

321309
21
2ej

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213 CON FECHA 16 - X - 1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE DESERCIÓN EN EL FUERO DE GUERRA

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
ANTONIO MENDOZA SANCHEZ
ASESOR DE LA TESIS:
LIC. JOSE BERNARDO COUTO SAID
CED. PROFESIONAL No. 15102200324



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 esta 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.

AI "EJERCITO MEXICANO",
Gloriosa Institución en la que
he logrado mi formación como
Militar.

A MI ESPOSA:
ARACELI,
en reconocimiento a sus altas cualidades
humanas, al amor, apoyo y comprensión
que me ha brindado en épocas difíciles.

A MIS ADORADOS HIJOS:
IVAN Y KAREN,
quienes con su infantil e inmenso cariño
me alentaron a concluir mis estudios profesionales;
y de quienes espero algún día superen lo aquí realizado.

A MIS PADRES:

SILVIA Y ANTONIO,

quienes con su ejemplo de rectitud,
trabajo y honradez, han formado mi
vida.

A MIS QUERIDO HERMANOS:

JESUS Y LESLIE,

en agradecimiento a su cariño y
comprensión.

“A LA GLORIA DEL GRAN ARQUITECTO DEL UNIVERSO”

**Al General de División de
Justicia Militar y Licenciado:
ANDRES HIRAM HERNANDEZ PLASCENCIA,**
en agradecimiento a su apoyo, enseñanzas y
sabios consejos, que resultaron invaluable
para la conclusión del presente trabajo.

**A mi Asesor de Tesis:
LIC. JOSE BERNARDO COUTO SAID,**
en agradecimiento a la orientación, estímulo
y paciencia que siempre me tuvo
para concluir el presente trabajo.

INDICE

I N D I C E

Pag.

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE DESERCION EN EL FUERO DE GUERRA.

INTRODUCCION 1

CAPITULO I 1

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FUERO DE GUERRA EN MEXICO.

1.1. Fuero de Guerra (Generalidades). 2

1.2. El Fuero de Guerra y su Fundamentación 14

1.3. Fundamentación y Necesidad de la Justicia Militar. 16

CAPITULO II 20

HISTORIA DE LA DESERCION EN MEXICO.

2.1. EPOCA PRECOLONIAL.

2.1.1. Cultura Maya. 21

2.1.2. Cultura Azteca. 24

2.1.3 Otras Culturas. 29

2.2. EPOCA COLONIAL.

2.2.1. Las Leyes de Indias 31

2.2.2. Las Ordenanzas de Carlos I 41

2.2.3. Otras Ordenanzas 41

2.3. MEXICO INDEPENDIENTE.

2.3.1. La Constitución de 1824 46

2.3.2. La Constitución de 1857 51

2.3.4. La Constitución de 1917 56

CAPITULO III 58

GENERALIDADES DEL DELITO MILITAR.

3.1. El Delito Militar 59

3.2. La Deserción en la Doctrina 63

3.3. La Deserción en las Legislaciones Anteriores 70

3.4. La Deserción y su Prescripción 81

CAPITULO IV 87

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE DESERCION EN EL FUERO DE GUERRA.

4.1. La Deserción en el Código de Justicia Militar Vigente 88

4.2. En Tiempo de Paz 90

4.3. En Tiempo de Guerra 93

4.4. Sus Elementos 94

4.5. La Conducta	97
4.6. La Tipicidad; su aspecto negativo (atipicidad y falta de tipo)	106
4.7. La Antijuricidad; causas de justificación	110
4.8. La Imputabilidad; su aspecto negativo (inimputabilidad)	115
4.9. La Culpabilidad; su aspecto negativo (la no exigibilidad de otra conducta y el error de hecho esencial o invencible)	120
4.10. Las Condiciones Objetivas de Punibilidad; su aspecto negativo (incumplimiento de éstas)	131
4.11. La Punibilidad; su aspecto negativo (las excusas absolutorias)	133
4.12. La Vida del Delito de Deserción	136
4.13. La Consumación	138
4.14. Su Prescripción en la Legislación Vigente	143
CONCLUSIONES.	148
BIBLIOGRAFIA.	151

INTRODUCCION

INTRODUCCION

Diré que mi estancia en el Ejército me ha brindado la oportunidad de llegar a la directa observancia de un gran número de procesos penales, instruidos por la comisión de una serie de delitos del orden militar, delitos que en un determinado momento han atentado contra la disciplina y organización del Instituto Armado; pero mi atención la he fijado en forma especial sobre la comisión del delito de deserción que es el que me motiva a escribir éstas líneas.

Deseando encontrar los textos del Derecho Militar, que sirvieron como antecedente al nuestro, pude llegar al convencimiento de que originan del antiguo Fuero Español y que éste, no es sino un trasunto del Viejo Derecho Romano. Mi intención desde un principio es dar a conocer las disposiciones del derecho positivo antiguo hasta llegar al vigente, insertando al efecto los preceptos que se refieren a la deserción, pero advierto que muchos de estos código se hallan agotados y que es difícil formarse un juicio sobre la desproporción en las penas de aquel delito.

Pude apreciar como éste derecho va en marcha ascendente hacia su perfeccionamiento y que a medida en que el tiempo avanza se racionaliza y humaniza; creo además que en cierto modo ha servido a éste derecho la influencia que ha recibido del Derecho Penal, el que en nuestro medio ha alcanzado casi su perfeccionamiento.

Por otra parte he podido observar también, que la generalidad de los militares, no obstante sus diversas misiones en el Ejército, viven armoniosamente dentro del mismo, estimándose y respetándose y que el ejercicio de sus profesión les hace crear

fuertes lazos de amistad y formarse un atinado concepto de la subordinación y de la disciplina.

Ahora bien, en el devenir de los tiempos, el hombre siempre ha mostrado un gran espíritu de unidad, y esa unidad la ha dirigido a estructurar patrones de conducta dentro de los cuales se siente seguro y lo orientan hacia la satisfacción de sus más *preciadas necesidades*.

Desde este punto de vista, el hombre como un ser eminentemente social tiene la necesidad de organizarse con la finalidad de mantener un orden en su vida, y de está con la de sus semejantes. De este modo los individuos que integran una sociedad tienen la necesidad de crear las normas necesarias para mantener la armonía, la tranquilidad, el respeto, la justicia, su seguridad, la paz con sus semejantes y sobre todo, la paz consigo mismo.

Es así como de alguna manera, nace el Derecho como un instrumento que pone orden a la conducta humana, y equilibra las relaciones sociales de los individuos manteniéndolos dentro de un orden de paz. Por tal motivo, es preciso señalar que siempre he tenido inclinación por los problemas de tipo social, y en especial sobre aquellos que se relacionan con la justicia; es por eso que la causa principal que me orilla al estudio del presente tema, se debe fundamentalmente al deseo de cooperación, el cual esta dirigido a aportar una posible solución a algo que *aparentemente no parece estar fuera de lo normal, pero que es causa de graves trastornos para la institución armada*.

Con el estudio y análisis del delito de deserción, se pretende hacer notar la imperiosa necesidad que existe de someter a la jurisdicción del Fuero de Guerra a todos aquellos que por su relación con la institución armada, transgredan la Ley Penal Militar, y sobre todo la disciplina la cual es considerada como la norma a la que todos

los militares deben sujetar su conducta; que tiene como base la obediencia y un alto concepto del honor, de la justicia y de la moral y que tiene por objeto y fiel y exacto cumplimiento de los deberes que prescriben las mismas leyes y reglamentos militares.

Por lo tanto creo que no sólo resulta necesario, sino indispensable tratar de frenar un poco el alto índice de desertión que se da dentro de las unidades del Ejército mexicano; y esto se lograría, con la imposición de la pena correspondiente.

Ahora bien, si bien es cierto que la desertión es un delito de carácter puramente militar, y es de los que atentan contra la disciplina y pone en peligro la organización del instituto armado, y con ello la del Estado, es necesario que el militar que incurra en su comisión, sea perseguido y sometido a la jurisdicción del Fuero de Guerra, ya que desde el punto de vista del Derecho Penal, deben tomarse en cuenta intereses sociales, y no abrazar intereses de carácter exclusivamente particulares; si con el acto de la desertión se quebranta la armonía y el equilibrio de la institución armada, debe perseguirse independientemente de que lo quiera o no la parte afectada (institución armada), y si por cualquier razón el acto de la desertión vulnera únicamente intereses de carácter particular, ese acto debería desaparecer del catálogo de los delitos del orden militar, he ir a hospedarse a otra rama del derecho.

Pero independientemente de lo antes expuesto, cabe hacer mención que el delito de desertión siempre ha sido considerado como un delito grave, se encuentra ampliamente sancionado en todos los códigos militares modernos, donde normalmente se castiga la desertión simple o franca con prisión correccional, y la desertión calificada puede llegar en tiempo de guerra a la reclusión perpetua o pena de muerte. Como se puede observar, la existencia de agravantes determina la distinción entre las dos formas de desertión, la simple y la calificada y una mayor severidad en las penas cuando la desertión se produce en tiempo de guerra y frente al enemigo.

En términos generales, el Derecho Penal Militar considera como causales que configuran el delito de deserción, todo abandono del lugar, ya sea de destino permanente como del que momentáneamente se haya fijado con ese carácter para el cumplimiento de una misión especial. La concepción alcanza asimismo, a la no presentación de la reserva (delito de insumisión), en el caso de un llamamiento al servicio activo, y del prisionero de guerra liberado que no concurre a presentarse a la unidad a la que pertenecía antes del cautiverio.

De los rasgos expuestos acerca de la deserción, se aprecia que sólo la Ley Penal Militar puede dar categoría de delito y hasta de delito grave, a la breve ausencia de filas de un militar, en tanto que en la vida civil una ausencia del lugar de destino, apenas es motivo de una ligera amonestación.

Como conclusión diré, que el delito de deserción tiende a proteger como bien jurídico, la integridad de las fuerzas armadas y con ello la del Estado, lo cual tiene suma importancia tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FUERO DE GUERRA EN MEXICO.

1.1. FUERO DE GUERRA (GENERALIDADES).

La existencia del Ejército en los variados pueblos de la tierra, es tan vieja como la misma humanidad. Al respecto Rodolfo Hiering dice lo siguiente: "...los demás preclaros historiadores pretéritos, Herodoto y Jenofonte, nos hablan de los grandes Ejércitos de su época pero las referencias han alcanzado muy poco de la legislación de los propios Ejércitos; es decir, sobre la existencia de posible y suficiente legislación militar que normara la conducta de todos y cada uno de los miembros de los aludidos Ejércitos.

Los datos más remotos que llegan hasta nosotros sobre codificación se refieren a la realizada por Ammurabi, el llamado, no sin razón, el Carlo Magno Babilónico..." (1).

De ella, no logramos conocer norma o precepto alguno que nos haga afirmar que haya existido legislación especial en la materia. Es casi seguro, que las normas punitivas militares, se encontraban confundidas y entremezcladas con todo el derecho existente, ya que hasta siglos después, en Roma, no encontramos ley especial sobre el Derecho Castrense.

En Roma, el Derecho Antiguo, el Derecho Militar se limitaba a indicar como se dividía el Ejército y lo que cada uno de sus componentes, debería llevar necesariamente para ser considerado como soldado y disposiciones que prevenían que los Jefes podían juzgar a los subalternos.

Fue en el Digesto y en su trato de "re militari" cuando se alcanzó una legislación y organización punitiva militar. Los miembros de la Comisión Redactora de nuestro vigente Código de Justicia Militar, en sus breves consideraciones al mismo, y al

(1) Rodolfo Hiering. El Espíritu del derecho Romano. p.261. Tomo I.

referirse en sus anotaciones, a las leyes expedidas en 1901, por el Señor Licenciado Luis Velazco Rus; expresan, que el Fuero de Guerra se encuentra en la época del Emperador Anastacio de Roma, hasta la Ley 9a. Del Digesto. El primero en sus constituciones en el título de "re militari", conformándose ya con lo dispuesto en otras leyes y mandó que todos los soldados, fuesen convenidos por sus jefes; es decir, juzgados por ellos.

Los presidentes de provincias o prefectos, sólo debían proceder contra militares asegurándolos y manteniéndolos en custodia si delinquieran dentro de sus territorios, y aún podían oírlos, pero es éste caso era forzoso remitirlos con informes a los jefes a cuyas órdenes militaban, siendo la única excepción a la regla, los delitos atroces y los de desertión; que juzgaban, el Presidente de la provincia hasta que se constase el privilegio. El Emperador Constantino transfirió al Magister Militari, la potestad y jurisdicción que tenía sobre los soldados del pretorio.

Se creó en España el Fuero Español, y privilegiado para juzgar a los individuos del Ejército, desde la expedición de las primeras leyes militares: "...el Rey Carlos I en su Ordenanza de 13 de junio de 1551, fue quien de manera solemne proclamó su establecimiento; después Felipe II en Cédula de 9 de mayo de 1557 y Alejandro Farnesio, Capitán General de los Estados de Flandes, en Ordenanza de 13 del mismo mes y año, hicieron lo mismo. También lo reconocieron Felipe III en Cédula de 11 de diciembre de 1698, Felipe IV por las leyes de 21 de mayo de 1621, noviembre 5 de 1632 y 28 del mismo mes de 1632..." (2).

Este Rey creó el Supremo Consejo de Guerra por decreto de 25 de septiembre de 1632, sin embargo, algunos autores lo hacen venir erróneamente del Rey Pelayo, quien murió en el año de 737 de la era Cristiana. También existe el Fuero de Guerra conforme a las Cédulas de Carlos II de 29 de abril de 697 y 28 de septiembre de 1700 ó las Ordenanzas de Felipe V de 18 de diciembre de 1701, Cédula de 30 de diciembre de 1706 y Ordenanza General de 12 de julio de 1728 que rigió hasta 1762.

(2) Antonio Saucedo López. Reformas al Código de Justicia Militar, Tesis Profesional para obtener el Título de Licenciado en Derecho. p.44, Méx. D.F., 1968.

Fernando VI lo reconoce en sus Ordenanzas de la Real Armada de 1748 y 1751, ampliándolo en las promulgadas para los regimientos especiales de guardias de infantería y por último, en las Reales Ordenanzas dadas en San Lorenzo el 22 de octubre de 1765, que fueron las vigentes en México, alteradas en parte por Carlos III y modificadas por muchas otras leyes. En el año de 1852 fueron reformadas por el General Don José Lino Alcorta y así continuaron rigiendo hasta 1882, fecha en que se expidió nuestro primer Código de Justicia Militar, siendo Presidente de la República el General de División Don Manuel González.

