual si bien es un ordenamiento de carácter general, no emana del poder legislativo sino de los jefes militares. - El bando militar es, en consecuencia, una disposición de carácter general que se publica de acuerdo con los procedimientos establecidos en las ordenanzas marciales y que dicta el - mando militar para hacer frente a una situación en que se 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 está subordinada, así, se llega a la conclusión de que mientras el Derecho Penal sólo tiene una fuente: la ley, y ley en sentido formal, el Derecho Penal Castrense tiene además de la ley, al "bando militar".

f.- Desde el punto de vista de la pena: En el Derecho - Castrense la pena es el castigo que se aplica al infractor de la disciplina, y tiene como objetivo evitar subsecuentes violaciones por medio de la intimidación y escarmiento del delinuente militar, y que lleva consigo el fin de su ejemplaridad respecto de todos los integrantes del cuerpo armado. Hay una marcada diferencia la pena militar respecto de la común, ya - que la primera asume caracteres de mayor severidad que la segunda.

"... el Congreso Penitenciario de Praga (1930) votó que las penas deben estar acompañadas indispensablemente por las medidas de seguridad, cuando aquéllas sean ineficaces o insuficientes para la defensa social." (45)

En la materia penal común, el juez goza de amplias facultades para individualizar las penas de acuerdo con las circunstancias del delito, el delincuente, la víctima, el daño - causado, etc., para lo cual las leyes punitivas modernas establecen márgenes muy amplios entre los mínimos y los máximos de las sanciones, a fin de que los juzgadores puedan ejercitar su arbitrio en forma adecuada; y a la inversa, los Códigos Militares fijan márgenes estrechos a la aplicación de las penas.

(45) Carrancá y Trujillo, Raúl, *Ibid.*, pág. 712.

CAPITULO SEGUNDO

- I.- BREVE RESEÑA HISTORICA.
 - A.- EPOCA PRECOLONIAL
 - B.- EPOCA COLONIAL.
 - C.- EPOCA INDEPENDIENTE.

- II.- CONCEPTO DE ABANDONO DE SERVICIO.
 - A.- CONCEPTO ETIMOLOGICO Y GRAMATICAL.
 - B.- CONCEPTO JURIDICO MILITAR.

- III.- ELEMENTOS DEL TIPO DE ABANDONO DE SERVICIO.
 - A.- ELEMENTOS OBJETIVOS.
 - B.- ELEMENTOS SUBJETIVOS.
 - C.- ELEMENTOS NORMATIVOS.
 - D.- ATIPICIDAD.

I.- BREVE RESEÑA HISTORICA.

A.- EPOCA PRECOLONIAL: El Estado tiene su origen en el establecimiento definitivo de una tribu sobre un territorio determinado, la convivencia continua y permanentemente de todos los miembros pertenecientes a una misma colectividad sobre un territorio. En este tiempo dominaba en Anáhuac una triple alianza de estados y príncipes: México (Tenochtitlán), Texcoco y Tlacopan (Tacuba). Los tres estados eran soberanos, pero aliados.

Al respecto que, como el delito de "abandono de servicio" está considerado dentro de los delitos represivos en la legislación castrense, debemos estudiarla hasta donde ha sido posible encontrar su origen.

En la Cultura Maya: a los traidores a "los súbditos de (Ah Cocom) primeramente los arrojaron en las cuevas y les destruyeron los ojos en la gran cueva de la comadreja. No hubo a quién los ojos no hubiesen destruído en la cueva." (47)

En la crónica del Ejército Maya, se expresa que la persona que cuidara para que al arribar el enemigo no fueran sorprendidos los ejércitos mayas, que se separasen del lugar se-

(47) Carrancá y Trujillo, Raúl, Historia del Derecho Penal Mexicano Parte General, 2a. Edic., Editorial Porrúa, Méx., pág. 45.

rían castigados con la pena de muerte. (48)

"... Cuando el Rey tomaba el trono, se le hacía protestar el cumplimiento de las leyes aztecas, el cuidado de la religión..." (49)

"Para que el Rey o el Príncipe obrará según su misión tenía a su lado un cuerpo de Ministros que eran sus Consejeros y así el Ministro de Justicia, el Ministro de Cultos, el Ministro de Hacienda y el Ministro de Guerra, que el llamaban "Tlacochcatl".

Entre sus funciones operaba como Supremo Tribunal de Apelación. La guerra para los Aztecas se iniciaban mediante una triple intimación al enemigo, entre las que mediaba un plazo de 20 días entre cada una de ellas a efecto de someter al pueblo rival bajo ciertas condiciones. (50)

Por otra parte, los Aztecas tenían ya delineada una Legislación en la que se encuadraba la Legislación Castrense es decir, ya existía una jurisdicción debidamente establecida, así en las salas del Palacio Imperial, funcionaba un Consejo

(48) Moreno, Daniel, Op. Cit., pág. 25

(49) Saucedo López, Antonio, Op. Cit., pág. 41

(50) Saucedo López Antonio, *ibid.*, pág. 42.

de Guerra integrado por Capitanes del Ejército Azteca, cuya función era la de juzgar a los Guerreros que infringían sus Leyes Militares sancionando así los delitos castrenses.

"... En las salas del Palacio Imperial funcionaban dos tribunales Militares:

El Tecpiccallí, o sea el Tribunal Militar de la Nobleza, que era encargado de juzgar a los altos jefes militares, en la comisión de los delitos que cometiesen.

El Tequihuacacalli, o sea el Tribunal Militar común que conocía de los delitos del Fuero de Guerra cometidos por los demás guerreros aztecas que infringían sus disposiciones..."(51)

Para los delitos de guerra decidía el Tribunal Marcial - que estaba integrado por CINCO jueces (Capitanes del Ejército) y un escribano.

"Los delitos que atendía la Justicia Militar Azteca eran tales como la Insubordinación, la indisciplina, el abandono - de Puesto, la Deserción, Cobardía, Robo, Traición, etc.; castigandolos según el derecho Militar azteca, con la pena de -- muerte... eran sacrificados en el templo de Macuicalle." (52)

Eran acreedores a la pena de muerte, aquellos guerreros que desamparaban el pueblo que se les había dado en custodia

(51) Saucedo López Antonio, Ibid., pág. 43

(52) Id.

para su vigilancia; igualmente el que desobedeciese a un Superior; o al que huyese cobardemente en combate, o que favoreciera al enemigo en un acción de armas; era también acreedor a la pena máxima, el soldado que iniciase el combate antes de la señal de su jefe.

De las leyes penales de los tarascos se sabe mucho menos que respecto a los de otros núcleos; sólo se tiene noticia -- cierta de la crueldad de las penas.

Cuando un familiar del monarca llevaba una vida escandalosa, se le mataba en unión de su servidumbre y se le confiscaban los bienes. Al forzador de mujeres le rompían la -- boca hasta las orejas, empálandolo después hasta morir.

"... También se dice de Leyes de los tlaxcaltecas; pena de muerte para el causante grave daño al pueblo, para el traidor al rey o al Estado, para que en la guerra usará las insignias reales, para el que maltratará a un embajador guerrero o ministro del rey, para los que destruyeran los límites puestos en el campo... para que en la guerra rompieran las hostilidades sin orden para ello o abandonarela bandera o desobedeciera. (53)

(53) Carrancá y Trujillo, Radl, Op. Cit. pág. 115.

En todas estas culturas el castigo que tenían para los militares que abandonaban el Ejército estando en guerra (y -- ahora como abandono de servicio) eran condenados con la pena de muerte.

Así concluimos, que las instituciones sociales y políticas del mundo indígena han conservado influencia y ya lo analizamos como antecedente fundamental, ya que el pueblo azteca eminentemente un pueblo guerrero y conquistador, era el más poderoso de entonces, puesto que fué superior a otros pueblos de la Epoca Prehispánica; su esplendor, desarrollo y cultura, fueron alcanzados por batallas cruentas que a la potes gestaron un enorme poderío militar.

Al respecto Kolher nos refiere: "... el derecho penal -- mexicano es testimonio de severidad moral, de concepción dura de la vida y de notable cohesión política. El sistema penal era casi draconiano..." (54)

Las leyes del pueblo mexicana, se dividían en cuatro grandes capítulos, a saber: De los hechiceros y salteadores, De los ladrones, De la lujuria, y de la guerra.

(54) Kolher, El Derecho Penal de los Aztecas en Criminalfa, I. III. págs. 228 y 5145.

B.- EPOCA COLONIAL

Al darse por terminada la conquista (1521), los ordenamientos legales del Derecho Castellano y las disposiciones -- dictadas por las nuevas autoridades, desplazaron el sistema -- jurídico azteca, texcocano y maya.

A este respecto, el profesor Carranca y Trujillo nos dice: "... Nada hay más opuesto, por lo general, a la incorporación pretendida que una legislación tutelar. Allí están -- por ejemplo, las tutelares Leyes de Indias, que en realidad -- inferiorizaron social, económica y políticamente al indígena..." (55)

"III La colonia representó el trasplante de las instituciones jurídicas españolas a territorio americano. La Ley -- 2., Tít., I, Lib. II de las Leyes de Indias dispuso que "en -- todo lo que no estuviese decidido ni declarado..." (56) El -- abandono de servicio en esta época diremos que los Virreyes -- de la Nueva España tuvieron un serio problema para la constitución de su ejército, dado que las personas que enrolaban tenían poca o nada inclinación por la carrera de las armas, -- otro problema que enfrentaban era el económico, dado que era necesario intervenir para obtener un ejército más o menos digno de la Corona española. -- "... Los problemas en el Ejército con

(55) Carranca y Trujillo, Raúl, Derecho Penitenciario Carcel y Penas en -- México, pág. 116.

(56) Carranca y Trujillo, Raúl, Ibid., pág. 117.

espíritu de justicia, equidad, legalidad, tanto los delitos vulgares, arbitrariedades del virreinato y los conflictos que resultaron de las disposiciones contemporáneas de España". -- (57) El 24 de septiembre de 1776 cobró vigencia jurídica castrense el Manual de Ordenanza y de Táctica para la Instrucción de los soldados, Cabos y Sargentos, que consignaba con pena de muerte las violaciones cometidas por los militares en el desempeño del servicio.

En la Nueva España los vasallos supieron por bandos de 12 de agosto de 1779, que España había entrado en guerra con Inglaterra, en este tiempo los soldados de la Nueva España -- aparentaban un gran deseo de servir, eran dados de alta en el ejército que les reconocía el goce del Fuero Militar, más tarde pretextaban su baja gozando del fuero en su vida civil.

"... Don José Iturrigaray 1803-1808. Al tomar posesión en el virreinato el esfuerzo de la Corona Española había logrado integrar un ejército; este Virrey puso en vigor las disposiciones que venían de España en donde, se castigaba severamente a los que abandonaban el servicio, no obstante que -- había otras órdenes que premiaban y recompensaban, derogando las disposiciones anteriores: En el año de 1803 se suspendieron las penas de baquetas, que como ya se dijo eran impuestas para castigar a los desertores... Indiscutiblemente que la formación y desarrollo de la Nueva España en todos sus defec-

(57) Saucedo López, Antonio, Op. Cit., pág. 48.

tos o virtudes determinó la creación de un ejército mal formado. (58)

C.- EPOCA INDEPENDIENTE.

Iniciando el movimiento de Independencia Hidalgo recibió en Celaya el título de Capitán General y empezó la formación de un ejército en que su primera revista resulto un efectivo de ochenta mil hombres. Nombró oficiales, distribuyo los contingentes de regimientos de mil hombres cada uno y pretendió disciplinarlos, sin conseguirlo.

Durante la Guerra de Independencia y en los distintos -- aspectos de la vida militar, inclusive la administración de -- justicia, los diferentes caudillos procuraron observar en lo posible las solemnidades de la ordenanza española de 1768.

Al triunfo de esta revolución, el ejército integrante -- quedó como ejército del México independiente con 16, 134 pla-- zas resultantes de la fusión de algunos cuerpos insurgentes y de otros del ejército virreinal.

Como era lógico, la organización política resultaba in-- compatible con varias leyes militares vigentes lo que engen-- dró confusión durante un largo periodo.

(58) Saucedo López. Antonio, Ibid., pág. 41.

La Revolución de Ayutla, el origen de este movimiento da como consecuencia la proclamación del mismo nombre, el 1/o. - de marzo de 1854.