El romanista Rodolfo Hering, con una idea heráclita nos dice la forma en que estaba organizado el Pueblo Romano, desde el punto de vista militar e indica: "...es menos paradójico de lo que a primera vista parece, sostener que la guerra puede ejercer sobre el desenvolvimiento del Estado y del Derecho la más saludable influencia.

Una guerra hecha en un momento favorable puede en pocos años adelantar su desarrollo que muchos siglos de existencia pacífica. Semejante a una tempestad, purifica la atmósfera, pone fin rápido al estancamiento moral y político y abate de un sólo golpe al frágil edificio de un constitución inflexible y de instituciones sociales opresoras. Lo que puede causar la caída de un Estado decrepito, es para otro que halla en la fuerza de su juventud un estímulo que le hace desplegar todas sus fuerzas infundiéndole nueva vida.

Sábese que una guerra no era para los romanos una situación transitoria, sino un estado normal, fue la escuela donde se hicieron grandes y cuya influencia característica y fortalecedora se manifiesta por múltiples rasgos hasta en su derecho; ésta influencia existía en su constitución más antigua, lo cual se puede expresar así: es una armadura que debe su origen a la guerra, y que esta hecha para la guerra y que Roma, que quiere siempre estar armada, no depone nunca ni aún en tiempo de paz. ¡Benditos sean el espíritu y el amor bélico de los romanos que los tuvieron siempre dispuestos a combatir, porque encontraron la ventaja inapreciable de que esta

preparación no fuese un estado pasajero., sino una escuela constante de disciplina militar!

El indomable temple del carácter romano que repugnaba la vida apacible y pacífica, y que pidió siempre la guerra, tuvo su contrapeso en la disciplina militar, producida por esos combates continuados que forjó contra ella el arma que sirvió para domarla. La antigua Roma era un campamento permanente, allí reinaba el orden y la severidad de los Ejércitos y así la Constitución Política se transformó bien pronto en una Constitución Militar. En otros pueblos el campamento se levantaba terminada que era la campaña; la organización militar sólo servía para el momento pasajero del peligro exterior y la paz recobrada, la forma más cómoda de organización pacífica.." (3).

El primer Rey fue un Capitán elegido para mandar como caudillo en razón de su valor militar, al cual se le reconoció el poder más indispensable para cumplir su alto cargo y la autoridad ilimitada de "imperium". Ahora bien como el pueblo permanecía siempre en pie de guerra, la dignidad del General en Jefe debía también durar siempre.

El Rey era un General en Jefe constante, que no reconoció superior, el carácter autoritario y el poder religioso del mismo, y su influencia política son producto y resultado accesorio de ese poder militar.

¿Cómo hubiera podido arriesgar una batalla sin estar previamente seguro, por los auspicios del consentimiento de los dioses? ¿Cómo contar con su asistencia, si por medio de sacrificios no se hubiera hecho agradable él y su Ejército al favor divino?. La religión aparece entre los romanos como compañera inseparable de cualquier institución importante, como lazo interior y exterior del Estado y representante de los sentimientos de honra y dignidad, y así preside a toda resolución importante de la vida pública y privada. Al modo como el padre de familia provee para sí y los suyos al culto doméstico de los dioses, el Rey provee al culto de los dioses ante el pueblo.

(3) Rodolfo Hering *Op.cit.*, p.285. Primer Tomo.

Los dioses en Roma no necesitaban para ser honrados, la meditación de los sacerdotes; éstos podían enseñar el modo con que era preciso honrar a la divinidad, pero la facultad de acercarse a los dioses por sí y por todos aquellos a quienes representaba, pertenece esencialmente al jefe de la colectividad, sea pequeña o grande.

La dignidad real no es pues, el cumulo de tres poderes independientes: el poder militar, el poder político y el poder religioso; el Rey no es Jefe del Ejército, ni el Soberano, ni el Sumo Sacerdote, sino que es el Caudillo del Ejército y como tal tiene el derecho de reunirle con un fin político y de ofrecer sacrificios en su nombre.

La diferencia de estas tres cualidades, la separación de los diversos poderes que de él dimanaban y la institución de las funciones distintas que a ellos corresponden son el futuro de mayores progresos.

Desde el punto de vista posterior puede designarse el "imperium" como la reunión de los tres diferentes poderes; pero según su naturaleza originaria, dicho "imperium" no es otra cosa que el Mando Militar Supremo; mando que se comprendía conformándose de las exigencias de la disciplina militar, el derecho de vida o de muerte (*Gladi Postestas*), simbolizado por el hacha que descollaba sobre las "fases" y que no podía conferirse al nuevo Rey, elegido, sino por un acuerdo especial de los comicios. Este acto contenía la sumisión convenida del Ejército al Mando Supremo elegido, quién debía acudir en persona para ratificar el convenio que él celebraba y cuya posición debía emanar del Rey mismo, conforme a la Ley de la Iniciativa.

El "imperium" puede pues, conducir a la idea de un convenio, pero sólo en tanto que se trate de su otorgamiento; su continuación y su ejercicio en casos especiales son independientes del sentimiento del pueblo, que acepta con su ratificación ese estado permanente de obediencia. La latitud de esa sujeción está determinada por el interés militar, que llega hasta donde ese interés militar reclama y que en un pueblo guerrero tenía una extensión extraordinaria.

El "imperium" comprendía naturalmente el derecho de mantener la disciplina militar por medio de un derecho limitado de castigo. El poder que no se rehusó durante la República al Jefe del Ejército, tampoco podía faltar al Rey. Esa facultad de castigo militar no era de suyo incompatible con la autoridad ejercida por el Rey sobre el pueblo; el objeto de esos dos poderes fue enteramente distinto: el uno se extendía sobre los soldados, el otro sobre los ciudadanos.

Bajo la República cada uno se encerraba rigurosamente en su esfera propia y cesaba ésta cuando la necesidad la forzaba a nombrar un Dictador; circunstancias a las que llamamos hoy "estado de sitio" ó "proclamación de la Ley Marcial", en la que toda la población está sometida al rigor de la leyes de guerra. Bajo los Reyes por el contrario, esta jurisdicción militar tenía una extensión mucho más grande, e impuso su mano de hierro hasta en las relaciones de la vida civil, extensión que no se debe atribuir sólo a la violencia y a la usurpación de los Reyes, sino a otras consideraciones que la explican y la motivan. Desde luego el poder del Rey no se limitaba de modo alguno a la época de campaña, ni quedaba en suspenso durante la paz o tregua de las hostilidades; como al pueblo aún dentro de Roma venía a ser un Ejército, el Rey debía mantener su disciplina militar.

Pero la disciplina militar era tan elástica, que un Rey despótico, hasta sin usar de la violencia puede extender el alcance de sus facultades, de tal manera que un ciudadano apto para el servicio, aún sin cometer el menor deslíz puede el Rey castigarlo si así lo quiere. Otro motivo para dar al Rey el derecho de castigar a las personas que no pertenecan al Ejército, consistía en que en su calidad de Jefe de las fuerzas armadas, debía defender al Estado en contra de sus enemigos y restablecer la seguridad pública donde quiera que fuese turbada.

Al conquistar la Península Ibérica los romanos, llevaron todo el acervo de su cultura jurídica, dejando hondas huellas en la legislación Hispánica. Tratándose de Derecho Militar no tenemos antecedentes inequívocos de la existencia de tal derecho; con la conquista de la Nueva España y al establecerse el Gobierno Colonial Español,

se aplicaron las leyes de la Madre Patria para los delitos de guerra, incluso la Ley Quinta de la Segunda Partida de Alfonso el Sabio. A la consumación de la Independencia de México, continuaron vigentes las leyes españolas, por carecer de legislación el México Independiente.

Continuó existiendo el fuero de guerra, pues nuestras primeras Constituciones Políticas perpetúan su vigencia al afirmar que en materia militar son aplicables las leyes y ordenanzas militar españolas.

En efecto, el artículo 172 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1914, el artículo 154 de la de 1824; en la Ley Quinta de la Constitución de 1836; en los artículos 13 y 14; en el artículo 113 del Proyecto de Constitución de 1842; el artículo 7 fracción VII de las "Bases de Organización Política" de 13 de junio de 1843; en la Constitución de 1857, en su artículo 13 y por último en la de 1917, en su artículo 13; hablan de la existencia del Fuero de Guerra, para los delitos y faltas del orden militar, pero aún después del año de 1876, seguían en vigor las antiguas leyes españolas en conjunción con las disposiciones dadas por Santa Anna en materia castrense, lo que nos da una idea de la anarquía existente, de la extrema dificultad para la instrucción de los procesos militares por no poderse aplicar con exactitud las disposiciones vigentes en la época.

También se tiene conocimiento que desde tiempos muy antiguos han existido ordenes, sectas y fueros; es decir, agrupaciones de hombres con un conjunto de disciplinas reguladoras de sus actividades con respecto a otras que tienen un carácter de generalidad, por lo que se han tenido como especiales y delimitadas estas ordenes, sectas y fueros.

En el aspecto jurídico puede observarse qué representaría un orden o una orden, una secta y por último un fuero; por los dos primeros se encuentra un desasosiego para entender un orden jurídico delimitado, pero si se observa que han existido ordenes jurídicas determinantes en un momento dado; temporales tan sólo para regir

estados anormales de una situación también anómala de un Estado o pueblo, puede uno percatarse que es un orden jurídico de reglamentación especial y que requiere una aplicación especial y temporal para el estado anormal en que se ha pronunciado; vengrancia, un estado de guerra, catástrofe, peste, situaciones políticas, etcétera, que han originado se pronuncien disposiciones jurídicas expresas con el rubro de orden público.

Por sectas puede entenderse aquellas organizaciones particulares y subrepticamente constituidas; según ellas tienen como finalidad enderezar los entuertos o faltas en la administración de justicia de un Estado; es decir, corregir todas aquellas deficiencias de la maquinaria o Poder Judicial de un Pueblo, Estado o Nación que tenga en su administración con respecto a los gobernados; tales sectas han existido, y existen algunas con caracteres verdaderamente preponderantes, inclusive religiosos de todo tipo de creencias como en el Estado Español y de la Nueva España, el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, los Tribunales de los Jacobinos, Kukuxclanes y finalmente los juramentos que han existido y existen por todas las partes del mundo.

Por último, dado el trato a aquéllas organizaciones de facto o de derecho, debido a la sanción o autorización por el Estado, no ha tenido una proyección constructiva y una existencia permanente como lo han sido los fueros. Entre estos puede encontrarse una similitud; entre el fuero eclesiástico o las sectas religiosas como antes se indica con el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, pero este, en mucho a actuado por otros actos o trato meramente personales y no siempre para juzgar a los presuntos reos conforme a esa norma; sino por simple mandato del gran inquisidor, pero en este caso y por la agrupación de las personas en realizar actos de meros juramentos, convirtiéndose en sectas; en cuanto a los fueros, que de suyo se consideran como privilegios, podríamos citar entre otros, en la época de la Colonia en la Nueva España los siguientes elementos: El Fuero de Correos, El Juzgado General de Naturales y Marquesado del Valle, El de Loterías, El de Gallos y el de Pelota; así como el de Moneda, Consulado y el del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, que con tal

carácter, en forma irónica, se le otorgaba por la cercanía o titularidad con el Virrey.

Dentro de estos fueros han existido, no como privilegio, el Fuero Militar, pero como una organización dentro de la cual se constriñen los actos de conducta con respecto a la jerarquización de graduación de mando y grado; es decir, los actos jurídicos entre militares. Actualmente el Fuero de Guerra está muy restringido en México, ya que participa de dos aspectos: se requiere que el acusado pertenezca al Ejército (fuero personal), y además que la falta o delito sea contra la disciplina militar (fuero real).

El fuero especial militar establecido en esta forma ya no constituye propiamente ningún privilegio, sino por el contrario sus disposiciones son muy rígidas y sus penas son por consecuencia duras, con el principal propósito de mantener el orden y la cohesión en los órganos o dependencias encargadas de velar por la defensa e integridad de la Patria; el mantenimiento de la paz pública y el funcionamiento de los poderes y de las disposiciones legales, a través de sus instituciones.

Antiguamente y atendiendo a esta augusta misión desempeñada siempre con bastante sacrificio, hasta llegar a la vida misma; los militares fueron tratados con generosidad y con largueza de soberanos, pero atendiendo a las tendencias igualitarias, los militares han perdido o renunciado a todos sus privilegios. Es muy reveladora en este sentido la Ejecutoria de 1934, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que a continuación se menciona; en la que se interpreta restrictivamente el ya bastante reducido Fuero de Guerra del artículo 13 Constitucional.

Para interpretar este precepto, se debe atender a diversos factores tales como su redacción, sus antecedentes históricos y las condiciones sociales que existían cuando dicho precepto se expidió. En relación con los antecedentes históricos, se observa que el Fuero de Guerra hasta poco antes de la Independencia de nuestro país, no se limitaba a la jurisdicción que era concedida a los tribunales especiales para juzgar a los integrantes del Ejército, sino que comprendía un conjunto de preceptos que

establecían privilegios, tanto en materia criminal como en materia civil, en favor de los miembros del Ejército y de sus familiares.

Consumada nuestra Independencia, así como uno de los movimientos políticos que le sucedieron y que tendieron a la organización del país, actos todos apoyados por medio de las armas, dio como resultado que la situación del Ejército continuara siendo preponderante y en favor de la propia institución armada, que la Constitución de 1824 dejara vivientes los fueros de la milicia, hasta la promulgación de la Constitución de 1857; tomó en cuenta entre otras cosas, que uno de los principales órganos que había tomado participación en los disturbios del país, había sido el Ejército; pusieron costo a estos privilegios estableciendo en el propio artículo 13 Constitucional, que subsiste el Fuero de Guerra sólo por los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar, dejando a las leyes secundarias, el trabajo de fijar con claridad los casos que marca esta excepción; a consecuencia de esto, existía una impresión muy desfavorable para el Ejército, por su actuación opresora de la libertad puesto que su organización estaba basada en el reclutamiento forzado, y representaba el uso de la fuerza o situación privilegiada, por lo que los constituyentes del 17, no estimaron bastante clara la redacción del artículo 13 de la Carta Magna, reformándolo en el sentido siguiente: "Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, pero los tribunales militares por ningún motivo y por ningún caso podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército, cuando en un delito o falta del orden militar estuviere implicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda".

La comparación entre los preceptos anotados de las Constituciones de 1857 y 1917, pone de relieve la marcada tendencia a restringir o anular el fuero de guerra y si se considera tolerante en la actualidad, es debido a que se cree necesario para mantener la disciplina del Ejército. Se observa que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ejecutoria que se transcribe adelante, hubiese querido castigar a un Ejército vencido, suprimiendo en esta forma casi su fuero; pero se ve la claridad en el sentido de que el Ejército revolucionario, honrado y trabajador, formado casi en su

totalidad por militares egresados de la guerra civil, tuvo intención de renunciar muy notablemente a todos sus privilegios cuando todo lo podía y cuando ya no existía el antiguo Ejército. Gran cantidad de Jefes del nuevo Ejército, quiso suprimir en la Constitución de 1917, estos privilegios que sólo a ellos podían beneficiar. Desde este momento, ninguno de los miembros del instituto armado han tratado de reclamárselos.

Al respecto dice la interesante ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dice lo siguiente: "...La interpretación aceptada por la Corte, en alguna ejecutoria sobre que los tribunales militares debían de conocer el proceso que se instruyera a los miembros del Ejército y a los civiles del que se abriera contra los paisanos, por razón del mismo delito militar; está en pugna con este principio de derecho de la no división de la continencia de la causa que tiende a evitar que, por razón de un mismo caso jurídico, se dicten dos fallos contradictorios; cierto es que el Código Federal de Procedimientos Penales no permite la acumulación de procesos, si se tratara de diversos fueros, lo que sólo puede llevarse a cabo cuando todos se encuentran en estado de instrucción; pero cuando el constituyente precisamente para no dar lugar a la división de la continencia, designó a las autoridades civiles para conocer de los procesos militares en que están inonadados paisanos. no hay pues. motivo alguno para que se sigan distintos procedimientos.

De no aceptarse esta teoría, se imputarían al constituyente las siguientes faltas: I.- Desconocimiento del lenguaje , por no haber usado con propiedad las palabras COMPLICADO y CASO; II.- Falta de previsión por no establecer una regla para cuando los delitos del orden militar fueren cometidos conjuntamente por paisanos y militares; III.- Redundancia al establecer, en la parte final del artículo 13 Constitucional, mandato sobre que los tribunales no son competentes para juzgar a los paisanos; y IV.- Repudiación de la teoría legal de la no división de la continencia de la causa.

En tal virtud, debe concluirse, que ni los antecedentes históricos del artículo 13 Constitucional ni las condiciones sociales reinantes cuando fue expedido; ni las ideas expuestas por los legisladores al expedirlo, ni la significación gramatical de las

palabras de su texto, pueden autorizar la interpretación de que cuando en un delito estuviere implicado un paisano las autoridades civiles juzguen al paisano y por lo tanto, son las autoridades civiles quienes deben conocer de un proceso militar en el que se encuentren inmiscuidos militares y paisanos; en consecuencia estos delitos tienen el carácter de federales y su reglamentación corresponde a las leyes de ese tipo; es decir, que tienen el carácter de federales; por lo tanto a los Jueces de Distrito corresponde el conocimiento del proceso según dispone la fracción III del artículo 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. (Amparo de Juan Jasso Flores)...” (4).

Año y medio antes de la ejecutoria transcrita, la Suprema Corte de Justicia había dicho, que cuando en la comisión de un delito militar concurrieran militares y civiles, la autoridad civil debería del proceso por lo que toca a los civiles, y a los tribunales del fuero de guerra por el que se instruya a los militares.

Esto mismo ha sido dispuesto por el Código de Justicia Militar expedido en 1933, y sus autores expresan lo siguiente: “...Cumpliendo con ésta prevención constitucional y de conformidad con la jurisprudencia última de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el artículo 57 éste Código establece, que cuando en la comisión de un delito del orden militar, concurren militares y civiles, primero serán juzgados los militares por el fuero de guerra...” (5).

Pero se observa que el artículo 57 del Código de Justicia Militar, esta en contra de la interpretación jurisprudencial posterior de 1934 y que, en consecuencia según el criterio predominante del Máximo Tribunal, cuando en la comisión de un delito militar concurren militares y paisanos, no habrá dos procedimientos ni dos juicios; no conocerán del caso dos tribunales de distinto fuero, sino que se mantendrá la continencia de la causa y tanto militares como paisanos, serán juzgados en un sólo procedimiento por el Juez de Distrito del lugar en que se cometió el delito.

(4) Ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tomo XL, p.193.

(5) Jurisprudencia Última de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Suplemento de 1934, p.855

No hay que dejar de observar la trascendencia de la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque según este alto Tribunal no puede ser sometido a Consejo de Guerra Extraordinario, ni tribunal alguno del fuero de guerra, ningún delito por grave que sea si en este delito interviene un paisano.

Este criterio de la Suprema Corte de Justicia no constituye jurisprudencia; sin embargo, es el criterio que impera, porque como ya se dijo, rebate y aún modifica la ejecutoria de 1933; de esta forma los Tribunales Militares siguen sosteniendo la antigua interpretación de 1933, de que al militar lo juzguen los tribunales militares y al paisano complicado, los tribunales civiles.

1.2. EL FUERO DE GUERRA Y SU FUNDAMENTACION.

Una de las acepciones de la palabra fuero, significa la jurisdicción o potestad de juzgar a se dice: determinado asunto perteneciente al fuero común; o al fuero de guerra, lo que significa que es de la competencia del fuero común, o bien es de la jurisdicción de los tribunales militares.

FUERO proviene de la voz latina "forum", que significa tribunal y también se le atribuyen otras acepciones distintas de la etimológica, tales como el lugar donde se verificaron los juicios; donde ejercitaba el pueblo sus derechos y se pronunciaban las arengas públicas; pero en realidad, el concepto fuero, es multívoco o de muchas acepciones.

"...Por Fuero puede entenderse una compilación o reunión de leyes o disposiciones jurídicas, como el FUERO JUZGO, los famosos FUEROS DE ARAGON, etcétera. El Fuero puede significar también, un conjunto de usos y costumbres jurídicas de observancia obligatoria; puede denotar también una situación delimitada de competencia o jurisdicción entre dos ordenes de tribunales, como sucede en

nuestro país en el caso de la relación del FUERO FEDERAL, que se encuentra en la órbita de competencia de los tribunales de la Federación y del Fuero Común, esfera de los tribunales locales; asimismo encontramos otra aceptación que implica carta de privilegios, o instrumento de exención y gabelas, concesiones de gracia, mercedes, franquezas y libertades..." (6).

El artículo 13 Constitucional dice: "...Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales; ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar de más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. "Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar. Pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército"; cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano conocerá del caso la autoridad civil que corresponda..." (7).

A la vista del texto, fácilmente se puede apreciar que FUERO significa: todo privilegio o prerrogativa de cualquier especie y contenido, otorgado a alguna persona o corporación (persona moral), y he aquí el problema. Por una parte se consagra la prohibición de que ninguna persona o corporación puede tener fuero, y después una excepción. Desde el punto de vista general existen dos tipos de fuero: el Fuero Personal y el Real ó Material.

FUERO PERSONAL; es el que está constituido por un conjunto de privilegios otorgados a favor de una o varias personas determinadas; dichos privilegios se otorgan atendiendo al sujeto mismo. Este fuero excluye para sus titulares la imperatividad de la norma jurídica general y así, el que goza de un fuero de tal naturaleza, no puede ser juzgado por los tribunales ordinarios que conocen de los juicios que se susciten entre las personas no privilegiadas.

FUERO REAL O MATERIAL; se traduce propiamente en una situación de

(6) Ignacio Burgoa. Las Garantías individuales, p.307, Edit. Porrúa, 8ª. Edic.
 (7) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos., p.13, Edit. Porrúa.

competencia jurisdiccional, porque para su existencia, se toma en consideración un elemento constituido por hechos, conductas o situaciones que son impersonales y que pueden tener lugar en relación con cualquier sujeto, independientemente de la condición especial de éste.

Lo que la Constitución prohíbe en su artículo 13, es la existencia o creación de fueros personales en los términos que se han asentado con anterioridad, por tal motivo, la Constitución no excluye a los FUEROS REALES ó MATERIALES, pues el FUERO DE GUERRA que permite la Ley Suprema, es eminentemente REAL u OBJETIVO, puesto que se da en razón de la índole del delito que origina un juicio; así el FUERO DE GUERRA surge o tiene lugar dentro de la competencia jurisdiccional de los tribunales militares cuando se trata de delitos o faltas del orden militar.

Esto lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en tesis que dice: "...EL FUERO DE GUERRA, no puede extenderse a conocer delitos que aunque cometidos por militares, nos son contra la disciplina militar. No quedan bajo la jurisdicción del FUERO DE GUERRA los delitos del orden común que cometan los militares cuando no estén en servicio; el artículo 13 Constitucional ha reservado el FUERO DE GUERRA para los delitos contra la disciplina militar, debiendo entenderse como tales, los que al cometerse, perturban, disminuyen o ponen en peligro el servicio militar, pone en peligro también la seguridad y organización, se opone a los deberes que impone el ordenamiento castrense a todos los miembros del instituto armado y, la seguridad interna o externa y la soberanía del Estado..." (3).

1.3. FUNDAMENTACION Y NECESIDAD DE LA JUSTICIA MILITAR.

Se sostienen por varios autores, justificaciones de orden práctico para fundamentar la jurisdicción de guerra, y así por parte del jurista Pou Sivas se tiene lo siguiente:

(3) Ignacio Burgon *Op. Cit.*, p.311.

“...A.- La necesidad de vigorizar la disciplina y el respeto a los Jefes, que se consigue cuando estos son a la vez juzgadores superiores; B.- La dificultad que encontraría la jurisdicción ordinaria para entender delitos de índole militar ajenos a la competencia técnica de los jueces.

Se ha dicho que este argumento es más débil, ya que el informe pericial supliría la falta de conocimientos, y podría actuar con este carácter el Estado Mayor o las dependencias técnicas del Ejército. Pero debemos preguntarnos ¿Qué no sería poco práctico llevar un juicio únicamente a base de peritajes?; desde luego que sí, ya que con ellos se retardaría la administración de la justicia, la cual debe ser expedita en el Ejército; además creemos, que sólo el delito militar puede catalogar la importancia del servicio y las consecuencias que ocasionarían ciertos hechos delictuosos, tanto en el seno del Ejército como fuera de él.

Jeremias Bentham nos dice: “en un Ejército, en una flota, la exactitud de la disciplina descansa enteramente en la propia defensa de los soldados, los cuales nunca son tan dóciles como deben, sino cuando ven en el jefe que los manda, un juez que puede castigarlos y que no hay medio para eludir el castigo, ni intervalo alguno entre éste y la falta.

Para juzgar los delitos militares con el debido conocimiento, dice José Cervantes en su “Tratado de Procedimientos Civiles”, es necesario ser perito en el arte, y únicamente los militares son los que se hayan en estado de formar un juicio justo e ilustrado en todo lo concerniente a la disciplina, o sobre lo que hubiese ocurrido en una acción.

C.- Lo difícil y escaso en resultados prácticos que sería la actuación de los jueces del orden común en el interior de los cuarteles;

D.- La solución de continuidad que produciría la marcha de un Ejército a país extranjero en maniobras o campaña;

E.- La incompatibilidad que produciría la situación de un procesado ante el orden común con los deberes militares, lo cual no sucede en delitos de escasa importancia, cuando lo aparte de su destino la instrucción del sumario;

F.- La necesidad de un procedimiento rápido, en algunos casos sumarísimo, a fin de que la pena sea inmediata al delito, rapidez incompatible con la tramitación del fuero común; y

G.- La mayor ejemplaridad que produce el juicio seguido en el seno del mismo Ejército, por alcanzar su publicidad a los compañeros del delincuente.

La naturaleza de la institución militar, que obliga a castigar con penas severísimas delitos de escasa o nula significación, en la vida ciudadana, como son los insultos al superior, el abandono de servicio, etcétera, ó calificar de delito actos que no se castigan entre el elemento civil, como los actos deshonestos homosexuales o la cobardía..." (9).

En relación con lo anterior, el maestro Octavio Vejar Vázquez dice lo siguiente: "...podíamos fundamentar la jurisdicción militar diciendo que el orden, la disciplina y la eficacia de las fuerzas armadas es imposible obtenerse cumplidamente en tiempos modernos, sin un conjunto de disposiciones orgánicas que coordinen, sincronicen y concierten las relaciones derivadas de la vida militar. El soldado tiene deberes propios, que por muy próxima que sea su relación con los deberes de los demás hombres y las limitaciones impuestas a la actividad general, no puede sustraerse a las exigencias de una ordenación singular que contemple a la vez la razón de su existencia, su desenvolvimiento regular y su finalidad específica..." (10).

Por su parte La Boulaye dice: "...la utilidad y necesidad de la administración de justicia en toda sociedad ha sido comprendida desde el origen de todas las sociedades; si ésta faltara, el gobierno y la sociedad serían imposibles. Si la exigencia

(9) Ricardo Calderón Serrano. El Ejército y sus Tribunales, p.166, Edit. Lex.

(10) Octavio Vejar Vázquez. Autonomía del Derecho Militar, p.30, S.D.N.

y conservación de una sociedad es casi imposible sin la justicia, imposible sería también la existencia de un Ejército sin justicia; si entre el conjunto de hombres armados fueran desconocidas las pasiones y los vicios, serían inútiles los tribunales, pero como los hombres de armas son iguales a todos los demás, entre ellos también hay que administrar justicia, y tiene que ser más severa que con el común de la sociedad, porque así lo exigen las mismas instituciones...” (11).

En el soldado, la educación física, la del entendimiento y la del corazón, difieren completamente de las de los demás hombres y las circunstancias de tener siempre las armas en la mano y de vivir en comunidad, requiere la severidad en las leyes, que deben considerar en el soldado a la vez el amor a la patria, la fidelidad a su gobierno y todo de obediencia; base de la disciplina y la subordinación. Ciertamente las pasiones de que son susceptibles las masas armadas en la paz y en la guerra, exigen leyes especiales y una organización también especial de tribunales.