"...La Primera Ley Reformista, el 23 de noviembre de - - 1855 que fué llamada Ley Juárez, sobre administración de justicia, con lo que las clases privilegiadas del ejército y el clero y el militar en materia civil..." (59)

"...La Ley Juafez en su artículo 42, a la letra decía: - "Se suprimen los tribunales especiales, excepción de los ecle siásticos y militares". Los tribunales Militares cesarán de conocer los negocios civiles y conocerán tan sólo sujetos al - Fuero de Guerra. (60)

"... Los trabajos de la asamblea constituyente terminaron en febrero de 1857, después de tenaces debates. Fue firmada el día 5 de febrero de ese año y el presidente Comonfort hizo juramento ante el Congreso, que la promulgó con toda solemnidad el 12 de febrero de 1857. (61)

Dados los acontecimientos palpitantes de aquélla época -

(59) Moreno, Daniel, Op. Cit., pág. 158

(60) Saucedo López, Antonio, Op. Cit., pág. 8

(61) Moreno, Daniel, Op. Cit., pág. 191.

surgen hechos históricos que atribuyan grandes aportaciones - al Derecho Militar, y así podemos citar que en el año de 1867 cuando Don Maximiliano de Hansburgo fue derrotado y hecho prisionero y en donde se ordena su ejecución junto con los Generales Miramón y Mejía en el Cerro de las Campanas, a los que se les instruyó proceso militar sumarísimo y en el teatro de la Ciudad de Queretaro, se constituye un consejo de Guerra -- para juzgar a los prisioneros por los delitos de Alta Traición a la Patria.

En el año de 1882, fué la fecha en que se creó el Primer Código de Justicia Militar. Y en el año de 1990 se expide la Ley de Organización y competencia de los Tribunales Militares siendo secretario de Guerra y Marina Bernardo Reyes, así también la Ley de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra, así mismo se expide la Ley Orgánica del Ejército, en donde se aprecia un gran avance en la organización militar.

A fines del siglo XIX y la primera década del XX se originó la Revolución Mexicana, resultado de este movimiento armado fué la Constitución promulgada el 5 de febrero de 1917, que sí recogió lo mejor de la tradición nacional del máximo - respeto al hombre de la ley fundamental anterior.

El primero de enero de 1883, firmada por el General Don Manuel González, se publicó la que se titulaba Ordenanza Geneu

ral para el Ejército de la República Mexicana y constaba de -
3,771 artículos con capítulos sumamente interesantes. Subsis
tió por algunas decenas de años, y más tarde, en 1910, se - -
reimprimió con algunas modificaciones las última, de la cual -
aún se conserva una parte en vigor, y fué la que dió origen --
una serie de Reglamentos y Leyes Militares, que casi en su ge
neralidad se encuentran vigentes.

El derecho Positivo Militar se encuentra constituido en
México, principalmente por la Ley Orgánica del Ejército, des
de Disciplina, del Servicio Militar Nacional, de Retiros y --
Pensiones, de Ascensos y Recomendaciones, la Ordenanza General del
Ejército y el Código de Justicia Militar, así como una serie
creciente de Circulares, Instructivos, Ordenes, etc.

II.- CONCEPTO DE ABANDONO DE SERVICIO.

A.- CONCEPTO ETIMOLOGICO Y GRAMATICAL.

a.- Concepto:

Abandonar: (Del fr. abandonnar, y éste del germ. bann, -orden de castigo). Dejar, desamparar una persona ó cosa. II Dejar un lugar, apartarse de él; cesar de frecuentarlo ó habitarlo.

Servicio: (Del lat. servitium). Ejercer en la milicia - el empleo que cada uno tiene. II. de servicio m. adv. que con los verbos entrar, estar, tocar, salir y otros semejantes, se refiere al desempeño activo de un cargo función, durante un - turno de trabajo. (62)

Para conceptuar en que consiste el abandono de servicio, situación de que con las singularidades de la vida militar y de lo que es más aún destacado, con la naturaleza y aspectos del delito de guerra en su último manifestación de la infracción marcial cómo es este delito, resulta bien difícil otorgar un concepto rico de precisión.

Dificultad acentuada con la evolución de los hechos que por las alteraciones de la vida en campaña.

(62) Diccionario de la Real Academia Española, 19a. Edic., Edit. Espasa--Calpa, 1970, pág. 1197.

Para entender lo que es abandono de servicio en la vida Castrense, es necesario que comprendámos las singularidades del medio militar.

El ejército es una colectividad jerarquizada para el mejor desenvolvimiento del servicio y consecución de sus fines.

De este modo destacan en él distintas categorías fundamentales, a su vez, divididas en grados correlativos unos y otros.

Las indicadas categorías son las siguientes: Generales, Oficiales, Clases e Individuos de Tropa.

b.- Los actos de servicio en general, son la actividad genuína del Ejército, merced a la cual cumple su cometido y logra sus fines, como éstos son distintos y la actividad militar múltiple, los actos de servicio son complejos y muy variados, por lo que se impone una clasificación de los mismos que se produce desde un doble punto de vista; el de la finalidad o medios con los que los propios actos se realizan.

B.- CONCEPTO JURIDICO MILITAR.

a.- Concepto: EL delito de abandono de servicio se en-

cuentra encuadrado en los delitos cometidos en ejercicio de las funciones militares ó con motivo de ellas en el artículo 310 del código de Justicia Militar "...El delito de abandono de comisión o de puesto, consiste en la separación del lugar o punto, en el que conforme a disposición legal o por orden superior se debe permanecer, para desempeñar las funciones -- del encargo recibido..." (63)

b.- Oficiales: Primeramente debemos indicar que por oficiales se entiende de el grado de Subteniente hasta el de General de División.

A tal orientación responde el texto del número III del artículo 434 del Código.

"III Por Oficiales, los comprendidos desde la categoría de Subteniente, hasta la de General de División en el Ejército y sus equivalentes en la Armada Nacional." (64)

c.- Servicio de Armas: La Ley penal ha señalado un concepto de servicio de armas en relación a lo determinado en -- los textos gubernativos, que no ofrece un texto sistematizado sobre tal servicio, sino disperso a través de las distintas -

(63) Código de Justicia Militar, Op. Cit., pág. 111

(64) Código de Justicia Militar, Ibid., pág. 150

secciones relativas a servicios de guardia y destacamentos, de cuartel -- patrullas y retenes, de paradas, marchas, partidas, etc., y - elio único a las disposiciones, igualmente varias, de los Re- glamentos de las Armas y Servicio Interior y de los Instructi- vos de las corporaciones nos ofrecen una complejidad de tex- tos que su propio carácter impide el que hayamos de recoger-- las en nuestro estudio.

"Artículo 434.- ... VII. Por servicio de armas, el que para su ejecución reclama el empleo de ellas de cualquier na- turaleza que sean, con arreglo a las disposiciones de la Orde- nanza o Leyes que la sustituyen, aún cuando el que desempeñe ese servicio no las tenga o no deba tenerlas precisamente con- sigo durante la facción..." (65)

d.- Servicio Económico: En relación diferenciadora con - el servicio de armas o sea mediante concepto de exclusión, se fija, el de este otro servicio que no poder ser menos destaca- do que el anterior deja de tener importancia.

En efecto lo principal y relevante de la actividad del - Ejército es, como antes decíamos, el uso o empleo de las ar--

(65) Código de Justicia Militar, Id., pág. 150.

mas, pero bien claramente se percibe que no toda la actividad armada, aún extendiendo la significación de ésta, a todos los actos de referencia a medios concomitantes de las mismas.

Precisamente para que las facciones ó actos de armas ganen en eficacia, se impone el desarrollo de actividades militares de sentido ó significación económica y como todos los actos de milicia, sin excepción, son rigurosos y ordenados, -- es obvio, que éstos de servicio económico igualmente han de -- ser reputados considerables y dignos de protección penal.

En principio el servicio económico se distingue, como ya indicábamos, por separación del concepto de servicio de armas con lo cual, todo servicio que no exija para su desarrollo, - el uso ó empleo de las armas, puede ser considerado servicio económico, ejemplo de ellos como faginas, cuadra, etc..

"Artículo 434.- VIII. Por servicio económico se entenderá el desempeño de una comisión de cualquiera naturaleza, - con arreglo a las disposiciones de la Ordenanza ó Leyes que - la sustituyan u órdenes recibidas y para cuya ejecución no se requiere el empleo de armas..."

e.- Orden del Servicio: Concepto complementario de los de "Actos del Servicio", es éste de la orden relativa a los - mismos.

Toda prescripción de un superior relativa al servicio, se considera orden del mismo. Es decir, que ésta se integra por razón de origen y por su objeto. El requisito primordial puede considerarse de legitimidad y el segundo de legalidad. -- Cuando ambos se reúnen, la orden militar es de cumplimiento - ineludible y en caso contrario, no sólo no se le debe acatamiento, sino que debe ser denunciado por impropia ó ilícita, sobre todo, cuando su manifestación atente a la disciplina.

El Código ha dedicado las siguientes líneas a tan interesante concepto:

"Artículo 434.- ... IX. Por orden del servicio, la dictada para la ejecución de uno de los actos a que se contraen las dos fracciones anteriores..."

f.- Militares en Campaña: La dedicación que el Ejército ofrece a la situación de campaña, manifestada no sólo en la época y circunstancias de realidad de ella, sino también en las de paz durante la cual, como reza el aforismo militar "Si vis pacem, para bellum", los núcleos armados se preparan para la guerra, da singular relieve al concepto de "militares en campaña".

El concepto debe responder solamente a la efectividad de luchas ó guerra. Ahora bien, como ésta tiene manifestaciones distintas, desde la realidad del combate, hasta situaciones -

más o menos distantes en lugar y tiempo del choque con el enemigo.

"Artículo 434.- ... X. Por estar los militares en campaña; 2.- Cuando se hallen en un lugar donde la guerra existe - de hecho, ó formando parte de fuerzas, de cualquier clase que sea, destinadas a operaciones militares contra enemigos exteriores o rebeldes. (66)

En el manual de Operaciones en Campaña, encontramos que la guerra "... Es la fase real del conflicto; la lucha en sí. Aquella en que, existiendo o no una declaración de guerra, se han iniciado las actividades operativas con las fuerzas armadas de uno o más de los estados en pugna. Se inicia con acciones fronterizas o de fuerzas navales o aéreas y culminan con la derrota de uno de los beligerantes, o mediante un armisticio." (67)

Al frente del enemigo o durante la retirada: La gravedad de la situación de militares al frente del enemigo o durante la retirada, no podía menos de trascender a los órdenes penales Castrenses que como fácilmente se comprende, tienden a --

(66) Código de Justicia Militar, Ibid., pág. 151

(67) Manual de Operaciones en Campaña, Tomo I, 4a. Edic. Taller Autográfico E.M.D., 1981, pág. 16.

ser mediante la prevención y represión del castigo un medio - estímulo del correcto y esforzado comportamiento del militar en tan extremadas ocasiones.

g.- Estado de Sitio o Bloqueo: Como acto de guerra consiste en impedir por medios militares toda comunicación utilizando para ello, el mar, el espacio aéreo que sobre él se encuentra o una parte del territorio del enemigo, para impedir - el avituallamiento, refuerzo y defensa de los lugares bloqueados. Esta situación es en extremo angustiosa por lo que el - Mando o Comando Militar de la plaza, lugar o comarca aislados debe responder con sus características esenciales, mostrándose expedito y extremado, llegando al grado, si es preciso, de que todo el poder dependa de él mismo.

En el Código de Justicia Militar vigente, artículo 57, - apartado C), se dice: "que fueren cometidos por militares en territorio declarado en estado de sitio o en lugar sujeto a - la Ley Marcial conforme a las reglas del derecho de la guerra".

h.- Guerra Interna: Los conflictos entre partidos políticos dentro de un mismo estado o entre el gobierno federal y un partido o facción, dan lugar a las guerras internas o civiles. Si se trata de una revuelta sin importancia, al partido levantado en armas se le considerará como rebelde, no recono-

ciéndole el derecho y el deber legítimo de hacer la guerra, - ni se le hace el otorgamiento de las garantías que consagra - el Derecho de la Guerra para los beligrantes legalmente reconocidos.

III.- ELEMENTOS DEL TIPO DE ABANDONO DE SERVICIO.

A fin de que el delito se vaya constituyendo íntegramente, es indispensable sumar a la acción y a la antijuricidad - un nuevo elemento, o sea el de la Tipicidad. O expresado en otra forma, para que la acción antijurídica sea delito, se requiere que goce de tipicidad, es decir, que tal acción antijurídica se halle expresamente consignada en la ley penal; que la acción se encuentre tipificada, pues de no darse este elemento no podría considerarse a ninguna acción como delictuosa faltaría la norma aplicable, la que ha acogido y consignado - como tipo en el ordenamiento penal.

Herencia directa del formidable acervo jurídico romano, quien lo expresó en su conocido principio: "NULUM CRIMINE SINE LEGE", es el actual concepto de "tipicidad" y que alude, a la exigencia, de que debe existir en la ley en forma descriptiva de la acción, como acción delictiva y previa al hecho que se considera.

Podemos decir que la tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley. El maestro

Celestino Porte Petit la define como: "la adecuación de conducta al tipo", que se traduce o se resume en la fórmula "nullum sine crimen tipo". (68)

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 14 señala: "en los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, para alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate". (69) Significa que no existe delito sin tipicidad. Esta constituye la garantía de exacta aplicación de la Ley.

Se podría definir al tipo de "la acción punible abstracta y objetivamente descrita como unidad de sentido en cada infracción". (70)

Tratándose de el delito de Abandono de Servicio, este acto antijurídico se encuentra tipificado en el artículo 310 del Código de Justicia Militar, al establecer "El delito de abandono o comisión de puesto, consiste en la separación del

(68) Porte Petit Candaudap, Celestino, Op. Cit. pág. 333.

(69) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., pág. 106

(70) Jiménez Huerta, Mariano, La Tipicidad, Editorial Porrúa México 1955, pág. 22

lugar o punto, en el que conforme a disposición legal o por orden superior se debe permanecer, para desempeñar las funciones del encargo recibido.

El de abandono de mando, consiste en la abstención para tomar el que por ley u orden del superior corresponda o para seguirlo ejerciendo, o en la entrega de él a quién no esté -- legalmente autorizado para recibirlo". (71)

Por lo que respecta a la falta se observa, igualmente ha de suscribirse en un tipo, en el estricto sentido de la palabra; y así la conducta de abandonar el servicio será antijurídica y además típica, que puede ser corregida en defensa de la conservación de la disciplina militar, base indispensable del buen desenvolvimiento del Instituto Armado.

Por lo tanto, el elemento típicado no es exclusivo del delito, sino que forma parte de la estructura conceptual de la falta, y son consecuentemente iguales, pues ni el delito es más típico que la falta, ni esta con relación al delito.

Los elementos de tipo se clasifica en:

A.- ELEMENTOS OBJETIVOS: Los elementos objetivos que des

criben por simple conocimiento y por medio de los sentidos la conducta o hecho, que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal.

Estos se conforman por la acción u omisión expresada generalmente por un verbo y excepcionalmente por un sustantivo, como son el de portar, poseer, privar, separación, etc.; son igualmente elementos todos los procesos, estados, relacionados con la conducta y que resultan modalidades de la misma -- cuando forman parte de la descripción legal. Estados elementos a su vez se subdividen en:

a.- Sujeto Activo: "Es toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo legal". (72)

Podríamos definirlo así: "El sujeto activo requerido por el tipo, es un elemento de éste pues no se concibe un delito sin aquél debiéndose entender por sujeto activo, el que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice". (73)

Cuando el tipo exige que la conducta la realice determi-

(72) Islas de González Mariscal, Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, Editorial Trillas, México 1982, pág. 19.

(73) Porte Petit Candaudap, Celestino, Op. Cit., pág. 346.

nada persona; se les ha llamado tipos propios, particularmente o exclusivos. El estudio de el delito que estamos observando, esta cualificado en tanto que la persona debe tener el caracter g nerico militar en servicio activo y precisamente estando de servicio.

b.- Sujeto Pasivo: Es el titular del bien jurídico tutelado por la norma legal.

En el presente estudio de el delito abandono de servicio el titular del bien jurídico protegido queda constituido por las fuerzas que son custodiadas por el servicio que se esta desempeñando.

En este delito el sujeto pasivo puede ser: primero la -- Institución Militar, desde el punto que vulnera la disciplina militar. Cualquier elemento integrante del Ejército, el tipo se refiere al abandono, es decir proteger el puesto asignado.

Sujeto pasivo puede ser todo humano, no se debe confundir, puesto que puede ser el sujeto al mismo tiempo activo y pasivo, pero cuando "la conducta del sujeto reca  sobre sí mismo, no se considera sujeto pasivo sino objetivo material."⁽⁷⁴⁾

(74) Porte Petit Candaudap, Celestino, Ibid., pág. 348.

c.- Referencias Temporales: "En ocasiones el tipo reclama alguna referencia en orden al tiempo y de no concurrir, no se dará la t[í]picidad. (75)

En el delito que estamos tratando, por lo que se refiere al tiempo, el Código de Justicia Militar, en el multicitado - artículo de referencia hace mención que se puede incurrir en este, tanto en tiempo de paz como se puede extender de manera singularísima en ocasión de guerra.

La situación de esta última aumenta en gravedad de la pena, si sucediera frente al enemigo.

d.- Referencias Especiales: "Del mismo modo, el tipo puede demandar una referencia espacial, o sea de lugar". (76)

La jurisdicción militar, no es prorrogable ni renunciabile a más de que la misma no actúa a petición de parte, ni para proteger el sujeto pasivo del delito; actúa en virtud del interés supremo del mantenimiento del orden y la disciplina - de las Fuerzas Armadas.

Estas notar características de la jurisdicción Castrense

(75) Porte Petit Candaudap, Celestino, Ibid., pág. 348.

(76) Porte Petit Candaudap, Celestino, Ibid., pág. 344.

son destacadas y fundamentales, y su trascendencia práctica - determina que cada actuación de la jurisdicción penal militar sea de orden ineludible e imperativa sin que pueda quedar -- aquélla limitada ni condicionada más que por los dictados de la Ley.

Los tribunales militares siguen al Ejército en su despliazamiento a países ajenos al nuestro y es regla universal que el Ejército observe por su propia legislación y se rija por -- su misma ley en regimen de verdadera extraterritorialidad.

No obstante lo antes dicho en el Código de referencia en el artículo 61 dice: "Si el Ejército estuviese en territorio de una potencia amiga o neutral, se observaran en cuanto a -- competencia de los tribunales militares, las reglas que estuvieran estipuladas en los tratados o convenvones con esa -- potencia". (77) A primera vista esto parece contradictorio -- al principio que acabamos de esbozar, pero si prestamos un poco de atención podremos percatarnos que la fijación de la competencia por los tratados o convenios internacionales, no es sino un índice de la soberanía estatal. El artículo 62 del -- mismo Código señala la competencia por razón del lugar de una manera clara y expresa, considerando facultad de la Secreta--ría de Guerra para cambiar la jurisdicción cuando las necesi-

(77) Código de Justicia Militar, Op. Cit., pág. 21.

dades del servicio de justicia lo requieran.

El legislador le ha dado competencia a los tribunales militares para que conozcan por razón del lugar del delito, pero su artículo 63, del Código mencionado, previniendo la carencia de estos datos, se afirma que será competente el Juez que previno del asunto cuando se dude del lugar en que se cometió el delito.

e.- Referencias al objeto material: Cuando el tipo hace mención en el objeto sobre el cual recae la conducta, es decir se refiere al objeto corporal de la acción. Ejemplo: Artículo 367: Robo. Cosa ajena mueble.

Por lo que se refiere al aspecto militar el objeto material es otro de los motivos que hacen moverse el engranaje de la maquinaria jurídico-militar, labrando otro orden de competencia de los Tribunales Castrenses.

La materia ha sido siempre fuente de competencia. Desde la antigüedad, en Roma, ya se conocía la competencia jurisdiccional, "ratione materiae", por lo que no sólo cometían crímenes militares los soldados, sino también todo aquel que realizaba actos que afectaban a la disciplina de las legiones.

Ahora bien, como el concepto de delito militar puede - - abarcar una extensión vasta o estricta, es claro que la compe

tencia en razón de la materia, guarde la proporción que el delito abarque.

Consideramos que el delito militar representa una grave alteración de la disciplina castrense y que el contenido de ésta es muy distintos según los puntos de vista que puedan -- adoptarse, dando por resultado que la competencia derivada -- del delito podrá presentar diferentes alcances.

f.- Bien Jurídico Tutelado: Es el elementos básico en la estructura del tipo legal y precisamente el que justifica la existencia de la norma jurídico-penal. La lesión que se infiere o al menos el peligro que se expone, da lugar, excepto en los casos en que operan aspectos negativos, a la concreción de la punibilidad. A partir del bien jurídico se derivan las conductas idóneas para producir su lesión. Asimismo del bien jurídico depende la cantidad y clase de elementos -- que han de incluirse en el tipo legal. La mayor o menor amplitud de la protección que se requiera dar al bien, condiciona el número y clase de elementos; y para una protección limitada, un mayor número de ellos. Por otra parte, si el tipo - se formula para proteger un bien, la desvalorización de éste - por la comunidad, fuerza al legislador para derogar aquel. El bien jurídico es el elemento rector en la interpretación del tipo legal. También es para la fijación de la punibilidad, - el bien jurídico es un objeto que tiene su imagen en el intervalo de la punibilidad: Si el valor del bien es de rango supe

rior, la punibilidad debe ser alta; si el valor del bien es de rango inferior, la punibilidad debe ser baja. De esta se sigue que una jerarquización de la punibilidad, en la que cada uno de los intervalos estará por el valor del respectivo bien protegido. (78)

El delito de "Abandono de servicio, es de los establecidos en el título décimo del Código de Justicia Militar, como aquellos que se cometen en ejercicio de las funciones militares o con motivo de ellas". Y su prohibición tutela los bienes jurídicos de: "La disciplina militar, la integridad física en un determinado momento basandonos, según el servicio -- que se encuentre desempeñando.

B.- ELEMENTOS SUBJETIVOS: Son aquellos en los que el tipo se refiere al motivo y al fin de la conducta descrita.

El maestro Luis Jiménez de Asúa señala: "... Tales elementos exceden del mero marco de referencias típicas, pues su existencia es indudable, estén o no incluidas en la definición del tipo cuando este los requiere". (79)

Debe existir el elemento a sabiendas, que se refiere no

(78) Islas de González Mariscal, Olga, Op. cit., pág. 19.

(79) Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal III, 2a. Edic. Editorial Lozada, Buenos Aires, 1958.

al dolo sino al elemento subjetivo de lo injusto, "aprovecharse" de la cosa, pero en el cual se refiere también al elemento subjetivo de lo injusto. Primeramente debe de compararse el hecho con la descripción típica, sin entrar a valorar, se debe acopiar material para decidir la culpabilidad.

La valoración se refiere al elemento no cognoscitivo sino de comparación con la norma, según veremos al hablar de la antijuricidad.

Por lo que se refiere al delito que se está tratando este, por tanto es un acto deliberado y resuelto a ejecutar por parte del agente de la infracción, es por su naturaleza un delito intencional, en el que salvo prueba en contrario, debe presumirse la intención delictuosa que no se destruye, aunque se pruebe que el infractor no se propuso causar el daño que resultó, siendo éste, consecuencia necesaria y notoria del hecho constitutivo del delito.

Es intencional, puesto que en el acto que lo constituye es eminentemente volitivo, existente en la sola separación -- del lugar y del puesto en que se debe permanecer.

C.- ELEMENTOS NORMATIVOS: Son presupuestos del tipo que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración jurídica o cultural que se debe realizar de acuerdo a un criterio extra jurídico.

El maestro Celestino Porte Petit, nos ejemplifica en una forma sencilla de entender por lo que se refiere a elementos de valoración jurídica "...Existen estos elementos de valoración jurídica, cuando la Ley dice por ejemplo "cosa ajena"; - "Funcionario"; "servidor público"; "documento público"; "documento privado"; "bien mueble"; "derecho real". Estamos frente a un elemento normativo con valoración cultural, el Código expresa: "casta y honesta", "acto erótico-sexual", "ultraje a la moral pública o a las buenas costumbres". (80)

El elemento normativo consiste en la determinación de -- que el hecho es contrario a la norma, claro que hay muchos -- elementos valorativos que no funcionan normativamente. Así -- en el caso de la mujer "honestas", se hace una valoración no -- jurídica sino simplemente empírica, porque depende del ambien -- te, la consideración en este caso de lo que se entiende por -- mujer honesta y que según el lugar o tiempo. Se trata de una valoración empírico-cultural.

La norma crea lo injusto y la Ley crea el delito. En -- toda Ley hay un hacer y hay una abstención, ello se refiere -- en el delito de abandono de servicio, en la separación del -- lugar o punto en el que conforme a disposición legal se debe permanecer y se sanciona porque es contraria a la norma.

(80) Porte Petit Candaudap, Celestino, Op. Cit., pág. 345.

El elemento normativo del delito que estamos tratando es esta determinado al abandono de comisión o puesto al separarse del lugar o punto.

Lo que realmente se ha vulnerado no es la Ley, sino algo que está detrás de ella: la norma. Pero la determinación de la norma lleva muy lejos a los filósofos. Creemos que lo más exacto es que la norma es una norma de cultura. En la sociedad hay algo que disciplina todos los intereses, es la cultura. Esa cultura es la que produce una serie de normas. Por eso se llaman normas de cultura, que estimulan el derecho a conseguir conductas favorables y evitar las desfavorables a la cultura. Y de esas normas de cultura es de donde surge el -- Derecho, porque éste en la famosa clasificación de las ciencias, no es otra cosa que una ciencia de la cultura.

D.- ATIPICIDAD: La ausencia de tipicidad o atipicidad - constituye el aspecto negativo de la tipicidad, que impide la integración del delito, más que no equivale a la ausencia de tipo, esta supone la falta de previsión en la ley de una conducta.

Siguiendo la huella del maestro Celestino Porte Petit -- C., sobre el particular señala: "Para demostrar las atipicida des bastará colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo." (81)

(81) Porte Petit Candaudap, Celestino, Ibid., pág. 375.