(11) Ricardo Calderón Serrano *Op.Cit.*, p.167.

CAPITULO II

HISTORIA DE LA DESERCION EN
MEXICO.

2.1.EPOCA PRECOLONIAL.

2.1.1. CULTURA MAYA.

La historia de todos los pueblos tiene un atractivo misterioso que sorprende la inteligencia y despierta la curiosidad y el interés por los demás profundos pensamientos; mayor resulta tal atractivo cuando nos adentramos en los antecedentes históricos de las razas primitivas de América, y en especial, de las que predominaron en nuestro país.

El maestro Fernando Castellanos Tena nos dice lo siguiente: "...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 determinado la evolución y desarrollo del derecho represivo..." (12).

Como la deserción está considerada dentro de los delitos represivos en la legislación castrense, se debe estudiar a partir desde donde ha sido posible encontrar su origen.

Los antecedentes del derecho penal militar y de los tribunales militares en México, datan de la época precolonial; al respecto Alfredo Chavero nos dice: "...la jeroglífica en lo general venía a reducirse a análisis o efemérides. Consignaban con claridad los años y su secesión; de modo que tenían una cronología perfecta, base principal para la precisión de ciertos hechos históricos. En efecto, al lado del año correspondiente pintaban el hecho o acontecimiento que querían consignar, uniendo

(12) Fernando Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. (parte general). 5a. Edic. p.39. Edit. Porrúa, S.A. México. 1968

así la relación de los sucesos históricos y su cronología; su jeroglífica se componía de caracteres figurativos, simbólicos, ideográficos y aún fonéticos, los cuales nos dan una idea bastante completa de los sucesos que quisieron expresar; así consignaron la exaltación de sus reyes y su muerte..." (13).

A continuación se transcribe el siguiente texto del maestro Raúl Carranca y Trujillo, al referirse a la Recopilación de Leyes de los Indios de la Nueva España, Anáhuac o México: "...de la autenticidad de todas estas leyes responde Alcóbiz así: todo esto sobredicho es verdad porque las saqué de un libro de sus pinturas, a donde por pinturas están escritas estas leyes, en un libro muy auténtico y por que es verdad lo firmé de mi nombre (Fr. Andrés Alcóbiz " fechado en Valladolid, a diez de septiembre, año de mil quinientos cuarenta y tres")..." (14).

Se tienen muy pocos datos sobre el Derecho Penal anterior a la llegada de los conquistadores; individualmente los distintos reinos y señoríos pobladores de los que ahora es nuestra patria contaron con reglamentación sobre la materia penal para la represión de los delitos y entre ellos el de deserción

"...Se da por cierta la existencia de un llamado Código Penal de Netzahualcoyotl para Texcoco, y se estima que, según él, el Juez tenía amplia libertad para fijar las penas entre las que se encontraban principalmente las de muerte y esclavitud, con la confiscación, destierro, suspensión o destitución del empleo y hasta prisión en cárcel, o en el propio domicilio. Los adúlteros sorprendidos infraganti delito, eran lapidados o estrangulados. También se anota haber contemplado a mediados del siglo XIX, en la biblioteca del Colegio Máximo de los Jesuitas en México, una pintura indígena colonial que representaba la lapidación de unos adúlteros; la distinción entre delitos intencionales y culposos fue también conocida, castigándose con la pena de muerte el homicidio intencional y con indemnización y esclavitud al culposo. Una excluyente, o cuando menos atenuante era la embriaguez completa, y una excusa absolutoria, robar siendo menor de diez años y una excluyente por estado de necesidad, robar espigas

(13) Alfredo Chavero, Historia Antigua y de la Conquista, México a través de los siglos, T.I., p.61.

(14) Raúl Carranca y Trujillo, Historia del Derecho Penal Mexicano, p.115., Edít. Porrúa, S.A. México.

de maíz por hambre. Tales son los casos de incriminación registrados por cronistas y comentaristas; venganza privada y talión fueron reconocidos por la ley texcocana; de las ordenanzas de Netzahualcoyotl, reproducidas por Don Fernando Ixtlixóchitl, tomamos por vía de ejemplo las siguientes: La Primera, que si alguna mujer hacía adulterio a su marido, viéndola él mismo, ella y el adúltero fuesen apedreados en el tianguis (mercado). La Sexta, que si alguna persona matase a otra fuese muerta por ello. Las nuevas leyes promulgadas por el mismo Emperador constituyeron principalmente un Código Militar de la mayor importancia y contuvieron, nuevos preceptos de aplicación común..." (15).

Entre los mayas, las leyes penales, al igual que los otros reinos y señoríos, se caracterizaban por su severidad. Los batabs 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. Si el autor de un robo era un señor principal, se le labraba el rostro, desde la barba hasta la frente. Se dice que el pueblo maya no usó como penas ni la prisión ni los azotes, pero a los condenados a muerte y los esclavos fugitivos se les encerraba en jaulas de madera que servían de cárceles; y las sentencias eran inapelables.

Thompson dice, así nos lo refiere el maestro Raúl Carranca y Trujillo: "...con relación al pueblo maya, el abandono de hogar no estaba castigado; el adúltero era entregado al ofendido quien podía personarlo o bien matarlo y en cuanto a la mujer su venganza e infamia se consideraban penas suficientes; el robo de cosa que no podía ser devuelta se castigaba con la esclavitud. Suma benignidad penal sería ésta, si se tiene en cuenta que lo que nos revela la Crónica de Chac-Xulub-Chen: a los traidores, a los súbditos (de Ah Cocom) primeramente los arrojaron en las cuevas y destruyeron los ojos en la gran cueva de la Comadreja. No hubo a quien los ojos no hubiese destruido en la cueva..." (16).

(15) Raúl Carranca y Trujillo. *Idem.*, p.115.

(16) Raúl Carranca y Trujillo. *Idem.*, p.155.

Asimismo en la crónica del Ejército maya, se expresa que la persona que cuidara para que al arribar el enemigo no fuesen sorprendidos los Ejércitos mayas, que se separasen del lugar, serían castigados con la pena de muerte.

2.1.2. CULTURA AZTECA.

El maestro Daniel Moreno nos dice: "...En el momento en 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 sojuzgados 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. Otros pueblos con cierta autonomía o con una tendencia relativa, como los Tarascos, Tlaxcaltecas y Chiapanecos; mientras que la mayor parte se encontraba en las zonas marginales; sin embargo, había una gran cohesión con la alianza de Azcapotzalco, Tacuba y Tenochtitlán, siendo ésta última la predominante y la que logró establecer un imperio que abarcó la mayor parte del territorio mexicano. Se hallaban en un proceso de consolidación, ya que muchas regiones apenas habían sido conquistadas; pero el largo aprendizaje guerrero de los aztecas hacía pensar que en pocos años el avance continuaría acelerando; al llegar los españoles los nahuas habían alcanzado la mayor parte del dominio de Mesoamérica; desde las tierras mexicanas hasta la actual región del Guanacaste, en las tierras ístmicas de Costa Rica. Poco antes habían conquistado Nicaragua, Nicanahua en la lengua indígena, que significa "hasta aquí los nahuas". (17).

"...Aunque había cierta diferencia entre los diversos señoríos indígenas y el tlaxcalteca, tenían un senado de raigambre casi democrática, en el fondo todos los gobiernos tenían parecido, debido al factor religioso, que era definitivo en la vida cotidiana de aquellos pueblos. Además había un factor en gran parte olvidado; la

(17) Daniel Moreno. Derecho Constitucional Mexicano, 2a. Edic., p.23. Edit. Pax-México, Méx. 1973.

condición de la mujer no era de completa relegación, como en España y en la mayor parte de la Europa de los años del descubrimiento de América, ya que ella tenía una buena porción de derechos, lo que le daba un lugar no desdeñable en la organización social..." (18).

El sistema de gobierno que operaba entre los aztecas era monárquico, en donde el Rey era el Supremo Juez y el Jefe de más alta jerarquía y al que le llamaban "tlatoani" o "tlacatecutli", que significaba el orador; conjugaba esta forma de gobierno con la teocracia que impregnaba todas las instituciones, tanto sociales como económicas y políticas, ya que al lado del Rey estaba siempre el sacerdote y todo acto del monarca según decían sus dogmas, se establecía en múltiples deberes del Rey; hacia Huitzilopoztli que era Dios; limitando de esta manera las facultades del monarca, quien apenas si tenía como límite en su poder, la influencia de los consejeros ancianos. Sin embargo, el proceso de consolidación hacía que persistiera cierta influencia de la nobleza, ya que la transmisión del poder no era forzosamente para el primogénito; la intervención del jefe de los asuntos religiosos, determinaba también que los sacerdotes tuviesen también una gran influencia en los asuntos gubernamentales, constituyendo otra limitación al poder del señor.

"...Había una institución económica social, el Calpulli, que le daba una organización colectiva en la vida popular. A pesar de que había divergencia en las clases sociales, y tanto sacerdotes como militares tenían un lugar privilegiado, en sociedades donde las actividades guerreras y religiosas eran fundamentales, a pesar de ello, salvo para los esclavos y otros grupos desheredados, el autocratismo de los señores se atenuaba bastante con una amplia clase de nobleza y con una considerable influencia de los dirigentes religiosos. Sin embargo, ya lo hemos dicho, la gran fuerza de los Tlatoques o tlatoanis, los calulleques y sacerdotes, era un signo bastante notable; la gran fortaleza del Ejército Mexicano en buena parte conserva su poder casi mágico, o sea semireligioso según el conceptualismo autóctono..." (19).

(18) Daniel Moreno *Ibid.*, p.24.

(19) Antonio Saucedo López. *Op. cit.* p.41.

Cuando un Rey tomaba el trono, se le hacía profestar el cumplimiento de las leyes aztecas, el cuidado de la religión; y el rey mismo, según las ceremonias del culto, se le hacían sangrar distintas partes de su cuerpo en señal de sacrificio. Los aztecas le daban importancia al bien hablar, y sin embargo, el calificativo de orador lo usaban también los Príncipes subalternos al Rey de la Familia Real.

"...Para que el Rey o el Príncipe obraran según su misión, tenían a su lado un cuerpo de Ministros que eran sus consejeros, y así habían el Ministro de la Justicia, el Ministro de Cultos, el Ministro de Hacienda y el Ministro de Guerra, que le llamaban "Tlacohtcalatl". Al lado de estos Ministros funcionaba un Consejo de Estado que era presidido por el Rey, y entre sus funciones operaba el Supremo Tribunal de Apelación; la guerra para los aztecas se iniciaba, mediante una triple intimidación del enemigo, entre las que mediaba un plazo de veinte días entre cada una de ellas a efecto de someter al pueblo rival bajo ciertas condiciones; la primera intimación la dirigían los aztecas a los ancianos preferentemente; la segunda intimación era dirigida a los Príncipes enemigos; y la tercera intimación la dirigían a los guerreros pertenecientes al pueblo en pugna; de esto seguía el rompimiento de las hostilidades en caso de que el pueblo enemigo no se sometiese, y así empezaba la guerra, según la Ley Azteca..." (20).

Las intimidaciones citadas anteriormente no siempre se observaron, puesto que a veces el enemigo era atacado por sorpresa según la táctica militar del pueblo azteca; por otra parte, los aztecas tenían ya delineada una legislación en la que se encuadraba la legislación castrense, es decir, ya existía una jurisdicción militar debidamente establecida, así en las Salas del Palacio Imperial, funcionaba un Consejo 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:

1.- El Tecpícalli, o sea el Tribunal Militar de la nobleza, que era encargado de

(20) Antonio Saucedo López, *ibid.*, p.42 y 43.

juzgar a los altos jefes militares, en la comisión de cualquier delito.

2.- 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.

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

El Derecho Azteca estaba debidamente delimitado y así las leyes de la guerra eran muy enérgicas e inflexibles, los jueces que integraban los Tribunales Militares, tenían prohibido atender recomendaciones para beneficiar a los reos; también tenían prohibido aceptar obsequios, dádivas, etc., para dictar un buen fallo que favoreciese a alguna persona; y las máximas autoridades de la justicia militar azteca, exigían de los propios jueces una celeridad en la justicia, prohibiéndoles dilatar las resoluciones; y en algunos casos graves se les sancionaba a los funcionarios que ejercían la judicatura, con la destitución de su cargo, y con la pena de muerte..." (21).

Los jueces militares aztecas escuchaban pacientemente a los reos militares y fallaban de acuerdo a las leyes castrenses. Las sanciones que imponían los Tribunales Militares a los reos guerreros, eran las de Pena de Muerte por Degollamiento, por Ahorcamiento, por Descuartizamiento y a Pedradas; además existía la confiscación de los bienes del sentenciado; la esclavitud de éste o la de sus hijos y demás parientes hasta el cuarto grado, ya fueran nobles o plebeyos los infractores de las leyes aztecas.

Los delitos a que atendía la Justicia Militar Azteca, eran tales como la insubordinación, la indisciplina, el abandono de puesto, la desertión, la cobardía, el robo, la traición, etc., castigándolos según el derecho militar azteca, con la pena de muerte.

(21) Antonio Saucedo López. *Ibid.*, p.44.

Como causa conexas a la cobardía se consideraba tal como hecho delictivo, el que el guardia personal del Rey o del Príncipe heredero, abandonase a éste dejándolo caer prisionero por el enemigo. Se le sancionaba con la pena de muerte fuese soldado u oficial.

"...El soldado que dejase escapar a un enemigo expiaba su falta con la pena de muerte; los espías también eran matados y cuando penetraban en la Ciudad de México, eran sacrificados en el Templo de Macuicalle. El guerrero que llevaba noticias al enemigo y el mensajero que en tiempo de guerra daba informe falso, expiaba con la pena de muerte. Los delitos contra el patrimonio también eran regulados por el Derecho Militar Azteca, así el guerrero que robaba o otro el botín obtenido en la guerra, se le sancionaba con la pena de muerte y el que le quitase a otro un prisionero era castigado de la misma manera; la malversación cometida por un guerrero contra el patrimonio del Ejército, era castigada su conducta delictiva con la esclavitud; el falso testimonio rendido en procesos militares, era sancionado severamente..." (22).

Al vencer los aztecas a otros pueblos, hacían de los guerreros enemigos prisioneros de guerra y recibían el nombre de "Uaccantí"; en cuanto a los medios de prisión para recluir a estos, el derecho azteca establecía prisiones militares en donde se relegaban a los inculcados por la comisión de delitos contra la disciplina militar y así las prisiones eran de muy miserable condición, en donde los reclusos, apenas si eran alimentados y vivían en situaciones demasiado deplorables, quienes eran reducidos a la esclavitud; considerándolos esclavos de Dios y no de los hombres, y sus corazones y almas eran entregados al Dios Huitzilopoztlí, para el que eran sacrificados; sus cuerpos pertenecían en vida a los guerreros aztecas que los habían capturado. Los prisioneros de guerra en algunas ocasiones eran arrojados vivos al fuego, en los sacrificios que se ofrecían en el Templo de Tecalco; en aquella época no había canje de prisioneros con el pueblo enemigo, pues esto era un sacrilegio en contra de Dios, ya que se les consideraba como esclavos de éste.

(22) Antonio Saucedo López, *op. cit.*, p. 45.

Los soldados aztecas que dejaban escapar a un prisionero de guerra, o que en su caso también vendían a éste; se les imponía la pena de muerte por degollamiento. Igualmente eran acreedores a la pena de muerte, aquellos guerreros que desamparaban el pueblo que se les había dado en custodia para su vigilancia; igualmente al que desobedeciese a un superior; o al que huyese cobardemente en combate o que favoreciese al enemigo en una acción de armas; era también acreedor a la pena máxima, el soldado que iniciase el combate antes de la señal de su jefe.

Los guerreros de origen noble, cuando eran hechos prisioneros por el enemigo y regresaban con vida más tarde, se les sancionaba con la pena de muerte; pero si su retorno era debido a haber triunfado en una lucha con destacado soldado enemigo, lucha que recibía el nombre de "Sacrificio Gladiatorio"; el soldado que regresaba era recibido con honores y quedaba en inmediata libertad.

La pena de muerte por ahorcadura, era impuesta al que robase a otro un prisionero de guerra, o que robase para sí el botín colectivo obtenido en un combate; los mensajeros que rendían informes falsos, o los que usurpasen en estado de guerra, insignias jerárquicas o mando de los jefes, se les sancionaba con la pena de muerte igualmente.

El reo podía hacer su propia defensa, pero también tenía facultades para designar a un representante o abogado que le defendiera; el que recibía el nombre de "Tepantfaoani".

2.1.3. OTRAS CULTURAS.

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. El adulterio habido con alguna mujer del soberano o Calzontzin se castigaba no sólo con la pena

de muerte del adúltero, sino trascendía a toda la familia; los bienes del culpable eran confiscados (embargo a beneficio del fisco). 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 empalándolo después hasta hacerlo morir; el hechicero era arrestado vivo o se le lapidaba; a quien robaba por primera vez, generalmente se le perdonaba, pero si reincidía, se le hacía despeñar, dejando que su cuerpo fuese comido por las aves.

“...El derecho de juzgar estaba en manos del Calzontzin; en ocasiones la justicia la ejercía el Supremo Sacerdote o Petámuti...” (23).

“...También se dice de leyes de los tlaxcaltecas; pena de muerte para los causantes de grave daño al pueblo, para el traidor al Rey o al Estado, para el que en la guerra usara las insignias reales, para el que maltratara a un embajador, guerrero o ministro del Rey; para los que destruyeran los límites puestos en el campo; para los jueces que sentenciaran injustamente o contra la ley, o que dieran al Rey relación falsa de algún negocio; para el que en la guerra rompiera las hostilidades sin orden para ello, o abandonara la bandera o desobedeciera; para el que matara a la mujer propia aunque la sorprendiera en adulterio; para los adúlteros, para los incestuosos en primer grado; para el hombre y la mujer que usaran vestidos impropios de su sexo; para el ladrón de joyas de oro; y para los dilapidadores de herencia de sus padres. La muerte también era por ahorcamiento, lapidación o descuartizamiento, y se conocía también la pena de la pérdida de la libertad...” (24).

En todas estas culturas, el castigo que se tenía para los militares que abandonaban el Ejército o cometían lo que ahora conocemos como desertión, eran condenados a la pena de muerte.

(23) Fernando Castellanos Tena. *Op. cit.*, p.41.

(24) Raúl Camanca y Trujillo. *Op. cit.*, p.118.

Así se concluye, que las instituciones sociales y políticas del mundo indígena han conservado influencia, y ya quedó establecido como antecedente fundamental, que el pueblo azteca eminentemente guerrero y conquistador, era el más poderoso de entonces, puesto que fue superior a otros pueblos de la época prehispánica; su esplendor, desarrollo y cultura fueron alcanzados por cruentas batallas que a la postre 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..." (25).

2.2. EPOCA COLONIAL.

2.2.1. LAS LEYES DE INDIAS.

Con el advenimiento de los españoles a la gran Tenochtitlán, se abre una nueva etapa en la historia de México, una etapa que cubre de gloria y honor los pasajes guerreros de ambos pueblos; y 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. Así al conquistar los españoles el territorio mexicano crean la Nueva España, misma que estaba influenciada y copiada de la organización del pueblo español, de esta manera encontramos que la religión, costumbres y maneras de ser se trasplantan al territorio conquistado, surgiendo así el inicio de la historia del México Colonial.

"...Resulta perfectamente lógico que en los años de la conquista, los que ejercían las funciones gubernativas fueran los propios militares, los jefes de las expediciones descubridoras. Se les dio el título de Adelantados, palabra castellana, de cuño

(25) Kolher. El Derecho Penal de los Aztecas, en Criminalia, T. III., p.228.

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 fue siempre investido con el carácter de Gobernador, así es que tenía funciones militares, administrativas y aún jurisdiccionales. Tal organización se fue haciendo a un lado en la medida en que avanzo la organización y se fueron creando los Virreinos, con lo que el Estado español se volvió omnipresente en las nuevas tierras conquistadas..." (26).

"...Así tenemos que cuando Hernán Cortes desembarcó en tierras mexicanas, ostentó los cargos de Capitán General y Encargado de la Justicia Mayor de las tierras a las que había llegado, hasta en tanto que el Soberano Español, dictase las medidas conducentes. Cortes hizo levantar un acta que le concedía los cargos antes citados, ante un escribano de nombre Diego De Godoy. Entre las múltiples funciones que tenía Hernán Cortes, eran las de ser Juez Militar Máximo, y ejercía su jurisdicción sobre los soldados a su cargo; así en varias ocasiones debido a la insubordinación frecuente de los soldados que mandaba, instruyó algunos procesos contra éstos, a efecto de mantener la disciplina entre los suyos; Cortes, 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 efectos dichos mandamientos y eran obligatorios para todos los soldados sin excepción; entre algunas disposiciones generales que Cortes impuso a sus soldados fueron: la prohibición de los juegos de azar, el buen cuidado de las armas y también el buen cuidado de los caballos..." (27).

De esta manera la vida militar indígena quedó destruida después de la conquista española, el Ejército azteca era poderoso y disciplinado y ante el temor de que los indígenas pudieran reorganizarse militarmente, los Reyes Españoles dictaron numerosas disposiciones prohibiendo que los indios portasen armas. Por otra parte, la administración española era cuidándose de evitar la formación de Ejércitos regulares en la Colonia, pues se pensaba que éstos, por el hechos mismo de poseer las

(26) Daniel Moreno, *Op.cit.*, p.25.

(27) Antonio Saucedo López *La Jurisdicción del Fuero de Guerra, del Cuerpo de Profesionistas*, 1978, p.3.

armas y un cierto contingente organizado, tendería naturalmente a convertirse en focos de agitación contra España.

El Ejército como tal no existía en la Colonia por largo tiempo.

“...Durante casi dos siglos, las únicas tropas permanentes en la Nueva España lo fueron la escolta de alabarderos 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.

Desde un principio se hizo evidente el carácter dual de éste Ejército colonial; las fuerzas regulares y las milicias. El Ejército regular fue pequeño y de gran pobreza, pues siempre se considero que resultaría antieconómico que fuese de grandes dimensiones. Por su parte, los gremios de comerciantes de las ciudades de México y Puebla organizaron regimientos antes de 1700; pero su función fue más bien policiaca y de protección de la actividad comercial, sólo hasta la segunda mitad del siglo XVIII, hacia 1765, y ante la amenaza que significó Inglaterra para las colonias de borbones, surgió la necesidad de integrar la defensa de los Reinos de América contra una posible agresión Británica. Fue entonces cuando apareció el primer Ejército en la Nueva España...” (28).

Por otra parte, apegándonos un poco más al tema que nos ocupa, en relación a la deserción en esta época, diremos que los estudiosos en la ciencia de Herodoto, nos enseña que los Virreyes de la Nueva España tuvieron un serio problema para la constitución de su Ejército, dado que las personas que se enrolaban tenían poca o mucha inclinación por la carrera de las armas, reflejándose con ello la falta de oficiales que adiestrasen debidamente al Ejército miliciano; otro problema que los Virreyes tenían era el problema económico, dado que era necesario invertir para mantener un Ejército más o menos digno de la Corona Española y así podemos apreciar que uno de los medios a que recurrieron los Virreyes, fue el aumento de contribuciones, para

(28) Jorge Alberto Lozoya. El Ejército Mexicano. Colegio de México. p.16.

así poder tener los medios posibles para sufragar los gastos del instituto armado; de ello deriva otro problema, los mandatos de la Corona Española que en infinidad de veces ponía en aprietos al representante del Rey, veía menguada su economía porque enviaba todo o parte de lo recabado a Europa.

Así se puede asumir como conclusión, que el soldado de aquella época no tuvo la oportunidad de conocer debidamente el manejo de las armas y mucho menos es posible hablar que haya tenido oportunidad de conocer sistemas tácticos o estratégicos de la ciencia de la guerra, sino por el contrario la experiencia del soldado en el Ejército era demasiado halagadora, por la vida de libertinaje de los militares de esa época; y para estudiar más el problema la autoridad de la Nueva España vaciaba los presidios y llenaba los Ejércitos de los que antes habitaban las prisiones, por ende era lógico que los actos delictivos de los militares fuesen en aumento.

A la par se presentó otro problema social dentro de las filas, ya que por la ociosidad de los guerreros, no tenían los jefes militares en que ocupar a sus soldados y éstos se dedicaban a los vicios, actividades insanas, relajando con ello la disciplina del Ejército.

En las costas como la de Veracruz, por el intenso calor, las guarniciones militares eran presa fácil de las condiciones insalubres y faltas de higiene, en las mismas se creo un problema más hacia el Virreinato de aquella época; el que ningún individuo aceptaba se le enviase, pues ya sabía que si era destacado en alguna costa, contraería una serie de enfermedades, o quizá la muerte.

Con la misma continuidad, ahora procederemos a hablar de lo que fueron en esencia las Leyes de Indias, y del órgano que se encargó de aplicarlas, o sea, el Real y Supremo Consejo de Indias.

Una vez que los españoles se apoderaron de territorio dominado por los indios,

empieza en nuestra historia el período llamado Hispano; 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 dice Don Miguel Macedo, se declarara 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..." (29).

El color, la ignorancia y la miseria de los indios, los colocan a una distancia infinita del español. El favor de las leyes en esta parte les aprovecha poco, y todas las demás les daña mucho.

Circunscriptos en el círculo que forma un radio de seiscientas varas, que señala la ley a sus pueblos, no tiene propiedad individual. La de sus comunidades, que cultivan apremiados y sin interés inmediato, debe ser para ellos una carga tanto más odiosa, cuanto más ha ido creciendo de día en día la dificultad de aprovecharse de sus productos en las necesidades urgentes, que vienen a ser insuperables por la forma de manejo que estableció el Código de Intendencia como que nada se puede disponer en la materia sin recurso a la junta superior de la Real Hacienda de México.

".. Toda bondad de las Leyes de Indias; todo el propósito humanitario y el deseo de un buen gobierno de parte de los Virreyes, se estrellan ante sólido muro de los intereses creados. No tenía que recurrir Abad 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..." (30).

(28) Fernando Castellanos Tena. Op.cit., p.43.

(30) Daniel Moreno. Op.cit., p.38.

Sobre este aspecto el maestro Carranca y Trujillo nos dice lo siguiente: "...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. Las "Reservations" de los Estados Unidos han operado de manera semejante..." (31).

"...La Colonia representó el trasplante de las instituciones jurídicas españolas a territorio americano. La Ley 2, Título I, Libro II de las Leyes de Indias dispuso que "en todo lo que no estuviese decidido ni declarado por las leyes de esta recopilación o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla conforme a las del Toro, así en cuanto a la sustancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de sustanciar (1530).

Por tanto fue derecho vigente durante la Colonia, el principal y el supletorio; el primero constituido por el derecho indiano, entendido en su expresión más enérgica, es decir, que comprendía tanto las leyes stricto sensu cuanto las regulaciones positivas, aún las más modestas, cualquiera que fuese la autoridad de que emanaran, pues es sabido que varias autoridades Coloniales-Virreynales, Audiencias, Cabildos; gozaban de cierto margen de autonomía que les permitía dictar disposiciones de carácter obligatorio; y el segundo constituido por el Derecho de Castilla..." (32).

Diversas recopilaciones de leyes especialmente aplicables a las Colonias fueron formuladas, siendo la principal, la "Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias", de 1680; la más consultada por cuanto sobre hallarse impresa, estaba dotada de fuerza de obligar. Pero las numerosas cédulas, instrucciones, ordenanzas leyes de Cortes, etcétera, dictadas con anterioridad a 1680 o con posterioridad a esta fecha, revelan la abundantísima floración de la legislación colonial. Entre las anteriores a 1680 se encuentran: la de Juan de Ovando (de fecha ignorada), el Celulario de Puga (1525-1563), las Leyes y Ordenanzas Reales de las Indias del Mar Océano, por

(31) Raúl Carranca y Trujillo. Derecho Penitenciario, Cárcel y Panas en México, Edit. Porrúa, México, p.35.

(32) Raúl Carranca y Trujillo. ibid., p.118.

Alonso de Zorita (1570), la Recopilación de Encinas (1596), La Gobernación Espiritual y Temporal de las Indias (sin fecha), El Libro de Cédulas y Provisiones del Rey (1541-1621), Los Nuevos Libros de Diego Zorrilla (1605), Los Sumarios de Rodrigo de Aguilar (1628), La Recopilación de Cédulas (1589-1632), El Proyecto de Solorzano (1618-1621), El de León Pinelo (1636), Los Trabajos Conjuntos de Ambos (1654), El Proyecto de Ximenez de Pagua (1665), Los Sumarios de Cédulas, Ordenes y Provisiones Reales de Montemayor (1628-1667). Y entre los posteriores a 1680; el Celulario de Ayala y el Proyecto del Código Indiano (siglo XVIII)...” (33).