Por tanto se concluye: si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

Para finalizar, debemos, no confundir el TIPO con la TIPICIDAD. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o - - inadvertidamente, no describe una conducta, que según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos.

C A P I T U L O T E R C E R O

I.- ESTUDIO DOGMATICO DEL ARTICULO 311

A.- ELEMENTOS DEL DELITO

II.- DERECHO COMPARADO

A.- ELEMENTOS DEL DELITO.

El maestro Porte Petit los define como "aquellos antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta o hechos descritos por el tipo, y de cuya existencia dependen el título o denominación del delito respectivo". (82)

"Consideramos como presupuestos de la conducta ó del hecho aquellos requisitos jurídicos o materiales previos y necesarios, para que pueda realizarse la conducta o hecho típico." (83)

Consideramos el delito como una conducta típica, antijurídica y culpable y como elementos consustanciales tenemos: a. Conducta, b.- Antijuricidad, c.- Culpabilidad, d.- Imputabilidad, y e.- Punibilidad, el elemento de tipicidad se trata por separado.

"Desde el punto de vista cronológico, concurren a la --- vez todos estos factores; por ello suele afirmarse que no - - guardan entre sí prioridad temporal, pues no aparece primero la conducta, luego la tipicidad, después la antijuricidad, -- etc. sino que al realizarse el delito se dan todos sus elementos consustanciales. Sin embargo estableciendo una debida pre lación lógica debe apreciarse inicialmente a la conducta; lue

(82) (83) Porte Petit Candaudap, Celestino, Ibid. págs. 210 y 211.

go verificar su amoldamiento al tipo legal; Tipicidad; después constatar si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante y en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe antijuricidad; en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual o volitiva del agente: Imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad o sea indagando y, si el autor de la conducta típica y antijurídica, - que es imputable, obró con culpabilidad". (84)

a.- Conducta ó hecho: "Todo delito necesita de un elemento material y objetivo, y éste será una conducta o un hecho según la descripción típica. La conducta abarca el "hacer" - o "no hacer" según el caso, el hecho contiene la conducta, y el nexo causal entre la conducta y el resultado. (85)

La conducta es la forma humana de reaccionar ante los estímulos y no es precisamente para acción sino también abstención.

1.- Concepto de acto: Según el vocablo, puede definirse el acto, como la manifestación de la voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior o que por no hacer lo que se espera, deja sin mudanza ese mundo externo, -

(84) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., pág. 124.

(85) Porte Petit Candaudap, Celestino, Op. Cit., pág. 234

cuya modificación de aguarda.

Cuando decimos acto voluntario, queremos significar acción u omisión espontánea o motivada". (86)

para el estudio de este primer elemento lo llamaremos -- conducta o hecho indistintamente.

2.- Concepto de conducta: El maestro Castellanos la define: "La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. (87)

Se desprende que el sujeto de la conducta es el hombre, es el único ser capaz de voluntariedad, y el único ante que se puede realizar una acción animada de un proceso psicológico, solo la conducta humana tiene relevancia para el derecho penal, aunque junto a la persona física, el derecho reconoce también a la persona social como sujeto capaz de relaciones jurídicas.

"Según enseña la historia antaño se consideró a los animales como delincuentes distinguiéndose tres periodos o etapas: fetichismo (se humanizaba a los animales equiparándolos a las personas); simbolismo (se entendía que los animales no

(86) Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito, Editorial Sudamerica, Caracas 1945, pág. 210.

(87) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., pág. 141

delinquieran pero se les castigaba para impresionar y por último, solamente se sanciona al propietario del animal dañado... " (88)

El mismo autor también nos refiere que "... las personas morales o jurídicas no pueden ser sujetos del delito por carecer voluntad propia..." (89)

Por tanto, "... únicamente las personas físicas pueden ser sujetos activos del delito; las personas morales no pueden delinquir; sin embargo, indiscutiblemente constituyen sujetos pasivos del delito como las personas físicas, en especial tratándose de infracciones penales de tipo patrimonial y contra el honor; también el Estado puede ser sujeto pasivo -- del delito y, de hecho, lo es la sociedad misma..." (90)

3.- Elementos de la conducta: Como ya habíamos expresado, la conducta es siempre una manifestación de voluntad dirigida a un fin. Por tanto, son esenciales para que la conducta exista tres elementos:

Elementos interno: consiste en el factor psíquico traducido en la voluntad, es decir que un hecho del hombre no pue-

(88) Id.

(89) Castellanos, Tena, Fernando, *Ibid.*, pág. 142

(90) Castellanos Tena, Fernando, *Ibid.*, pág. 143.

de ser un hecho suyo si no depende de su voluntad.

Y así, son atribuibles a la voluntad no sólo los actos - que traen origen de un impulso consciente, sino aquellos que - se derivan de la inercia del querer.

Elemento externo: es la manifestación de voluntad necesaria para poder afirmar la existencia y realidad de una conducta delictiva. Toda conducta delictiva es susceptible de ser externamente percibida y objetivamente afirmada, independiente mente de todo juicio de valor.

Elemento finalístico: consiste en la meta que guía la - voluntad, su esencia consiste en el hecho de que el hacer y el dejar de hacer son conductas encaminadas a una meta o una finalidad, y como tales animadas o impulsadas por la voluntad.

4.- Formas de conducta: La conducta asume dos diversas - formas: puede consistir en un hacer y en un no hacer. En el primer caso se trata de la acción positiva o acción en sentido estricto; en el segundo caso la acción negativa o inactividad. Pese a que como lo señala el maestro Mariano Jiménez Huerta: "desde un punto de vista estrictamente naturalístico la inacción es la antítesis de la acción, también puede llegar a ser una conducta externa del hombre manifestativa de su voluntad, susceptible de ser sometida a una valoración social

y jurídica". (91)

A su vez la omisión puede ser subdividida en omisión simple y en comisión por omisión.

La acción *Stricto Sensu*: Cuello Calón la define como "el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca". (92)

La omisión simple: La omisión radica en un abstenerse de obrar; consiste en una abstención o en un dejar de hacer lo que se debe ejercitar. Concepto: Cuello Calón: "La omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado". (93) En estos delitos se infringe una ley dispositiva.

La importancia de la conducta, además de ser un elemento del delito, radica en su utilidad para conocer la disposición o capacidad criminal del sujeto activo, ya que esta nos presenta un reflejo de su personalidad, que es determinante al estudiar la culpabilidad y la individualización de la pena, -

(91) Jiménez Huerta, Mariano, Panorama del Delito Nullum Crimen Sine Conducto, Impresa Universitaria, Méx. 1950, pág. 9

(92) Cuello Calón, Eugenio, Op. Cit., pág. 271

(93) Ibid., pág. 273.

pues pone al descubierto características biológicas, psicológicas, emotivas y sociales de su personalidad.

De lo anterior se deduce que en relación al delito que nos ocupa, que es el de abandono de servicio, los sujetos activos lo pueden ser sólo los hombres que integran las Fuerzas Armadas Mexicanas de tierra, aire y mar, o sea soldados en activo si son del Ejército o de la Fuerza Aérea o Marineros si son de la Armada en servicio por lo tanto, la forma de conducta sólo puede ser de acción. El sujeto pasivo es la institución a que pertenezca.

b.- Ausencia de Conducta o Hecho.- La ausencia de conducta o hecho constituye el aspecto negativo de la conducta, implica la inexistencia de la conducta delictuosa; la ausencia de conducta surge al faltar cualquiera de los elementos que la integran.

Habrá ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión sean involuntarias; cuando el movimiento corporal o inactividad no puede atribuirse al sujeto por faltar en él la voluntad.

Hipotesis de Ausencia de Conducta:

Vis absoluta o fuerza física exterior irresistible.- Contemplada en la fracción I del artículo 15 de Código Penal del

Distrito Federal. Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal.

I.- Incurrie el agente en actividad o inactividad involuntarias.

El maestro Carrancá y Trujillo, señala: "el que por virtud de la violencia física que sufre su organismo ejecuta un hecho tipificado por la ley como delito, no es causa psíquica sino sólo física; no ha querido el resultado producido, que no puede serle imputado ni a título de dolo ni de culpa; por cuanto no es el mismo el que obra, sino que obra quien ejerce sobre él la fuerza física. (94)

La Vis absoluta supone por tanto ausencia del coeficiente psíquico o voluntad en la actividad o inactividad; quien actúa o deja de actuar se convierte en instrumento de una voluntad ajena puesta en movimiento a través de una fuerza física a cual el constreñido no ha podido oponerse por ello la acción no existe.

Son requisitos de la Vis absoluta, una actuación consistente en una actividad o inactividad involuntaria; que sea --

(94) Carranca y Trujillo, Raúl, Op. Cit., pág. 278.

motivada por una fuerza física, exterior e irresistible, proveniente necesariamente de otro hombre.

Vis mayor o fuerza mayor.- Este caso de ausencia de conducta se refiere a la actividad o inactividad involuntaria -- por actuación sobre el cuerpo del sujeto de una fuerza exterior a él de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales.

El maestro Porte Petit, señala: "existe fuerza mayor -- cuando el sujeto realiza una actividad o inactividad o un cambio en el mundo exterior, por una violencia física irresistible, natural o subhumana". (95)

La involuntariedad del actuar al impulso de una fuerza física exterior e irresistible, impide la integración de la conducta, y por ende el delito. Si el hacer o no hacer son inatribuibles al sujeto por ausencia de voluntad, no puede -- integrarse la conducta y tampoco el hecho, siendo su consecuencia imposible la imputación del resultado a quien ha actuado en un plano exclusivamente físico.

Sueño.- Siendo este un estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente, el cual puede origi

(95) Porte Petit Candaudap, Celestino, Op. Cit., pág. 324.

nar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos.

Al no integrarse la conducta por falta de voluntad, habrá inexistencia del hecho y por ende del delito.

El maestro Luis Jiménez de Asúa, señala que "el sueño -- destruye la responsabilidad por los actos ejecutados durante él". (96)

El sueño puede dar lugar a una ausencia de conducta, pero también según el caso, a una *actio liberae in causa*, cuando el responsable la prevee y la consciente al entrarse al sueño. Se configura una inimputabilidad si entre el sueño y la vigilia existe un *abscurecimiento* de la conciencia y una *facilidad* de asociación de la realidad con las ilusiones o *alucinaciones oníricas*, que hagan al sujeto consumir actos mal interpretados y que, por supuesto, resulten tipificados penalmente.

La ausencia de conducta por sueño en el delito a estudio no da lugar, como ya estudiamos, la actividad tan importante que desempeñan los centinelas y vigilantes en esos servicios y duración. Es más, nuestro Código Castrense no contempla el

(96) Jiménez de Asúa, Luis, Op. Cit., pág. 609.

sueño como excluyente, por lo tanto no hace falta su análisis.

4.- Hipnotismo.- Consiste en una serie de manifestaciones del sistema nervioso, producidas por una causa artificial. Tales manifestaciones puede ir desde un simple estado de somnolencia hasta un sonambólico, pasando por diversas fases en las cuales se acentúa, en sus características externas el grado de hipnotismo.

El maestro Pavón Vasconcelos nos refiere: Durante el sueño hipnótico el sujeto animado de vida ajena, obra por mandato del hipnotizador." (97)

En esta hipótesis habrá ausencia de conducta y por ende de delito en virtud de que el autor de un daño o conducta delictiva solamente como un autor mediato, que pasa a ser un -- instrumento del hipnotizador.

5.- Sonambulismo.- El estado sonambólico es similar al sueño. Es el caso en el que el sujeto deambula dormido, realizando movimientos corporales inconscientes y por ello involuntarios.

El maestro Luis Jiménez de Asúa se refiere al sonambulismo

(97) Pavón Vasconcelos, Francisco, Nociones de Derecho Penal Mexicano, -- Parte General. Edit. Jurídica Mexicana, 1961, pág. 284.

mo de la manera siguiente: "es una enfermedad nerviosa o una manifestación parcial de otras neuropatías como el histerismo o la epilepsia. Los accesos se repiten a veces todos los días en horas determinadas y van siempre precedidas del sueño. Como síntomas pueden observarse ligeras convulsiones o una rigidez cataléptica de los músculos. Antes de volver a la vigilia, el sonámbulo pasa por un estado de sueño ordinario o por una situación confusional soñolienta más o menos prolongada". (98)

Los actos realizados por el sonámbulo son automáticos, - estando en ellos abolida tanto la conciencia como la voluntad.

El maestro Ignacio Villalobos señala: "en el sonambulismo sí existe conducta, más falta una verdadera conciencia; el sujeto se rige por imágenes de la subconciencia, provocadas por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos". (99)

En relación al hipnotismo y sonambulismo, la fracción II del artículo 119 del Código de Justicia Militar en el Capítulo de las Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad.

(98) Jiménez de Asúa, Luis, Op. Cit., pág. 612

(99) Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 2a. Edic. Editorial --- Porrúa, México, 1960, pág. 416.