“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.” (34).

“La Recopilación se compone de IX libros divididos en títulos integrados por buen golpe de leyes cada uno. La materia esta tratada confusamente en todo el Código; este cuerpo de leyes es un caos en el que se hacinaron disposiciones de todo género, pudo decir Ortiz de Montellano. Diseminada la materia penal en los diversos libros, es, no obstante, el VII, el que trata más sistematizadamente de policía, prisiones y derecho penal. Haremos breve síntesis de cada uno de los ocho título de este libro” (35).

“...El I, con 29 leyes, se titula “De los pesquisidores y jueces de comisión”. Los primeros estaban encargados de la que llamaríamos función investigadora del Ministerio Público, hasta la aprehensión del presunto responsable; los jueces de la comisión eran designados por audiencias o gobernadores, para casos extraordinarios y urgentes.

(33) Raúl Carranca y Trujillo. *Ibid.*, p.116.

(34) Raúl Carranca y Trujillo. *Idem.*, p.117.

(35) Raúl Carranca y Trujillo. *Idem.*, p. 117.

El Título II, con 8 leyes, se denomina "De los juegos y jugadores".

El Título III, con 9 leyes, "De los casados y desposados en España e Indias, que están ausentes de sus mujeres y esposas"; materia incidentalmente penal, ya que podía sujetarse a prisión a los que habían de ser devueltos a la metrópoli en tanto se les embarcaba para reunirse con sus cónyuges.

El Título IV, con 5 leyes, se titula "De los vagabundos y gitanos", y disponía la expulsión de éstos de la tierra.

El V, con 29 leyes, tiene por denominación "De los mulatos, negros, berberiscos e hijos de indios", contiene un cruel sistema intimidatorio para éstas castas: tribus al rey, prohibición de portar armas y de transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajos en minas y azotes; todo ello por procedimiento sumario, excusando tiempo y proceso"; pero en ningún caso la castración para los negros simarrones.

El Título VI, con 24 leyes, "De las cárceles y carceleros", y el Título VII, con 17 leyes, "De las visitas de cárcel"; dan reglas que son atisbo de ciencia penitenciaria.

El VIII, por último, con 28 leyes, se denomina "De los delitos y Penas y su aplicación", y señala penas de trabajos personales para los indios, por excusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la República y siempre que el delito fuere grave, pues si leve, la pena sería la adecuada, aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer; sólo podían los indios ser entregados a sus acreedores para pagarles con su servicio, y los mayores de 18 años podían ser empleados en los transportes donde se careciera de caminos y bestias de carga. Los delitos contra los indios debían ser castigados con mayor rigor que en otros casos..." (36).

(36) Raúl Carranca y Trujillo. *Ibid.*, p.119.

“...Aparte el incumplimiento general en las Colonias, de la legislación indiana, constituyó un problema ajeno en este lugar; la misma legislación contiene aportes dignos de especial mención, por ejemplo: sistema de composición permitido, aunque excepcionalmente y “siendo el caso de tal calidad que no sea necesario dar satisfacción a la causa pública, por la gravedad del delito o por otros fines” (1, 17, tít. 8., Lib. VII de la Rec. 1680). Por el contrario, las penas eran desiguales según las castas, quedando equiparados españoles y mestizos sólo en ciertos casos, por ejemplo el adulterio...” (37).

“... Como complemento de las Leyes de Indias deben ser tenidos los “Sumarios de las Cédulas, Ordenes y Provisiones Reales” que se han despachado por su Majestad para la Nueva España y otras partes, especialmente desde el año de 1628, hasta el año de 1677. Con algunos títulos de las materias que se añaden; y de los autos acordados de su Real Audiencia; y algunas ordenanzas del Gobierno, que juntó y dispuso el Doctor D. Juan Francisco De Montemayor, Gobernador, Capitán General que fue de la isla española, Presidente de su Real Audiencia y Oidor de la Nueva España (1628-1677). Don Eusebio Ventura Belena continuó una de las partes de los Sumarios de MONTEMAYOR, los que además, reimprimió parcialmente (1787). La colección se conoce con el nombre de Autos acordados de MONTEMAYOR y BELEÑA, pero su título exacto es “Recopilación Sumaria de todos los Autos acordados por la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España y Provincias de su superior Gobierno”; de varias Cédulas Reales y Ordenes que después de publicada la Recopilación de Indias han podido recogerse, así de las dirigidas a la misma Audiencia o Gobierno como de algunas otras que por sus notables decisiones convendrá no ignorar...” (38).

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

(37) Raúl Carranca y Trujillo. *Idem.*, p.188.

(38) Raúl Carranca y Trujillo. *Op. cit.*, p.119.

Supremo del Rey para el Gobierno de América, tanto en el orden legislativo, como en la administración y la justicia: en éste último renglón tuvo la jurisdicción civil y criminal en última instancia. Hacía los nombramiento de funcionarios, la presentación de los prelados, la fundación de las Audiencias, los Obispos, Conventos, Consulados y Universidades; también le correspondía controlar el comercio y la Real Hacienda.

Por si fuera poco, tenía la defensa militar de las costas y el nombramiento de funcionarios de la más elevada jerarquía; desde Virreyes, Obispos, Oidores; y tuvo la facultad de algunos otros de rango menor..." (39).

"...También tenía un Consejo competente en las actividades científicas de los demonios de ultramar. Por ello hubo un Cronista Mayor de las Indias y un Cosmógrafo Mayor. Su organización se estableció en 1542, por ordenanzas realmente casuísticas, que fueron mejoradas por otras de 1571. Solamente fueron disminuidas sus atribuciones con la creación de algunas juntas espaciales como la de Hacienda de Indias, creada en 1575, y la Junta de Guerra, fundada en 1579..." (40).

"...Si la casa de contrataciones de Sevilla entró en decadencia en el siglo XVIII, acentuada cuando se efectuó su traslado a Cadíz, en 1772, y en 1790 fue decretada su desaparición, en la propia centuria el Consejo de Indias perdió la mayor de sus facultades quedando bajo Felipe V, en un organismo de consulta; sobre todo desde 1717, cuando se creó la Secretaría del Desarrollo Universal de Indias..." (41).

Cabe hacer notar que en la época de las Leyes de Indias y en relación con el delito objeto del presente estudio, aparecían algunos ordenamientos en los cuales los que se desertaban, el Comandante de la fuerza tenía el derecho de matarlos.

(39) Daniel Moreno. *Op. cit.*, p. 30.

(40) Daniel Moreno. *Ibid.*, p. 31.

(41) Daniel Moreno. *Idem.*, p. 31.

2.2.2. LAS ORDENANZAS DE CARLOS I.

En relación con el tema en estudio, se continuó con el derecho que tenían de privar de la vida al insubordinado si lo encontrasen en el momento de desertarse, sin embargo si era aprehendido con posterioridad era sancionado de acuerdo a la corte marcial y sus leyes aplicables, existiendo penas de confinamiento, confiscación de bienes y penas de muerte en casos en que la desertión era cometida frente al enemigo; era apelable la condena ante el Virrey y para el caso de militares acomodados podían hacer llegar su apelación ante el reinado de España.

En cuanto a las disposiciones de carácter legal que regulaban el Ejército de la época Virreynal, "...el Rey Carlos I, el 13 de junio de 1551 instituyó una ordenanza en donde proclamó solemnemente el Ejército de España; asimismo en 1557, Felipe II, y Alejandro Farnesio, Capitán General de los Estado de Flandes, en Ordenanza de 13 de mayo de ese mismo año, proclamaron a la par la constitución de Ejército.

Reconocieron esto Felipe III, en Cédula de 11 de diciembre de 1598 y Felipe IV por Cédula de 21 de mayo de 1632; éste 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..." (42).

2.2.3. OTRAS ORDENANZAS.

En España también de igual manera y posteriormente a CARLOS II, se crea el Fuero de Guerra conforme a las Cédulas de 29 de abril de 1697 y 28 de mayo de 1700, y las Ordenanzas de FELIPE V de 18 de diciembre de 1701, así como la Cédula de 1706 y la Ordenanza General de 12 de julio de 1728, que rigió hasta 1762y y que fue regulado

(42) Antonio Saucedo López. Reformas al Código de Justicia Militar, p.47.

y aplicado en la Nueva España en dos años del gobierno que ejerció como Virrey en esta, el Marqués de Cruillas.

Fernando VII los reconoce en sus ordenanzas de la Real Armada de 1748 y 1751, ampliándolo en las promulgadas para los regimientos especiales de Guardias de Infantería, y por último, las Reales Ordenanzas dadas en San Lorenzo el 22 de octubre de 1766, que fueron las vigentes en México, alteradas en parte por Carlos III.

El Marqués de Croix sucesor del Marqués de Cruillas en la Nueva España, ordenó que se ocupasen las regiones provinciales de ésta, muy a pesar de que la Corona ordenaba integrar las milicias, no obstante la ocupación de la voluntad de sus integrantes los cuerpos que se formaban duraban unos cuantos meses, ya que los hombre que integraban este cuerpo desertaban del Ejército. Se publicó una disposición donde se imponían severos castigos a todos aquellos que ayudaban a algún desertor, pero además se dictó una disposición en la que se señalaban los premios que se otorgaban a todas aquellas personas que delataban a un desertor; Croix dejó el Virreinato en 1771.

...Don Antonio María Bucareli (1771-1779); este Virrey intentó resolver los problemas que había en el Ejército con un espíritu de justicia, equidad y legalidad, tanto en delitos vulgares, arbitrariedades del virreinato y los conflictos que resultaron de las disposiciones contemporáneas en España.

Don Martín De Mayorga (1779-1783); en ésta época se desata la guerra en Europa, Francia y España ayudan a la Colonia de América del Norte para que ésta obtenga su libertad; en la Nueva España los vasallos supieron por bandos de 12 de agosto de 1779, que España había entrado en guerra con Inglaterra, en ésta época 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 vida civil.

La Ordenanza Militar en el año de 1780, estableció severos castigos a los soldados que desertaban, y los desertores que reincidían en este delito y que eran aprehendidos por segunda vez, se les imponía la pena de seis carreras de banqueta por 200 hombres y seis meses de prisión en los que se encargaban de la limpieza del cuartel, y al terminar su condena se les despedía ignominiosamente, impidiéndoles volver al Ejército..." (43).

"... El Supremo Consejo de Guerra en mayo de 1782, resolvió que aquel soldado que desertase por segunda vez, no habiendo buscado refugio en ninguna iglesia, se le impusiese además de la pena de carrera de banquetas, la de diez años de servicio en los presidios, derogando la disposición en donde se les impedía ingresar nuevamente al Ejército, ya que podían hacerlo nuevamente.

Don Manuel Antonio Flores, gobernó de 1787 a 1789; en ésta época las reales ordenes aprobaron el proyecto de Don Francisco Crespo, para la nueva constitución del Ejército..." (44).

"...Don Vicente De Guemes Pacheco De Padilla, Segundo Conde de Revillagigedo, duro como Virrey de 1789 a 1794. En su gobierno de la Nueva España, llegó a ésta el Real Decreto de 1789, relativo a que los jueces militares extendieran su jurisdicción exclusivamente a las causas civiles y criminales en donde fueran demandados los miembros del Real Ejército, esta resolución causó graves trastornos en la justicia del reino, además de repercutir socialmente en la Nueva España; la extensión de este decreto fue el formar una clase militar con tribunales especiales cuyo rigor fuera consagrado al espíritu militar colonial. Esta intensión no apegó a la realidad y fue muy distinta, ya que obstante ser un señuelo para reclutar hombre que eran indiferentes a la vida militar, se mandó que los expedientes de causas militares se trasladasen a la Capital General; esto era incongruente a la realidad, ya que un país que acababa de enrolar en el Ejército a la mayor parte de su población por razón de los estatus de guerra, los tribunales para ganar tiempo dilataban las sentencias y las

(43) Antonio Saucedo López. *Ibid.* p.48.

(44) Antonio Saucedo López. *Ibid.* p.49.

partes de un proceso e interpretaban a su conciencia los preceptos del decreto teniendo como resultado la confusión y el error, unas veces dolosamente y otras por ignorancia o falta de comprensión; a estos protestaban el Tribunal del Consulado, el Tribunal de Minería, el Intendente de Valladolid y el Corregidor de México; se recurrió a consultar al auditor de guerra y éste dijo: "Que sargentos, Cabos y demás piezas de milicianos tanto provinciales como urbanos que no gozaran de sueldo continuo, disfrutaran de Fuero Militar con sus causas militares..." (45).

"...Ajustándose a las nuevas ordenes de policía del reino no hacía más que aprehender a los delincuentes de la tropa vieja, consignándolos inmediatamente con su expediente respectivo a los jueces militares, de esto se derivó que los militares decían que porque habían de ser juzgados por Tribunales Militares y no tenían que cumplir con su condena, a esto toda la población se aprovechó y la mayor parte se enrolaba en el ejército para gozar del Fuero Militar.

Racinforte sucesor de Revillagigedo gobernó de 1794 a 1798. Este amplió el fuero en causas civiles y militares a los individuos que pertenecían a los cuerpos de veteranos y por consecuencia se amplió la jurisdicción militar del Virrey.

A fines del siglo XVIII, se manifiestan distintos delitos cometidos por militares, como por ejemplo: el de los Oficiales que defraudaban el erario real, éstos eran cesados de su empleo y el Coronel del regimiento, no daba cuenta al Virrey.

En el delito de desertión, los castigos eran inútiles y había una gran cantidad de dinero en cada cuerpo que se llamaba depósito de desertores y este era administrado por un miembro del Regimiento; cuando el desertor era aprehendido, la persona encargada de manejar el depósito pagaba todos los gastos que ocasionaba el infractor; de esto derivó que perseguir desertores se convirtiera en un oficio que a veces era el trampolín para obtener una plaza en el Ejército, como recompensa a su labor de captura de vagos y desertores..." (46).

(45) Antonio Saucedo López. *Ibid.* p. 50.

(46) Antonio Saucedo López. *Ibid.*, p. 51.

Debido a la vida licenciosa, las insubordinaciones y desordenes cometidos por los soldados en aquellas épocas, hizo que la ordenanza militar fuese insuficiente para contenerlas. Don Miguel De Aranza (1798-1800); al inicio de su gobierno en el virreinato no hubo nada importante, pero en el año de 1779, llegaron a la Nueva España recomendaciones especiales a los jueces y ministros de los pueblos para que pusieran todo su empeño en aprehender a los desertores ya que en España habían llegado noticias de que este delito era cometido en forma bastante numerosa entre los miembros del Ejército; siendo éste un grave problema para mantener la disciplina militar.

Don Félix Berenguer De Marquina (1800-1803). En ésta época los militares en la Nueva España eran ociosos y relajaban las costumbres de entonces, pero la conducta irregular fue asimilada como normal, debido a las vicisitudes que tenía la clase militar, puesto que desordenes y tropelías que cometían los soldados eran entendidos como parte de ser militar.

"...Es importante hacer notar un ejemplo para mayor comprensión de los que era la vida militar de ese entonces, aludiré a la causa que se inició en contra de Justo Escarraga, desertor de dragones de España, que fue procesado debido a la queja que se interpuso en su contra como ladrón y homicida. También otra causa importante fue la que se siguió en contra de Juan Beristain, dragón de México, debido a la queja de Don José Zorrilla por adulterio con su mujer, motivo por el cual Don Antonio Banilla, Coronel de la Corona, dijo: "pero si este exceso (adulterio) hubiera de castigarse con la separación del Regimiento, a todos los dragones que incurrieran en él, a pesar del celo con el que se procura detenerlos y de los castigos y arrestos y otros semejantes que sufren, serían tan considerable la baja del Regimiento; como el número de prostitutas con que se llenaría la casa de Recogidas, si se destinase a ella todas las acreedoras a este piadoso destino de corrección, como es la expresada señora González"; ésta causa tuvo como resultado que el inculpado convicto y confeso del delito de adulterio fuese enviado a una compañía del

Regimiento de Louisiana...” (47).

“...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 relativas a la desertión en donde, se castigaba severamente a los desertores, no obstante que habían otras disposiciones anteriores; la mayoría de los soldados al desertar vendían su equipo, se acogían a los indultos y nuevamente volvían a causar alta en otro cuerpo, constituyendo esto un grave problema en aquella época.

En el año de 1803 se suspendieron las penas de banquetas, que como ya se dijo eran impuestas para castigar a los desertores y en el año de 1808, hubo varias desobediencias e insubordinaciones, debido a las inmoralidades de los soldados miembros del Ejército.

De lo que se desprende que en la Nueva España la buena libertad, la buena vida y todas las maneras de relajar las buenas costumbres, eran innatas en el militar, debido a la mala paga y a la protección del fuero de que gozaban los soldados de aquella época. Indiscutiblemente que la formación y desarrollo de la Nueva España en todos sus defectos o virtudes determinó la creación de un Ejército mal formado, en donde existían disposiciones aisladas, relativas al fuero de guerra, siendo éstas demasiado frágiles para poder contener la ola de bandalidades de los militares pertenecientes al Ejército colonial...” (48).

2.3. MEXICO INDEPENDIENTE.

2.3.1. LA CONSTITUCION DE 1824.

Con motivo de la insurrección de los conspiradores de Querétaro, con el grito de

(47) Antonio Saucedo López. Ibid., p.52.

(48) Antonio Saucedo López. Ibid., p.53.

libertad de Don Miguel Hidalgo y Costilla en el curato de Dolores en el año de 1810, nació el movimiento de Independencia, en el que se respiraba aire de libertad y grandeza de un pueblo; se inicia una 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 reflejan nuevos horizontes y entre ellas tenemos una nueva fase dentro del Derecho Militar.

"...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 éstos 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 Licenciado Don Juan José Ruiz De Bustamante..." (49).

"...El 6 de mayo de 1811, se llama al especialista en la Ordenanza Militar Criminal, el Alférez Don Angel Bella, 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. Más tarde Allende, Aldama y Jiménez fueron sentenciados a la Pena de Muerte; Mariano Abasolo fue sentenciado a diez años de prisión que debería de cumplir en España; la causa de Don Miguel Hidalgo se inició el 7 de mayo de 1811; pero como el Tribunal era de Mixto Fuero, el 7 de junio de ese mismo año, fue puesto el proceso a disposición del Canónigo Fernandez, representante del Clero y más tarde Hidalgo, previa su degradación sacerdotal, fue sentenciado a la Pena de Muerte.

El Consejo de Guerra que conoció de las causas de los héroes de la Independencia, fue una Junta Militar Ad hoc, que en ningún momento en forma técnica

(49) Antonio Saucedo López. *Ibid.*, P.6.

jurídica revistió las características 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 1776 y como éstas eran incompatibles, se expidieron al efecto disposiciones aclaratorias como son el Decreto de 15 de septiembre de 1813...” (50).

“...Morelos en la Junta Nacional de Zitácuaro separa los asuntos de política y buen gobierno de los asuntos militares, organiza cuatro Ejércitos respetables en el afán de dar seguridad a los individuos de la junta antes mencionada y reconoce el mérito de los elementos pertenecientes a la tropa vieja. Al ser electo Morelos como Generalísimo de las Armas de América, dictó los sentimientos de la Nación, mismos que en su artículo 13 decía, que las leyes deberían ser generales sin excepción de cuerpos privilegiados, excluyendo única y exclusivamente al Ejército y a la iglesia...” (51).

“...El 6 de noviembre de 1813 en Chilpancingo, la declaración de Independencia señalaba reo de alta traición a aquel que 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 del Derecho Constitucional que determinó la libertad de la América Mexicana, promulgada en Apatzingán el 22 de octubre de 1814 y que confería 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; y dictar ordenanzas para el Ejército y milicias nacionales.

El mencionado Decreto en su capítulo XII, artículo 17 decía: En lo que toca al ramo militar, se arreglará a la antigua ordenanza mientras que el Congreso dicta lo

(50) Antonio Saucedo López. *Ibid.*, p.7.

(51) Antonio Saucedo López. *Ibid.*, p.62.

que más se conforme al sistema de nuestro gobierno por lo que no podrá derogar, interpretar, ni alterar ninguno de sus capítulos. A esto se refiere que eran aplicables las Ordenanzas dadas en SAN LORENZO el 22 de octubre de 1766; el artículo 198 del antes citado decreto, hablaba de los prisioneros de guerra y otros delincuentes del estado, los cuales sus ejecuciones se conformarían a las leyes y reglamentos que se dictasen separadamente. En ésta época se procuró mantener intocable al Fuero de Guerra y los militares no permitieron la invasión del Fuero Común; así lo demuestra la Real Ordenanza del 5 de noviembre de 1817...” (52).

La Constitución de 1824 fue la primera en regir en la vida independiente de México, pues la admirable ley inspirada por Morelos y sancionada en Apatzingán en 1814, no alcanzó vigencia práctica y proclamó, además de la forma de gobierno republicano y federal, el principio de la soberanía popular es establecer la división de poderes.

Las principales discusiones doctrinarias ocurrieron en el año de 1823, hasta llegar a la conclusión del acta. Se terminó de discutir el 31 de enero de 1824.

El proyecto de Constitución Federal fue aprobado el 3 de octubre de 1824, se presentó ante el Congreso el 1º de abril de ese año, tomando el nombre de Constitución de los Estados Unidos Mexicanos; si firmó el 4 siguiente y el día 5 la publicó el Ejecutivo. Entre tanto, había estado funcionando el sistema ejecutivo de tres personas, a pesar de los conflictos constantes que se presentaban.

“...Comprende siete títulos: I. De la nación mexicana, su territorio y religión; II. De la forma de gobierno de la nación, de sus partes integrantes y división de su poder supremo; III. Del poder legislativo; IV. Del supremo poder ejecutivo de la federación; V. Del poder judicial de la federación; VI. De los estados de la federación; VII. De la observancia, interpretación y reforma de la constitución y acta constitutiva...” (53).

(52) Antonio Saucedo López. *Ibid.*, p.83.

(53) Daniel Moreno. *Op. cit.*, p.123.

Comenzó a establecerse un sistema de garantías individuales, aunque no con la precisión que en otras cartas. La libertad de pensamiento y la prensa, quedaron aunque siempre estaba presente la religión de Estado, lo que provocó naturales restricciones.

“...En un ambiente optimista y de gran ilusión, entre las facultades del Congreso se consignó la siguiente: “Promover la ilustración, asegurando por tiempo limitado, derechos exclusivos de los autores por sus respectivas obras, estableciendo colegios de marina, de artillería, de ingenieros; erigiendo uno o más establecimientos en que se enseñen las ciencias naturales exactas, políticas y morales, nobles artes y lenguas, sin perjudicar la libertad que tienen las legislaturas para el arreglo de la educación pública en sus respectivos Estados...” (54).

Por otra parte, el proyecto Constitucional del 16 de mayo de 1823, influyó a la Constitución de 1824, para determinar las facultades del Congreso General relativo a la integración de las fuerzas del mar y tierra de acuerdo con todo lo relativo a los empleos militares, así como el de declarar la Guerra y hacer la Paz, y en proveer todo lo relativo a pensiones militares. Se admite el Fuero de Guerra y los militares eran sancionados por leyes especiales que régulan el fuero castrense.

“...La referida Constitución de 1824, insistió que el Ejército permaneciese regulado por las Ordenanzas de SAN LORENZO, y así declaró subsistente dicho ordenamiento en el artículo 154, título 5º, sección 7/a., después sancionó ésta declaración el 3 de agosto de 1826 y habiéndolo surgido más tarde algunas dudas el Decreto de 12 de octubre de 1824, 28 de febrero de 1843, 12 de febrero y 9 de julio de 1848, 31 de diciembre de 1850, y en el año de 1852 el General José Lino Alcorta reformó estas disposiciones, y así tenemos antecedentes en el decreto de 29 y 30 de marzo de 1853, y en el de 14 de enero de 1854...” (55).

La vigencia de la Constitución de 1824 alcanzó hasta el año de 1853; ella misma

(54) Daniel Moreno. *Ibid.*, p.124.

(55) Antonio Saucedo López. *Op. cit.*, p.53.

estableció que no podía ser modificada sino hasta el año de 1830; sin embargo las legislaturas de los Estados propusieron algunas reformas, casi de inmediato, pero estas se fueron aplazando, para respetar aquel precepto.

“...Los fundamentos filosóficos y políticos, ya se ha venido señalando al fijarlas ideas desde los finales del siglo XVIII y los comienzos del XIX. Provenían básicamente de la Revolución Francesa y de los filósofos que la fundamentaron; es decir, los miembros de la Ilustración; las citas de ROUSSEAU y PAINE; aparte de otros pensadores de la centuria dieciochesca. No se deben olvidar a los retóricos hispanos anteriores al absolutismo, o que combatieron el poder divino de los reyes. El cambio fue el de la Constitución de Cadíz, aunque ésta tuviera fuentes análogas. Por lo que se refiere al mecanismo del gobierno, ya se ha precisado la finalidad con la Constitución de nuestros vecinos, los Estados Unidos...” (56).

“...Una falla, que por no ser de la época, debe dejar de señalarse: “Giraban las ideas de los constituyentes de 24 al rededor del individualismo liberal, se creyó demasiado en la eficiencia teórica de la igualdad ante la ley, de la identidad de derecho y de oportunidades en la vida pública. Se pensó que, destruyendo los privilegios escritos en los libros era suficiente, sin tener en cuenta la urgencia de destruir más que los principios teóricos, los privilegios económicos establecidos en la práctica en la Constitución de 1824...” (57).

En cambio las ideas sociales de Morelos, las de Hidalgo, y aún las de Abad y Queipo, que forman parte del régimen colonial, quedaron olvidadas. Lo mismo que se debe decir de los propósitos reivindicadores de un Francisco Severo Maldonado, defensor de los indios, que eran abrumadora mayoría.

2.3.2. LA CONSTITUCION DE 1857.

(56) Daniel Moreno. *Ibid.*, p.125.

(57) Daniel Moreno. *Ibid.*, p.126.

Antes de hablar respecto de la Constitución de 1857, haremos una remembranza de la situación que prevalecía en nuestro país antes de la promulgación de ésta. Se tiene que el 1º de abril de 1853 llega al poder el General Antonio López De Santa Anna, como Presidente, y Don Valentín Gómez Farias, como Vicepresidente. Desde el principio asume el poder el Vicepresidente retirándose el Titular del ejercicio del poder; pero esto en forma alterna, pues a mediados de mayo asume la Presidencia y después la deja nuevamente y la vuelve a ocupar; se trató de llevar adelante, de una manera acelerada, la reforma liberal, sin embargo el principio de Santa Anna, fomenta las rebeliones contra el radicalismo del Vicepresidente en ejercicio del cargo; por ello en 1853 se produce en Morelia la primera rebelión al grito de "Religión y Fueros", con el Plan de Escalada. Así se producen otros pronunciamientos que sería largo enumerar.

El 6 de diciembre de 1856 se instaló el Nuevo Congreso Constituyente, el cual ratificó la vigencia de la Constitución de 1824 y emitió el Acta de Reformas Constitucionales en donde se dictan principios protectores de los derechos del hombre.

Al respecto el maestro Daniel Moreno nos dice "...Como en el Congreso algunos diputados moderados sostenían la administración de Gómez Farias y en el Senado la influencia de REJON era factor importante, se dieron los primeros pasos para la separación de la Iglesia del Estado, excomunión de monjas, no utilización de la fuerza civil para el pago de diezmos, suspensión de la Real y Pontificia Universidad de México, a la que se sustituía con varias de las corporaciones religiosas y diversos decretos sobre instrucción laica..." (58).

Con relación al Acta de Reformas de 1857, en condiciones tan difíciles se efectúan las sesiones de la Asamblea. En febrero de 47, 38 diputados propusieron el establecimiento literal de la Constitución de 1824. OTERO presenta su voto particular, sosteniendo la misma carta pero con Acta de Reformas. Este fue el voto que se discutió ya que la mayoría fue rechazado.

(58) Daniel Moreno. *Ibid.*, p.135.

El año de 1848, fue el más triste de la República, en vista de que la firma del Tratado de Guadalupe, de esa fecha, despojó al país de más de la mitad de su territorio, resultado de una guerra inicua, largamente preparada por Estados Unidos.