6.- Movimientos reflejos.- Se han considerado como la - respuesta orgánica sin control por parte del agente que origi na alguna transformación en el mundo que no le es atribuible a quien lo refleja o manifiesta.

El maestro Pavón Vasconcelos refiere o reproduce la idea del tratadista Edmundo Mezgar: "los movimientos corporales -- en los que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que es desatado inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, esto es, en los que un estí mulo, subcorticalmente y sin intervención de la conciencia, pasa de un centro sensorio a un centro de motor y produce el movimiento". (100)

El delito que nos ocupa, que es el de abandono de servi- cio, es emanado de un acto deliberado y resuelto a ejecutar - por parte del agente de la infracción, es por su naturaleza - un delito intencional, en el que, salvo prueba lo contrario, debe presumirse la intención delictuosa, puesto que en el ac- to que lo constituye, es eminentemente volitivo, existente en la sola separación de lugar y del puesto en que se debe perma necer, que no se destruye, aunque se pruebe que el acusado no se propuso causar el daño que resultó, siendo éste, consecuen

(100) Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. Cit., pág. 257.

cuencia necesaria y notoria del hecho constitutivo del delito dado que el acusado previó y pudo prever por ser efecto inmediato del mismo hecho y que está al alcance del común de las gentes, no pudiendo alegar ignorancia de la ley, un impedimento legítimo e insuperable, no puede tomarse en consideración, porque el expresar tal excluyente: "Infringir una Ley Penal dejando de hacer lo que manda"... se refiere a delitos por omisión o abstención, y el de abandono de servicio se integra por una acción.

c.- Antijuricidad: El delito es conducta humana; pero no toda conducta humana es delictuosa, precisa, además, que sea típica, antijurídica y culpable.

Lo antijurídico constituye lo contrario a derecho.

La antijuricidad presupone un juicio o estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídica penal.

El maestro Carrancá Trujillo la define como "La oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado". (101)

Actuó antijurídicamente quien contradice un mandato legal.

(101) Carrancá y Trujillo, Raúl, Op. Cit., pág. 353.

La antijuricidad tiene dos aspectos como elemento esencial del delito: el aspecto formal y el aspectos material.

1.- Antijuricidad Formal.- Cuando la conducta constituye una transgresión a las normas dictadas por el Estado, contrariando un mandato o una prohibición del ordenamiento jurídico. "la infracción de las leyes, significa una antijuricidad formal".

2.- Antijuricidad material.- Cuando la acción es contraria a la sociedad, "el quebrantamiento que las leyes interpretan constituye la antijuricidad material. Si toda la sociedad se organiza formalmente, es para fijar las normas necesarias para la vida del grupo y por ello el Estado proclama sus leyes, en donde da forma tangible a dichas normas." (102)

3.- Naturaleza Jurídica de la Antijuricidad: La antijuricidad tienen naturaleza objetiva, ya que como lo señala el maestro Ignacio Villalobos, la antijuricidad es la violación de las normas objetivas de valoración, nada importan los rasgos subjetivos de quien cometa el acto; sea un infante, un adulto o un enajenado mental, el homicidio es antijurídico.

Por ello nosotros hacemos notar la diferencia de la oposición objetiva o antijuricidad y la oposición subjetiva o --

culpabilidad, pese a que ambas son dos formas de contrariedad con el derecho.

Puede ocurrir que la conducta típica sea aparentemente contraria a derecho, y sin embargo no sea antijurídica por -- mediar alguna causa de justificación.

d.- Causas de Licitud o Justificación: Se consideran generalmente como causas excluyentes de responsabilidad criminal a aquellos actos o accidentes que al concurrir en la ejecución de una acción u omisión que la ley califica "a priori" como delitos, le imprimen a estos un carácter de licitud que los justifica, o determinan por diversas consideraciones habidas, la razón que hay para aceptar la irresponsabilidad del agente, la inculpabilidad o la inimputabilidad del mismo de la acción u omisión punibles.

El concepto de las eximentes de responsabilidad criminal ha sido siempre referido a la ausencia de los elementos integrantes del delito y de este modo se han caracterizado partiendo de la concepción de la acción criminosa y apreciando -- cuál de los elementos de ella no aparecía al concurrir en la propia acción criminosa y denotando cuál de los elementos de ella no aparecía al concurrir en la propia acción una causa -- excluyente. En tal virtud y partiendo del señalamiento clásico de la

composición del delito: infracción, libertad y conciencia, se consideró que las causas excluyentes de la infracción eran -- causas de irresponsabilidad; las oponentes de la libertad, -- eran causas de "inimputabilidad" y las asistentes de la conciencia, eran de "inculpabilidad".

Modernamente se ha distinguido en "causas de justificación; "causas de inimputabilidad" y "causas de inculpabilidad" y algún penalista eminente ha simplificado la clasificación reduciéndola a los términos de "causas de justificación" y "causas de inimputabilidad".

La importancia relevante de las excluyentes se acrecenta al considerar que el juzgador y quienes con él intervienen en la persecución y comprobación de los hechos del delito, están obligados por la Ley, a hacer valer de oficio "las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal" (art. 17 Cgo. Penal Común). Así pues, las excluyentes deben considerarse como supuesto previo de todo proceso, hasta el momento en que se nigue o excluya su aplicación concreta.

Las causas de licitud o justificación constituyen el elemento negativo de la antijuricidad.

El maestro Fernando Castellanos Tena las define como -- "aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la anti-

juricidad de una conducta típica.

"Como las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto atañen a la realización externa. Otras eximentes son de naturaleza subjetiva, miran el aspecto personal del autor.

Mientras las justificantes, por ser objetivas, aprovechan a todos copartícipes, las otras eximentes no. Las causas de justificación son reales, favorecen a cuantos intervienen, quienes en última instancia resultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica, acorde con el derecho". (103)

Las justificaciones son: objetivas e impersonales y por lo mismo aprovechan a todos, quienes resultan cooperando en una acción conforme a Derecho, en tanto las excusas absolutorias sólo eliminan la pena, subsistiendo la delictuosidad del acto y, además, son personalísimas y únicamente favorecen a los que se encuentren dentro de la hipótesis correspondiente.

De lo expuesto se deduce que no todo consentimiento es causa de justificación, sino cuando el interés privado coincide con el social y puede disponer libremente de él su titular

(103) Castellanos Tena Fernando, Op. Cit., pág. 172.

Hay causa de licitud por consecuencia del consentimiento, en los casos en que el tipo no hace referencia expresa a situaciones contrarias a la voluntad, autorización, permiso u -- otras del sujeto pasivo. El consentimiento para que sea eficaz de ser otorgado antes o en el mismo momento en que se está ejecutando la conducta. El ordenamiento Penal limita el consentimiento a los delitos de previa querrela.

Las leyes penales castrenses han seguido, un sistema de inducción de la excluyentes, o un sistema de referencia, en las leyes penales ordinarias. En consecuencias, el Código -- de Justicia Militar, en su Artículo 119, relaciona cuáles son las circunstancias excluyentes de responsabilidad criminal mi militar que son: 1) Legítimas defensa, 2) Estado de necesidad, 3) Cumplimiento de un deber, 4) Ejercicio de un derecho, 5) - Impedimento legítimo y 6) Obediencia Jerárquica.

1.- Legítima defensa: La legítima defensa se repulsa de la agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios.

La legítima defensa se excluye si se prueba que el agredido provocó la agresión dando causa inmediata suficiente para ella; o que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales.

La defensa legítima es una de las causas de justificación de mayor importancia. "... Para Cuello Calón es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor.

Se puede definir cuando el acusado obra en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una acción actual.

El artículo 15, fracción III del Código Penal recoge esta causa de justificación al señalar: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal". III.- Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien defiende. (104)

En cuanto a esta excluyente de responsabilidad penal -- creemos que no es dable en el delito a estudio, sólo se hizo referencia debido a que en otros delitos del fuero de guerra si es aplicable como son: el homicidio, lesiones, etc.

2.- Estado de necesidad: Nos parece adecuado tomar el -- concepto que ofrece el maestro Pavón Vasconcelos al señalar:

(104) Código Penal Vigente, Op. Cit., pág. 5

"estado de necesidad es la colisión de intereses pertenecientes a distintos titulares en una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio. (105)

El mismo autor señala que para otros tratadistas "no - - constituye un derecho, sino un acto que entraña ataque a bienes jurídicos protegidos y justificado en la Ley ante la imposibilidad de usar otro medio practicable y menos perjudicial".⁽¹⁰⁶⁾

El estado de necesidad se encuentra expresamente señalado en nuestro Código Penal vigente en su artículo 15, Fracción IV:

Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:
IV.- Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no -- ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el - agente y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, - siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance. (107)

(105) (106) Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. Cit., pág. 321.

(107) Código Penal vigente, Op. Cit., pág. 6.

Casos de Estado de necesidad regulados expresamente en - la Ley: Aborto necesario o Terapéutico, en el Artículo 334; y Robo de famélico, en el Artículo 379.

Al hablarnos de un acto, se afirma categóricamente que - sólo pueden verificar una agresión los seres vivientes y cuando el daño resulte de un caso fortuito o es ocasionado por -- objeto inanimados, entonces, el resultado no podrá conceptuarse como agresión. Por tanto, sólo el hombre o los animales pueden llevar a cabo una agresión, pero en los daños con que amenacen estos últimos sólo pueden hablarse de legítima defensa cuando su dueño los azuce, pues en caso contrario no puede hablarse sino de estado de necesidad.

En relación al estado de necesidad el Código de Justicia Militar no contempla esta justificantes y creemos que no procedería en ningún momento, por la misma importancia que tiene el servicio en la vigilancia encomendada.

3.- Cumplimiento de un deber: Podemos entenderlo como - la satisfacción o atención que se otorga a lo ordenado o mandado por la ley en forma general e impersonal o a propósito - de la función que se desempeña.

Su fundamento legal lo encontramos en la fracción V del multiplicado Artículo 15 del Código Penal al señalar:

Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

V.- Obrar en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho. (108)

Dentro de la noción "cumplimiento de un deber", se comprende tanto la realización de una conducta ordenada por expreso mandato de la ley, como la ejecución de conductas en ella autorizadas.

El cumplimiento de un deber puede derivar: De una norma jurídica o deber consignado de la ley; en una orden de autoridad; Cargo público, y la profesión.

El cumplimiento de un deber tiene un significado de rectitud de conducta constantemente adoptado a las normas y a los dictados de la conciencia social militar y él no solo no puede representar una transgresión legal sino que es un acto benemérito. Ahora bien, los deberes legales no pueden dar lugar a infracciones, pero los de otra índole sí, pues por ejemplo los deberes ético-religiosos a medida que se distancian de los deberes legales crean conflictos que de ninguna manera están amparados por la Ley Militar.

(108) Id.

Asimismo es objeto de consideración en derecho penal que la excluyente de cumplimiento de deberes sirve de base a un régimen de deberes profesionales e inclusive se consideran -- los estatutos amparadores del ejercicio de una profesión. Precisamente por el carácter atribuido al Derecho Penal Militar mexicano de derecho disciplinario exclusivo de los militares, el significado de la excluyente de deberes legales protectora de la profesión le afecta con sigular importancia.

En el ejército todo está influido de un alto sentido del deber profesional más que en ninguna otra rama de la vida.

En la Milicia antes de alegarse los derechos han de cumplirse los deberes; el militar primero debe cumplir y después reclamar y esto es tan fundamental que hasta en el uso del derecho a la libertad se comienza por cumplir el arresto a que se haya hecho acreedor el sujeto y después viene la reclama--ción por lo indebido de la imposición del correctivo. En tales condiciones, al militar pocas veces se le ampara con reconocimiento de que usa de su derecho, sino más bien, su dere--cho por el aspecto correlativo del deber que se le considera en manifestación de éste y es el propio deber y su cumplimiento al que se atiende.

Otro tanto ocurre con el ejercicio legítimo de empleo, - autoridad, cargo público militar, en el que más fácilmente se

descubre el deber de prestalo que el derecho de ejercerlo, -- pues como en todos los conceptos con que la Ley define la excluyente de cumplimiento legal, destaca más el aspecto de cumplir el deber, y así el militar no puede rehusar el grado o - empleo que se le confiere, y también, podemos ver un doble aspecto en virtud de que hay un deber que desempeñar en el em-- pleo y una facultad de ejercerla.

Respecto al ejercicio de autoridad o cargo público puede decirse lo mismo. La autoridad o el cargo militar se ejerce impregnados del deber de protección a los subordinados o in-- feriores y los que ejercen el cargo o autoridad les corresponde desempeñarlo con atingencia y efectividad, representando - estos empleos o cargos, más bien el cumplimiento de un deber que el ejercicio de un derecho.

El Cumplimiento de un Deber, puede presentarse en el de-- lito a estudio, como sería el caso de que se separara de su - servicio, en virtud de una orden del superior jerárquico, y - éste cumple con un deber.

4.- Ejercicio de un derecho: Es la actualización de una facultad o permiso que otorga la ley; en este se lleva a cabo un comportamiento que de no ser por circunstnacias de excep-- ción y en estricto apego a derecho implicaría la comisión de un delito.

El propio artículo 15 en su fracción V declara: "Circunstancia excluyente de responsabilidad": El obrar en el ejercicio de un derecho consignado en la ley.

El ejercicio de un derecho como causa de justificación se origina:

1.- En el reconocimiento hecho por la Ley sobre el derecho ejercitado.

2.- De una facultad o autorización otorgada en forma licitada por la autoridad competente.

A su vez la facultad o autorización concedida requiere:
- Que se derive de una autoridad: - Que ésta actúe dentro del marco de su competencia; y - Que la autorización reúna los requisitos legales.

En Derecho Romano se preceptuaba "Juris enim executio -- non habet injuriam". La razón de ser de esta excluyente militar es patente, ya que en los actos de ejecución legal no puede ofrecerse motivo de delito y por tanto no cabe responsabilidad criminal castrense.

5.- Impedimento Legítimo: La presencia de esta figura -- implica la concurrencia de dos normas o disposiciones cuyo --

cumplimiento simultaneo es imposible, en virtud de que la - - atención a uno de ellos implica la desatención del otro. Su - fundamento legal lo encontramos en la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal.

Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: VIII.- Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de - hacer lo que manda por un impedimento legítimo.

En esta hipótesis la conducta será siempre omisiva, pues sólo las normas preceptivas, cuya violación se origina en una omisión, imponen un deber jurídico de obrar. EL impedimento legítimo lo es cuando deriva de la propia ley, y por esta razón la omisión típica no es antijurídica. En esta excluyente aparece también el principio del interés preponderante.

6.- Obediencia Jerárquica: Esta excluyente surge a virtud de la relación que existe entre dos o más personas, respecto a las cuales opera una situación de jerarquía y de subordinación o dependencia, entre uno y otro.

Su fundamentación la encontramos en la fracción VII, del artículo 15 del Código Penal: Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: VII.- Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aún cuando su mandato constituya -- delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acuso lo conocía.

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos, señala: "Con toda evidencia la excluyente refierese, solamente, a las órdenes ilícitas, dado que las conforme a derecho no necesitan -- ampararse en eximente". (109)

Requisitos de la obediencia jerárquica: a.- Que la orden no sea notoriamente delictuosa; b.- Que no se pruebe que el - acusado conocía su ilicitud.

Consiste esta excluyente en haber obrado en cumplimiento de una orden relativa al servicio dada por su superior legítimo. Ella es de gran importancia en el Derecho Castrense ya - que como se ha dicho anteriormente el Derecho Penal Militar - es disciplina referida fundamentalmente a los principios y de obediencia.

Cuando el mandato es ilícito, pero ha satisfecho el mandante, al menos aparentemente, los requisitos formales de legalidad y su mandato es análogo a los que dentro de sus atribuciones puede ordenar como superior, se convierte al sujeto obediente en simple instrumento, esto es, si no conocía o no percibió la ilicitud de la orden recibida y así obra inculpa- blemente. De este modo la acción ejecutada en acatamiento --

(109) Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. Cit., pág. 347.

del mandato ha de aceptarse como carente de dolor y culpa, -- por lo que es indubitable que la excluyente presenta en este caso, repetimos, características de causa de inculpabilidad.

Legitimidad en el mando; Bajo este enunciado encontramos el primer elemento característica de obediencia eximente, refiriéndose tal elemento a la relación estrictamente jerarquizada que ofrecen los grados del ejército.

En el artículo 31 de la Ley de Disciplinas vemos clasificada la superioridad de mando en dos clases: jerárquica y de cargo; la primera dice: "Corresponde a la dignidad que representa el grado con arreglo a las escalas del Ejército", y la segunda: "es inherente a la comisión que desempeña un militar por razón de sus funciones y de la autoridad de que está investido". (110)

Es categórico el principio de obediencia que deben los inferiores a sus superiores en función del grado que los distingue, pero debemos hacer mención también al elemento que los subordina a los de la misma jerarquía o de mayor antigüedad o al puesto y cargo desempeñado, y esto sucede cuando la falta de personal idóneo se encomienda al servicio a los de -

(110) Ley de Disciplina del Ejército, Tomo III, 10a. Edic. Taller Autográfico E.M.D., México, 1987, pág. 66.

inmediata categoría empezando por los de mayor antigüedad; de aquí la frase conocida en el sentido de que la antigüedad re presenta un grado en la milicia".

Requisito esencial de la obediencia debida es el de la legalidad en el mandato. El se refiere a la inexcusable obediencia que obliga al inferior a observar en todos los actos que tengan relación con el servicio, la orden que dicte el superior.

Cuando la orden recibida engendra un acto ilícito, no hay razón para que deba cumplirse dicha orden, no solamente no se debe cumplir sino que además, como dice Manzini "hay obligación de denunciarlo ante la superioridad, para su debida sanción". El artículo 14 de la Ley de Disciplina, proviene: "Que es estrictamente prohibido al militar expedir órdenes cuya ejecución constituya delito; el militar que las expi da y el subalterno que las cumple, serán responsables conforme a la Ley Penal Militar". (111)

El maestro Jiménez de Asúa aclarando los concepto análogos a los antes expuestos opta por la solución de distinguir si el indulto obró con dolo o culpa.

(111) Ley de Disciplina del Ejército, Op. Cit., pág. 14.

e.- La imputabilidad: Otro elemento del delito es la - - IMPUTABILIDAD hay autores que separan ésta de la culpabilidad estando ambas como elementos autónomos del delito y hay quienes dan un amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella la imputabilidad.

Al respecto el maestro Ignacio Villalobos señala: la imputabilidad debe aceptarse hoy como un tecnicismo que se refiere a la capacidad del sujeto: capacidad para dirigir sus actos dentro del orden jurídico y que, por tanto, hace posible la culpabilidad.

El mismo autor toma la idea del tratadista Edmundo Mezger al señalar: "puede haber imputabilidad sin culpabilidad, pero no culpabilidad sin imputabilidad".

"... Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable, si en la culpabilidad, como se verá más adelante, interviene el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. - Por eso la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal), se le debe considerar como el soporte o ci

miento de la culpabilidad y no como un elemento del delito.⁽¹¹²⁾

"Comúnmente se afirma que la imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psicológico, consistente en la salud mental. Son dos aspectos de tipo psicológico: salud y desarrollo mentales; generalmente - el desarrollo mental se relaciona estrechamente con la edad. (113)

En relación a las ACCIONES LIBERAE IN CAUSA, Castellanos Tena nos dice que: "... La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho; pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. A esas acciones se les llama liberae in causa (libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto)..."⁽¹¹⁴⁾

Existe una acción libre en su causa, cuando el sujeto antes de actuar, voluntario o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito.

Tal es el caso de quien decide cometer el delito del Abandono de Servicio y para darse ese ánimo bebe con exceso y

(112) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., pág. 204

(113) Castellanos Tena, Fernando, Ibid., pág. 209

(114) Castellanos Tena, Fernando, Ibid., pág. 210

ejecuta el delito en estado de ebriedad. Aquí, sin duda alguna, existe - la imputabilidad; entre el acto voluntario (decisión de delinquir) y su resultado, hay un enlace causal en el momento del impulso para el desarrollo de la cadena de la causalidad dice Cuello Calón-, el sujeto era imputable.

f.- La inimputabilidad: La inimputabilidad constituye - el aspecto negativo de la imputabilidad, determina los estados anormales del sujeto, refiriéndose a trastornos mentales - transitorios que excluyen la responsabilidad de aquellos que han delinquido siendo estos permanentes o transitorios, voluntarios o involuntarios como son el empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes, el miedo grave que determina la inimputabilidad.

La inimputabilidad es la falta o carencia de capacidad - psíquica requerida para atribuir una responsabilidad de carácter penal a un sujeto determinado.

Las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular el desarrollo o salud mental, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para delinquir.

Son admisibles tanto las excluyentes legales como las -- llamadas supralegales.

Hipótesis de inimputabilidad.

Minoridad o minoría de edad: Desde el punto de vista formal, se sostiene de acuerdo con nuestra legislación vigente, que sólo quienes tienen dieciocho años pueden ser sujetos activos del derecho penal, la que equivale a decir, que quienes no han cumplido dicha edad, aparecen como inimputables.

El Maestro Sergio García Ramírez señala: "la falta de desarrollo psíquico, característica de la infancia, impide discernir el carácter antijurídico de la conducta e inhibir el impulso delictivo". (115)

El mencionado autor continúa señalando: "el imperfecto desarrollo psíquico del adolescente ha dado origen a ciertas concreciones de imputabilidad disminuida o condicionada y a medidas de seguridad". (116)

Nosotros no estamos de acuerdo con quienes afirman que los menores de dieciocho años no cometen delitos sino infracciones, ya que consideramos que una persona desde los trece o catorce años ya tiene plena capacidad para diferenciar en-

(115) García Ramírez, Sergio, La Imputabilidad en el Derecho Penal Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México 1981, pág. 26.

(116) Id. pág. 26.

tre el bien y el mal, además de que en esta época los "niños" tienen un desarrollo más temprano en todos sus aspectos, y -- por ello consideramos necesario disminuir la edad límite de la inimputabilidad a quince o dieciséis años.

El Código de Justicia Militar contempla a los menores de dieciocho años, únicamente por lo que respecta a las penas y a la substitución.- "... Los menores de dieciocho años que por cualquier causa estuvieren prestando sus servicios en el ejército, serán castigados con la mitad de las penas corporales señaladas en la presente ley, respecto del delito cometido..." (117) "... La substitución podrá hacerse en los casos siguientes: 1. Cuando la pena señalada sea la capital y el acusado fuere mujer o no llegue a dieciocho años o haya cumplido sesenta, al tiempo de pronunciarse sentencia, o hayan transcurrido cinco años desde que se cometió el delito hasta el momento de ser aprehendido el culpable, aunque se hubiere actuado en el proceso..." (118)

Sordomudez: Entendemos por sordomudez la afección por la carencia de los sentidos del habla y del oído.

El Maestro Sergio García Ramírez apunta: "... La sordomu

(117) Código de Justicia Militar, Op. Cit., pág. 60

(118) Ibid., pág. 65.

dez debe fundar una exención de imputabilidad, y esto por el deficiente desarrollo mental del sordomudo, que se traduce en la falta de cabal comprensión del deber y entender el carácter ilícito de determinadas conductas..." (119)

Esta causa de inimputabilidad debe ser condicionada, ya que será imputable el sordomudo que perdió los sentidos a partir de cierta edad, cuando ya era instruido y había recibido la mínima formación social y cultural.

En razón de ello tendríamos que sólo el sordomudo por nacimiento es inimputable.

Esta clasificación no se encuentra establecida en el Código de Justicia Militar, puesto que se excluye a este tipo de personas desde que aspiran a causar alta en el Instituto Armado, y si llegan a adquirirlo posteriormente se les recluye en escuela o establecimiento especial para sordomudos por todo el tiempo que fuere necesario para su educación o recuperación, al mismo tiempo se procede a solicitarles su baja por inutilidad con la compensación pecuniaria respectiva, o en su caso la pensión correspondiente.

(119) García Ramírez, Sergio, Op. Cit., pág. 27.

Miedo Grave: Entendemos por miedo grave, la perturbación angustiosa del ánimo que violenta a quien lo sufre, a llevar a cabo ciertos comportamientos, sin estar controlados o gobernados por la mente del sujeto de quien se trate.

El miedo grave lo encontramos expresamente regulado en la fracción VI del Artículo 15 del Código Penal: Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

"VI.- Obrar en virtud del miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro remedio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

Con el miedo grave puede producirse la inconsciencia o un verdadero automatismo, y por ello constituye una causa de inimputabilidad, ya que afecta la capacidad psíquica del sujeto." (120)

Octavio Véjar Vázquez expresa: "Según nos dice Castellanos Tena "... ya se sabe que el miedo difiere del temor en -- cuanto se engendra como causa interna y el temor obedece a -- causa externa. El miedo va de adentro para fuera y el temor -

de afuera para dentro..." (121)

Debemos agregar que es posible la existencia del temor - sin el miedo, es dable temer a un adversario sin sentir miedo del mismo. En el temor, el proceso de reacción es consciente; con el miedo puede producirse la inconsciencia o un verdadero automatismo y por ello constituye una causa de inimputabilidad; afecta la capacidad o aptitud psicológica.

Como fenómeno de voluntad, el miedo se llega a dominar - mediante el entrenamiento y la debida preparación que va adquiriendo el individuo que se ha iniciado en la práctica militar.

Está comprobado que el individuo que se encuentra por -- primera vez en una situación de lucha o de combate revela un miedo inevitable y natural.

Las leyes comunes no han exigido a los hombres el esfuerzo de ánimo superior al mal coaccionante, es decir, no se ha obligado al individuo sacrificarse ni le han exigido el heroísmo y de aquí, como afirman Pacheco y Groizard que invariablemente se haya reputado al miedo causa común excluyente de culpabilidad.

(121) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., pág. 213.

El miedo grave que en derecho castrense y en el delito a estudio por su propia naturaleza no existe; fundamentado esto por el mismo sistema de vida, que el actuar cotidiano del militar propicia, debido al entrenamiento a que se somete; pero si surgiera esta situación se tomaría con toda reserva del caso y bajo ciertas circunstancias.

El militar desde que jura bandera y viste el uniforme militar, poniendo su propia existencia al servicio de la Nación ya no puede alegar egoísmo de ninguna clase para faltar a sus deberes", concluyendo el comentarista que en los delitos profesionales nunca debe ser el miedo causa de exención.

Trastornos mentales transitorios y permanentes: Son también llamados de inconsciencia por implicar la falta de vinculación de la conciencia con el mundo externo.

En estos supuestos, estamos ante la falta de salud psíquica transitoria o permanente, que impide al sujeto definir el carácter antijurídico de su conducta o inhibir sus impulsos delictivos.

Cabe señalar que la ley vigente no distingue los trastornos transitorios de los permanentes.

"Cuando por el empleo de una sustancia tóxica se produce

una intoxicación que provoca un estado de inconsciencia patológica, las acciones que en tal estado se ejecutan no son propiamente del sujeto, sino puede decirse que le son ajenas. - La inimputabilidad es obvia. Ahora bien, si la intoxicación ha sido procurada por el sujeto mismo, voluntaria y deliberadamente, para que se produzca determinado resultado, se estaría en el caso de una acción libre en su causa, aunque determinada en sus efectos; y si no fuera deliberada, sino imprudente o culposa, se estará en la posibilidad de la imputación culposa." (122)

Cuando el individuo capaz, voluntariamente utiliza un medio liberatorio o desinhibitorio y se coloca en una situación de inimputabilidad, el resultado le es imputable y por tanto culpable y merecedor de sanción penal.

Trastorno mental o desarrollo intelectual retardado: Esta hipótesis de inimputabilidad la contempla la fracción II - del Artículo 15 del Código Penal al señalar: Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

II.- Padecer el inculpaado, al cometer la infracción, - - trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, que le -

(122) Carrancá y Trujillo, Raúl, Op. Cit., pág. 440.

impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que - el propio sujeto activo haya provocado es incapacidad intencional o imprudencialmente.

Atendiendo al contenido de la fracción transcrita, debemos entender que el legislador trató de abarcar todas las enfermedades mentales existentes.

Esta excluyente la encontramos recogida en la fracción segunda del artículo 199, del Código de Justicia Militar. El texto de la ley es como sigue: I. Hallarse el acusado en estado de enajenación mental al cometer la infracción; II. Hallarse el acusado al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o - - enervantes, o por un estado toxi-infecciosos agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio. (123)

Entre los estados de inconsciencia que señalan los penalistas se encuentran los siguientes: el sueño, fenómeno físico de muy distinta valoración; unas veces es causa de exención y en otras, de responsabilidad.

(123) Código de Justicia Militar, Op. Cit., pág.

El sonambulismo es el estado variante del sueño en el que el sujeto va de un lado a otro, en un estado de inconsciencia de sus actos. Los estados hipnóticos también se consideran estados de inconsciencia, que excluyen la responsabilidad del hipnotizado, en virtud de que sus actos están regidos por las órdenes que emanen de la voluntad del operador -- hipnotista.

En el texto de nuestra ley pudieran considerarse incluidos todos estos estados, más siempre y cuando no han sido procurados voluntariamente.

La Justicia Militar cuenta con la garantía del Servicio Médico Legal y el Laboratorio científico de investigación, -- disponiendo de estos métodos modernos se ha podido establecer actualmente cuándo es válida la excluyente de enfermedad mental.

La locura presenta un doble aspecto jurídico, ya sea anterior o posterior a la comisión del delito, la primera y bajo la base de la declaración pericial es siempre excluyente.

g.- Culpabilidad: Como ya lo hemos expresado, la imputabilidad es el presupuesto de la culpabilidad, y, constituye -

la capacidad del sujeto por entender y querer, es decir, es una situación psíquica en abstracto; mientras que la culpabilidad, como la define el maestro Carrancá y Trujillo "es la concreta capacidad de imputación legal, declarable jurisdiccionalmente, por no haber motivo legal de exclusión en relación al hecho de que se trate". (124)

Se considera culpable la conducta, cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochable.

"El delito es un hecho culpable. No basta que sea un hecho antijurídico y típico, también debe ser culpable. No es bastante que el agente sea su autor material es preciso además que sea su autor moral, que lo haya ejecutado culpablemente." (125)

Existe culpabilidad, cuando se conjugan la conducta, antijuricidad y en el tipo en un mismo agente. Se crea la figura de la culpabilidad que es reprochable al sujeto activo del delito y sin la presencia de alguno de estos elementos indispensables o constitutivos no se puede hablar de culpabilidad.

(124) Carrancá y Trujillo, Raúl, Op. Cit., pág. 431.

(125) Jiménez de Asúa, Luis, Op. Cit., pág. 352.

La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto pueden comportarse a lo mandado.

Así, la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. Ese juicio "... surge de la ponderación de dos términos: por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y, por otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al Derecho; es decir, el deber ser jurídico..." (126)

Como se observa, en relación a la culpabilidad, ésta reviste dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho típicado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por un olvido de las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa).

También suele hablarse de la preterintencionalidad como una tercera forma o especie de la culpabilidad, si el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto.

Tanto en la forma dolosa como en la culposa, el comportamiento del sujeto se traduce en desprecio por el orden jurídico.

Afirma el maestro Porte Petit: "El Código Penal Mexicano comprende tres formas de culpabilidad: el dolo, en el artículo séptimo; la culpa en el octavo y la preterintencionalidad en la fracción segunda del artículo noveno, de naturaleza mixta y regulada como dolosa". (127)

No existe una tercera especie de culpabilidad integrada - por el dolo y la culpa, porque ambos estados psicológicos se excluyen. EL dolo necesita de una voluntad consistente encaminada directa, indirecta, ideterminada o eventualmente al -- resultado. En tanto que hay culpa cuando el hecho se produce por imprudencia, impericia o negligencia del agente. (127)

(127) Vease Porte Petit Candaudap, Celestino, Importancia de la Dogmatica Jurídica Penal, págs. 49 y 50.

(128) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., pág. 234.

En el dolo, el agente conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla; es decir, simplemente tiene la intención de realizarla y con ello delinquir.

h.- Inculpabilidad: La inculpabilidad constituye el aspecto negativo de la culpabilidad; la inculpabilidad se presenta cuando el agente resulta absuelto.

Opera cuando faltan los elementos esenciales de la culpabilidad, dolo o culpa, que son el conocimiento y la voluntad.

Toda causa eliminadora de los elementos intelectual y volitivo, debe ser considerada como causa de inculpabilidad.

Como es lógico, las teorías sobre la naturaleza de la culpabilidad se reflejan en las causas de inculpabilidad. Los normativistas la relacionan en forma directa con el juicio de reproche y los psicólogos con la conciencia y voluntad. Así para los normativistas las causas de inculpabilidad liberan al sujeto en el juicio de reproche. Respecto a la concepción psicológica, las causas de inculpabilidad, son aquellas que afectan el conocimiento o la voluntad del sujeto. El doctor Petit C. opta por una postura ecléctica al afirmar que, dogmáticamente la inculpabilidad puede fundamentarse psicológica y normativamente.

De acuerdo con los seguidores de la corriente normativa las causas de inculpabilidad son el error y la no exigibilidad de otra conducta; para los sicólogos, el error y la coacción sobre la voluntad.

1.- Error o Ignorancia.

Para efectos de derecho penal, ambos conceptos se identifican o reunen, pues tanto vale ignorar como conocer falsamente sobre la antijuricidad de una conducta.

Tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuricidad de su conducta; el obrar en tales condiciones revela falta de malicia, de oposición subjetiva con el Derecho y por lo mismo con los fines que el mismo se propone realizar. Mientras en el error se tiene una falta apreciación de la realidad, en la ignorancia hay ausencia de conocimiento; en el error se conoce, pero se conoce mal; la ignorancia es una laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce, ni errónea, ni certeramente.

El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad. Así el Lic. Castellanos nos re

fiere: "El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente..." (129)

El error se clasifica en error de hecho y error de derecho. A su vez, el primero se divide en esencial y accidental.

Respecto a la diferencia entre error de hecho y error de derecho, citamos textualmente al maestro español Jiménez de Asúa que dice: "Desde el derecho romano se distingue entre el error de derecho y el error de hecho, y siguiendo a Savigny - se ha dicho que el primero recae sobre una regla de derecho, es decir, sobre el derecho objetivo, en tanto que el segundo versa sobre hechos jurídicos; es decir, sobre las condiciones exigidas en el hecho para la aplicación de una regla jurídica". (130)

Relacionando lo dicho en los dos párrafos anteriores, -- nos permitimos señalar que el error de derecho consiste en la ignorancia de la Ley o el conocimiento equivocado de la misma.

El error de derecho no produce efectos de eximente, sin embargo, el Artículo 59 Bis dispone que: "Cuando el hecho se

(129) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit. págs. 238 y 241.

(130) Jiménez de Asúa, Luis, Op. Cit., pág. 392.

realice por error e ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso". En tal virtud, el error de derecho sólo opera como atenuante y no como excluyente.

2.- Eximentes Putativas: Por tales se entiende, dice el maestro Fernando Castellanos Tena: "Las situaciones en las --cuales el agente, por error de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico del derecho penal, ha---llarse amparado por una justificante o ejecutar una conducta atípica (permitida o Lícita), sin serlo". (131)

A las causas de justificación ya estudiadas, se les agrega el error esencial e invencible en que se encuentra el autor de hecho enjuiciado, respecto a la licitud de su conducta y del resultado causal de ésta.

El funcionamiento de estas eximente debe apoyarse en el carácter esencial e invencible del error de hecho.

(131) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., pág. 262.

3.- La no exigibilidad de otra conducta: Se entiende como el actuar excepcional o circunstancial del agente, que por extremos que lo rodean, imposibilitan al Estado a exigir un comportamiento diverso de aquel producido.

Trae como consecuencia la imposibilidad de considerarlo responsable y de imponerle sanción. "hay no exigibilidad de otra conducta, cuando la realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación especialísima, apremiante que hace excusable ese comportamiento". (132)

4.- Coacción psicológica o temor fundado: Entendemos por temor fundado, el constreñimiento de carácter psicológico de procedencia humana que conduce a quien lo recibe, a realizar un comportamiento que no le es atribuible a nivel de culpabilidad o de responsabilidad penal.

El temor fundado se encuentra contemplado en la fracción VI del Artículo 15 del Código Penal.

Artículo 15: Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: VI.- Obrar en virtud de temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos pro-

(132) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., pág. 269.

pios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

Puede considerarse esta excluyente como una causa de inculpabilidad por coacción sobre la voluntad, siempre y cuando no la anule en el sujeto, sino la conserve las facultades de juicio y decisión de tal manera que pueda determinarse en presencia de una seria amenaza.

Como se puede observar de todo lo analizado en relación a la culpabilidad concluimos: Que en estos dos conceptos del Código de Justicia Militar se reúne todo lo visto, ya que de acuerdo a este último precepto, la presunción de que el delito que nos ocupa es intencional y no queda destruída, aún - - cuando el acusado pruebe alguna de las circunstancias mencionadas en el mismo precepto. A menos que exista una causa que excluya la culpabilidad.

i.- Condiciones objetivas de punibilidad: Las condiciones objetivas de punibilidad, son aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación.

El maestro Luis Jiménez de Asúa, las define como aquellas condiciones, de las que el legislador hace depender, en una serie de casos, la efectividad de la pena conminada y que

por ser extrínsecas e independientes del acto punible mismo, no han de ser abarcadas por la culpabilidad del agente". (133)

La condición objetiva de penalidad tampoco es elemento esencial del delito. Si las contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltan en él, entonces constituirán menos requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos. Basta la existencia de no sólo sin estas condiciones, para demostrar que no es elemento de su esencia. Muy raros delitos tienen penalidad condicionada.

Para Guillermo Colin Sanchez, existe identidad entre las "cuestiones perjudiciales" y las "condiciones objetivas de punibilidad", así como los requisitos de procedibilidad". Textualmente expresa: "... Quienes hablan de condiciones objetivas de punibilidad lo hacen desde el punto de vista general del Derecho Penal, y los que aluden a cuestiones perjudiciales les enfocan el problema desde el punto de vista procesal..." (134)

Como ejemplo suele señalarse la previa declaración judicial de quiebra para proceder por el delito de quiebra fraudulenta; notesé que este requisito en nada afecta la naturale

(133) Jiménez de Asúa, Luis, Op. Cit., pág. 18.

(134) Colín Sánchez Guillermo, Op. Cit., pág. 239.

za misma del delito.

j.- Falta de las condiciones objetivas de Punibilidad: -

El maestro Jiménez de Asúa nos enuncia: "La ausencia de condiciones objetivas de punibilidad puesto que están insitas en la descripción, aunque no forman parte del tipo, que el autor ha de concretar en su dolo, lo mismo que la ausencia de elementos típicos, y cuando se trata de condiciones de perseguibilidad, tienen como característica la de ser subsanable su falta". (135)

k.- Punibilidad: Consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de una conducta delictiva, y su aspecto negativo lo constituyen las llamadas excusas absolutorias.

Eugenio Cuello Calón... "El delito es acción punible. La punibilidad es uno de los caracteres más destacados. Como ya vimos, para que una acción constituya delito, además de los requisitos de antijuricidad, siendo éste de todos ellos, el de mayor relieve penal". (136)

"Es punible una conducta cuando por su naturaleza ameri-

(135) Jiménez de Asúa, Luis, Op. Cit., pág. 475.

(136) Cuello Calón, Eugenio, Op. Cit., pág. 522.

ta ser penada; se engendra entonces una amenaza estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio del -- jus puniendi). Igualmente se entiende por punibilidad, la -- acción específica de imponer a los delincuentes, las penas -- conducentes". (137)

Aún se discute si la punibilidad posee o no el rengu de elemento esencial del delito.

Dice el maestro Porte Petit, refiriéndonos al Lic. Castellanos, "... Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente - la penalidad es un caracter del delito y no simple consecuencia del mismo..."

1.- Excusas absolutorias. - Las excusas absolutorias consisten en el perdón legal al infractor de una norma penal. - Su fundamento es la utilidad pública, la cual, podemos identi-- ficar con el arrepentimiento del sujeto, el incentivo en lu-- gar de castigo en la mínima temibilidad, la conservación del núcleo familiar, la maternidad consciente y libre, etc.

(137) Castellanos Tena, Fernando, Op. cit., pág. 249.

Igual fundamento opera para las causas contenidas en los artículos 280 fracción II y 151 del Código Penal del Distrito. La primera alude a la exención de pena a determinados parientes de un homicida, si ocultan, o sin la debida licencia sepultan el cadaver del occiso. El otro precepto excusa a ciertos familiares de un detenido, procesado o condenado -- cuando favorezcan su evasión, excepto si proporcionan la fuga mediante violencia en las personas o fuerza en las cosas.

Por otra parte el Código de Justicia Militar en su Art. 120 nos dice lo siguiente: "... Las circunstancias que disminuyen o aumentan la responsabilidad criminal del acusado serán establecidas y calificadas por el Juez, a su arbitrio..."⁽¹³⁸⁾

En el Art. 121 nos dice: "... Para determinar estas circunstancias se tendrá en cuenta: I.- La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro recorrido. II.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta procedente del acusado y los motivos que lo impulsaron a delinquir III.- Las condiciones personales en que se encontraba en el momento de cometer el delito y los demás antecedentes que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, amistad

(138) Código de Justicia Militar, Op. Cit., pág. 50.

o nacidos de otras relaciones sociales; la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. IV.- La actitud del acusado con posterioridad a la comisión del delito y especialmente las facilidades que éste haya proporcionado para la averiguación de la verdad..."(139)

II.- DERECHO COMPARADO.

El objetivo de este capítulo será el de obtener tanto -- del Código de Justicia de Argentina como el mexicano, los elementos comunes para afirmar que el delito de abandono de servicio se encuentra tipificado en ambos sistemas jurídicos del fuero de Guerra, que las penas son casi similares tanto en -- tiempo de paz como en tiempo de guerra, que tienen ambos un -- común denominador que es la conservación de la disciplina.

A.- En el Código argentino este delito se encuentra encuadrado en Infracciones contra el servicio en el artículo -- 710 "Se considera cometido el abandono de servicio, cuando el que se halle prestándolo se separa de su puesto a una distancia que lo imposibilita para ejecutar la debida vigilancia o cumplir las órdenes referentes al servicio que deba prestar".

En el Código nacional el delito se encuadra en los cometidos en ejercicio de las funciones militares o con motivo -- de ellas "El delito de abandono de comisión o de puesto, consiste en la separación del lugar o punto, en el que conforme a disposición legal o por orden superior se debe permanecer, para desempeñar las funciones del encargo recibido.

B.- El Código de Justicia de Argentina en su artículo -- 708 no establece diferencia si el abandono es al estar desempeñando un servicio de armas o no de armas, nos enuncia única mente que sería reprimido con sanción disciplinaria que sería un arresto, pero sí establece que si sucediera en tiempo de - guerra se reprimiría con prisión.

El mismo Código en el artículo 711 establece que en combate frente al enemigo o en circunstancias tales que ponga en peligro la seguridad de las fuerzas armadas, la pena será de prisión mayor o muerte.

En el Código de justicia nacional en su artículo 311 establece la pena para este delito tanto para tiempo de paz como de guerra; en tiempo de paz, si el abandono fuere en servi cio de armas lo sería de dos años de prisión y si fuere el -- abandono en servicio pero no de armas de un año.

En tiempo de Guerra, aumentaría con un año de prisión, - si se cometiere frente al enemigo sería de muerte.

C O N C L U S I O N E S

1.- En el Derecho Penal Militar, debe seguirse considerando como principal fuente histórica el Derecho Penal Precortesiano que es: Testimonio de severidad moral, concepción dura de la vida, de notable cohesión política.

2.- La Legislación Militar subsiste y debe subsistir como base elemental de la disciplina dentro de las Fuerzas Armadas Mexicanas (Ejército, Fuerza Aérea y Armada).

3.- La jurisdicción Militar se justifica porque la función del ejército es defender la inviolabilidad del territorio y la organización política del Estado Mexicano.

4.- Naturaleza y Sustantividad hacen del Derecho Castrense una rama del Derecho Positivo General autónoma. Pública por la irrenunciabilidad de las normas de naturaleza castrense. Sustantiva porque es un conjunto de normas o reglas de conducta procedentes de autoridad legítima y autónoma, porque en el momento en que la Constitución de 1917 le confiere calidad sustantiva automáticamente le autoriza a ser autónoma para regir con gran ejemplaridad y ser coactiva a sus destinatarios.

5.- La conservación de la disciplina militar impone la -

necesidad de castigos severos e inmediatos al hecho delictuoso para que surta el efecto de ejemplaridad; no pudiendo obtenerse dicho efecto ante los tribunales ordinarios por lo que se justifica que para los delitos o faltas del orden militar, subsistan los tribunales militares.

6.- Al través de la cronología de los pueblos que han alcanzado plenitud y trascendencia universal, se observa que la pena de muerte siempre ha estado presente.

7.- El imperativo de rigurosa disciplina, que es nervio del Instituto, justifica el Fuero de Guerra como instrumento para fortalecer a aquél en sus resortes de obediencia, respecto a la jerarquía, sumisión al deber, estímulos al valor, etc. -- Esto significa que en Fuero de Guerra no es privilegio sino un deber indubitable a un orden de mayor exigencia; lo que se comprueba con sólo considerar los numerosos casos de pena de muerte consignados en el Código de Justicia Militar vigente.

8.- La pena de muerte la consideramos útil y necesaria y por lo tanto justa en cualquier tiempo; pues los hechos a que debe aplicarse se pueden realizar tanto en tiempos normales como de emergencia; y claro que en el segundo supuesto, los hechos graves se multiplican y quizás sea necesario aplicarla más extensamente por la gravedad de la situación y la necesidad de poner freno inmediato a todo delito que represente un

peligro cierto para la paz pública. Pero la amenaza de muerte y su ejecución siempre debe subsistir para aquellos que a pesar de estas medidas constituyan un peligro alarmante para la convivencia humana.

En la Legislación Militar esta justificada plenamente la imposición de la pena capital en los graves delitos especificados en el Código Castrense.

9.- Además, y para que en lo sucesivo, la supresión de la citada pena no quede al arbitrio de los legisladores locales, es necesario redactar el último párrafo del artículo 22 Constitucional en la siguiente forma:

"Queda prohibida la pena de muerte por delitos políticos; deberá imponerse al traidor a la Patria, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja y a los reos de delitos graves del orden militar; pudiendo aplicarse, en estado de emergencia, a delitos que por la necesidad y la gravedad de la situación la ameriten".

10.- Consideramos que el legislador debió haber empleado el término "abandono" por el de "separación", toda vez que -- abandono es el implemento de los deberes del cargo o función en este caso el militar que abandona el lugar o punto que conforme a disposición legal o por orden Superior deba permane--

cer para cumplir con sus funciones.

11.- En la redacción del Artículo 62 del Código al referirse a la excepción de los tribunales militares por razón -- del lugar considerando facultad a la Secretaría de Guerra para cambiar su jurisdicción cuando las necesidades del servicio de justicia lo requieran, es criticable la redacción, -- después el concepto de "necesidades del servicio" resulta sumamente vago y por lo mismo de dudoso empleo en los procedimientos y dando lugar acaso a tratar de una manera poco recomendable de satisfacer intereses particulares, lo que es perjudicial a una recta o imparcial administración de justicia.

12.- La realidad nos enseña que muchos preceptos del Código de justicia Militar, en la actualidad son ya anacronicos por lo que se sugiere una estricta revisión del citado ordenamiento jurídico y se propongan sus respectivas reformas, acorde a las actuales necesidades de la sociedad militar y los fines de las instituciones armadas.

13.- Debe ponerse cierto interés por parte del Poder Legislativo, para la actualización de un Código de Justicia Militar que se ajuste a la veredad jurídica.

B I B L I O G R A F I A

- CALDERON SERRANO, RICARDO, El Ejército y sus Tribunales, Tomo I México, 1944.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, Derecho Penal Mexicano, 16a. Edic. Editorial Porrúa, México, 1988.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, Historia del Derecho Penal Mexicano, 2a. Edic. Editorial Porrúa, México.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, Derecho Penitenciario Cárcel y Penas, Cap. I, Editorial Porrúa, México, 1974.
- CASTELLANOS TENA, FERNANDO, Lineamientos elementales de Derecho México, 1967.
- CODIGO DE JUSTICIA MILITAR, Taller Autográfico, E.M. Sria. -- Def. Nal., 1985.
- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editado Tribunal Superior de Justicia del D.F., México 1991.
- COLIN SANCHEZ, GUILLERMO, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 2a. Edic. Editorial Porrúa México, 1970.
- CUELLO CALON, EUGENIO, Derecho Penal (Parte General), Barcelona, 1945.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 19a. Edic. Editorial Espasa-Calpe, 1970.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA XXI, Tomo F. Fuer. México.

GARZA MARTINEZ, BERTHA, BEATRIZ, Apuntes de Derecho Civil, U.N.A.M., México, 1973.

ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, OLGA, Análisis Lógico de los Delitos contra la vida, Editorial Trillas, México, 1982.

GARCIA RAMIREZ, SERGIO, La imputabilidad en el Derecho Penal Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México, 1981

JIMENEZ CASTRO, ALBERTO, Delito y Falta, Boletín Jurídico, Sria. Def.Nal. México 1944.

JIMENES DE ASUA, LUIS, Tratado de Derecho Penal III, 2a. Edic. Editorial Lozada, Buenos Aires 1958.

JIMENES DE ASUA, LUIS, La Ley y el Delito, Editorial Sudamericana, Caracas 1945.

JIMENEZ HUERTA, MARIANO, La Tipicidad, Editorial Porrúa, México 1955.

JIMENEZ HUERTA, MARIANO, Panorama del Delito, Imprenta Universitaria México 1950.

KOLHER, El Derecho Penal de los Aztecas, en criminalia I.III

LEY DE DISCIPLINA, Tomo II 10a. Edic. Taller Autografico E.M.
Sria. Def. Nal. México 1987.

LOZAYA, JORGE ALBERTO, El Ejército Mexicano, Colegio de Méxi-
co.

MANUAL DE OPERACIONES EN CAMPAÑA, Tomo I, 4a. Edic. Taller --
Autográfico, E.M. Sria. Def
Nal. México, 1981.

MORENO, DANIEL, Derecho Constitucional Mexicano 2a. Edic. Edi-
torial Pax-México 1973.

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, Nociones de Derecho Penal Mexi-
cano. Parte General Editorial -
Jurídica Mexicana, México 1961.

PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO, Apuntamientos de la Parte -
General de Derecho Penal --
14a. Edic. Editorial Porrúa
México, 1991.

SAUCEDO LOPEZ ANTONIO, La Jurisdicción del Fuero de Guerra, -
del Cuerpo de profesionistas México, -
1978.

VILLALOBOS, IGNACIO, Derecho Penal Mexicano 2a. Edic. Edito-
rial Porrúa, México, 1960.

VILLALOBOS, IGNACIO, Crisis del Derecho Penal en México, Edi-
torial Jus-Méx. 1948.