Los partidos extremistas quedaron debilitados, pues si los federalistas habían realizado un gran esfuerzo para sacar adelante la Carta de 24 con el Acta de Reformas de 1847, el partido ultraconservador, había provocado la rebelión de los polkos, en los mismos días en que el Ejército de los Estados Unidos ocupaba parte de territorio nacional; inclusive se había apoderado de la Ciudad de Puebla, por lo que el Congreso tuvo que trasladarse a Querétaro.

El Acta de Reformas, que estableció la Constitución de 1824, con algunas reformas, fue jurada el 21 de mayo; en el proyecto tenía 22 artículos que fueron elevados a 30. Apoyada por los moderados, conservó el voto indirecto y suprimió la Vicepresidencia. Con mayor aportación apareció el Juicio de Amparo, con carácter nacional.

LA REVOLUCION DE AYUTLA.

El origen de ese movimiento se encuentra con la proclamación del Plan de Ayutla, el 1º de marzo de 1854, y que realizó el Coronel Florencio Villareal, más bajo el impulso e influencia del viejo luchador de la Independencia y las pugnas liberales y federales, el cacique suriano Don Juan Alvarez.

Las declaraciones principales del Plan antes mencionado eran en el sentido de que se cesaban en el Poder Público Santa Anna y quienes hubieran desmerecido la confianza de los pueblos; se convocaría a representantes de cada Estado o Territorio para elegir Presidente Interino. Esta convocatoria entró a los quince días; y un Congreso extraordinario organizó la República en forma representativa y popular.

Al triunfo de ese movimiento nacido en el Plan de Ayutla, la Junta de Representantes de las entidades políticas integrantes de la República, designó a Don Juan Alvarez, Presidente Interino. El gabinete de Alvarez estuvo integrado con Ocampo en Relaciones y Gobernación; Juárez en Justicia y Negocios Eclesiásticos, Prieto en Hacienda y Comonfort en Guerra.

“...Convencido el General Alvarez de que no podía lograr avanzar conforme a sus ideas populistas mostradas a lo largo de varios lustros y entre los que destacaban sus anhelos en favor de los labriegos, dejó el poder en diciembre, nombrando Presidente sustituto al General Comonfort. Sin embargo antes se había dictado la PRIMERA LEY REFORMISTA, el 23 de noviembre de 1855, que fue la llamada Ley JUAREZ, sobre administración de justicia, con lo que las clases privilegiadas del Ejército y del clero, sufrían su primera merma, al suprimirse el fuero eclesiástico y el militar en materia civil y declarar renunciable el primero, en los delitos del orden común; restauo la Suprema Corte de Justicia y estableció el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal...” (59).

Don Juan Alvarez decretó esta Ley con base en el artículo 3 del Plan de Ayutla y le otorgaba facultades para atender a la seguridad e independencia nacional y demás ramas de la Administración.

“...La Ley de JUAREZ en su artículo 42, a la letra decía: “Se suprimen los tribunales especiales, a excepción de los eclesiásticos y militares. Los tribunales eclesiásticos cesarán de conocer de los negocios civiles y continuaran conociendo de los delitos comunes de los individuos de su fuero, mientras se expide una ley que arregle ese punto. Los tribunales militares cesaran de conocer de los negocios civiles y conocerán tan sólo de los delitos puramente militares o mixtos de los individuos sujetos al Fuero de Guerra. Las disposiciones que comprende este artículo son generales para toda la República y los Estados no podrán variarla...” (60).

(59) Daniel Moreno. *Ibid.*, p.158.

(60) Antonio Saucedo López. *Op. cit.*, p.8.

La Revolución de Ayutla, además de su matiz político, tuvo propósitos sociales; fue la protesta de un pueblo que ansiaba ver respetados los derechos humanos y llevar una vida digna, que las fuerzas sociales minoritarias pero poderosas le negaban; resultado de esa Revolución fue la Carta de 1857 que había de consagrar en su articulado un capítulo de los derechos del hombre, estructurar a la nación como República Federal, democrática y representativa.

Y así tenemos que el 18 de febrero de 1856 se inician las sesiones del Nuevo Congreso Constituyente, con la asistencia de Ignacio Comonfort que habla sustituido al General Alvarez como titular del Ejecutivo desde el 11 de diciembre de 1855.

México tuvo desde el 5 de febrero de 1857 un Código Fundamental que elevaba al carácter de leyes supremas, principios del credo democrático, del federalismo y las aspiraciones del partido liberal.

Estudiando la evolución de los pueblos modernos es muy notable el afán y anhelo que en la segunda mitad del penúltimo siglo y en la primera del último tuvieron por poseer constituciones escritas que cerrasen la puerta a la arbitrariedad, que consignasen los principios de gobierno, que marcasen las atribuciones y límites del poder. Dos Constituciones abrieron en el mundo contemporáneo esta era política: la federal americana y la Constitución Francesa, dictada por la asamblea constituyente durante la primera fase de la revolución; cada una de las fases siguientes de esa gran crisis tuvo una Constitución por enseña, y el anhelo constitucional se propagó a los demás pueblos.

“...La Constitución de 1857 fue una enseña de combate, y en efecto, con motivo de ella se trabaron ruidosas polémicas, acalorados debates, discusiones apasionadas y con motivo de ella también se desencadenó entre sus sostenedores e impugnadores, una guerra a muerte que ensangrentó a la República durante tres años; al fin triunfaron en el terreno de las armas las ideas consignadas en la Constitución,

debido al potente empuje de la minoría liberal, acaudillada por la energía inquebrantable de Don Benito Juárez...” (61).

A su vez, dados los acontecimientos palpitantes de aquella época surgen hechos históricos que atribuyen grandes aportaciones al Derecho Militar, y así podemos citar que en el año de 1867, cuando Don Maximiliano De Hasburgo 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 sumarisísimo y en el Teatro de la Ciudad de Querétaro, se constituye un Consejo de Guerra para juzgar a los prisioneros por los delitos de Alta Traición a la Patria, Usurpación de Poder y otros. En el Consejo de Guerra citado funge como Presidente del mismo, el Teniente Coronel Platón Sánchez y como Vocales los Comandantes de Batallón Capitanes Vicente Ramírez, Emilio Lajero y otros; como Fiscal Militar, el Teniente Coronel y Licenciado Manuel Aspiros y como Asesor el Licenciado Joaquín M. Escoto; y como Defensores los Licenciados Jesús María Vázquez y Eulalia María Ortega.

En el año de 1882, fue la fecha en que se creó el primer Código de Justicia Militar. Y en el año de 1900 se expide, la Ley de Organización de los Tribunales Militares, siendo Secretario de Guerra y Marina Bernardo Reyes, así también se creó la Ley de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra y la Ley Penal Militar; asimismo, se expide la Ley Orgánica del Ejército, en donde se aprecia un gran avance en la organización militar.

2.3.4. LA CONSTITUCION DE 1917.

Por otro lado, la situación social, económica y política de fines del siglo XIX y la primera década del XX originó la Revolución Mexicana. Los campesinos no eran

(61) Daniel Moreno. Op. cit., p.204.

dueños de las tierras que trabajaban y sufrían una vida llena de injusticias, pues los propietarios en lugar de explotar la tierra, explotaban al hombre; los obreros carecían de derechos e intolerables condiciones de trabajo pesaban sobre ellos. Las desigualdades entre las clases sociales eran cada vez más profundas.

La Constitución de 1857 había cedido su vigencia a la dictadura de un hombre y el pueblo de México, por alcanzar la democracia y la justicia, empuñó las armas en lo que puede llamarse la Primera Revolución Social del siglo XX, resultado de esa lucha fue la Constitución de 1917, que sí recogió lo mejor de la tradición nacional de máximo respeto al hombre de la Ley Fundamental anterior; combinó el individualismo con nuevas ideas sociales, consagrando en su texto la primera declaración de derechos sociales de la historia.

Esta Constitución también institucionalizó a las Fuerzas Armadas dejando de ser éstas instrumentos de rebeliones, y surge un Ejército nacido del pueblo en donde los militares, asocian sus ideas a la realidad social y política del país, surge el Fuero de Guerra debidamente establecido por el artículo 13 Constitucional, no como un privilegio, sino como una verdadera jurisdicción, atenta de los delitos y faltas cometidas contra la disciplina militar.

CAPITULO III

**GENERALIDADES DEL DELITO
MILITAR.**

3.1. EL DELITO MILITAR.

En el Derecho Penal Militar, no es nada fácil elaborar un concepto definidor del delito; de ahí, que tanto en la doctrina como en el Derecho Positivo, existen múltiples y variados criterios sobre los que debe entenderse por delito militar, y esto porque el campo de la vida marcial, nos muestra como un sólo acto puede llegar a ser considerado como delictuosos o no, dependiendo del lugar y tiempo donde se lleve a cabo.

Al respecto el maestro Ricardo Calderón Serrano nos dice: "...En una situación de guerra, el vitor producido en las filas del Ejército a favor de la Nación o bando enemigo, es delito gravísimo, por cuanto que representa la negación o traición a la Patria y, en cambio, hecha la paz, a través del tiempo con el transcurso de los años la Nación o el bando que en el pasado fue enemigo, deviene como aliado. el propio vitor es un elogiado y benemérito..." (62).

Por lo que hace al delito militar y su definición en la Ley, las variadas y múltiples consideraciones que hemos visto existen en la doctrina acerca del concepto de delito militar, se refleja también en la Ley, y así vemos que el legislador igualmente tropieza con dificultades para elaborar un concepto completo-inmutable del delito militar, lo que ha dado origen a que se haya colocado en distintas posiciones, en su afán de fijar en la Ley conceptos definidores del dicho delito militar.

Estas posiciones podemos reducirlas a tres grupos:

A) Los que formulan definiciones apoyándose en conceptos doctrinales;

(62) Ricardo Calderón Serrano. El Ejército y sus Tribunales, 2a. Parte., Ediciones LEX, México. 1946., p.166.

B) Los que se apartan del tecnicismo y recurren al texto práctico sin mediaciones doctrinales, diciendo únicamente que es el delito militar el comprendido en el texto de la Ley castrense, agregando otros que también los incluidos en los bandos; y

C) Los que convencidos de la dificultad que entraña fijar una definición de tipo doctrinal, o del inconveniente que encierra el alejarse de la técnica para declarar delito sólo lo que en el texto de la Ley se determina; han optado por evitar todo concepto definidor.

Esta última posición, es la que ha sido adoptada por nuestro legislador penal militar, pues prescindiendo del concepto, se ha preocupado más por señalar la esencia del delito marcial y por determinar cuales son los delitos militares. Y ha fijado como esencia de los mismos la protección de la organización y disciplina militar, la que se constituye por un conjunto de deberes militares en su doble aspecto, como atinadamente señala el maestro Octavio Vejar Vázquez, esto es, los exclusivamente militares y los fundamental o principalmente militares.

Así encontramos que el artículo 57 del Código de Justicia Militar de 1934 en vigor, dice: "...Son delitos contra la disciplina militar..." (63).

En este caso creo, como anteriormente lo señalaba, la intención del legislador es fijar como esencia del delito militar, la disciplina militar; y a continuación empieza con la numeración de esos delitos que son:

"...I.- Los especificados en libro segundo de éste Código, o sea los que quedan comprendidos en los siguientes títulos: Delitos contra la Seguridad Exterior de la Nación, que son dos: REBELION y SEDICION; Delitos contra la Existencia y Seguridad del Ejército, entre los que queda comprendido el de DESERCION; Delitos contra la Jerarquía y la Autoridad, que comprende entre otros al de INSUBORDIACION y el ABUSO DE AUTORIDAD.

(63) Código de Justicia Militar. Tomo I., Edición 1993, Taller Autográfico de la S.D.N., p.91.

Delitos cometidos en el ejercicio de las funciones militares o con motivo de ellas, como el ABANDONO DE SERVICIO; Delitos contra el Deber y Decoro Militares, entre los que se encuentran el delito CONTRA EL HONOR MILITAR; y por último se tiene el título relativo a los delitos cometidos en la Administración de la Justicia o con motivo de ella..." (64).

Este mismo artículo, en su fracción II, da carácter militar a los delitos del orden común o federal cuando concurren en su comisión cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan:

"...A) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar de servicio o con motivo de actos del mismo;

B) Que fuesen cometidos por militares en un buque de guerra o en edificio o punto ocupado militarmente, siempre que, como consecuencia, se produzca tumulto o desorden de la tropa que se encuentre en el sitio donde el delito se haya cometido o se interrumpa o perjudique el servicio militar;

C) 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 guerra;

D) Que fueren cometidos por militares frente a tropa formada o frente a la Bandera;

E) Que el delito fuere cometido por militares en conexión con otros de aquellos a que se refiere la fracción primera.

Cuando en los casos de la fracción II, concurren civiles y militares, los primeros serán juzgados por la justicia común.

(64) Código de Justicia Militar. Ibid., p. 19.

Los delitos del orden común que exijan querrela necesaria para su averiguación y castigo, no serán de la competencia de los tribunales militares, sino en los casos previstos por los incisos C) y E) de la fracción II del artículo 57 del citado Código de Justicia Militar.

Fácilmente y con toda claridad, podemos apreciar de la relación anterior las razones que asistieron al legislador para atribuir a tales infracciones del orden común o federal, carácter marcial. Siendo entre otras, las razones o circunstancias personales y de ocasión, así como de lugar. De igual manera puede apreciarse también, que en el primero de los apartados se recogen con precisión y exactitud los elementos que informan el delito militar, siendo la violación de un deber militar la que constituye la esencia del delito, y si el deber violado es de los exclusivamente militares, como lo hace notar el maestro Octavio Vejar Vázquez, constituyen la base para asegurar la eficacia del Ejército.

En el número dos se hace referencia a los delitos no puramente militares, que son delitos comunes, a los que da el carácter de delitos militares por la intervención de circunstancias personales como es la cualidad del militar, de los delinquentes, del lugar, o por circunstancias en que son cometidos.

Finalmente para concluir con este punto, haré referencia a lo que el maestro Ricardo Calderón Serrano señala al definir los delitos propiamente militares; y dice: "...Delitos propiamente militares son las infracciones que solamente pueden cometer los militares, en razón de las obligaciones que les incumbe esa cualidad..." (65).

Haciendo un comentario sobre el precepto anterior, el maestro Ricardo Calderón Serrano, quien fuera digno miembro del Fuero de Guerra dice: "...el concepto tiene marcada cierta subjetividad, y por lo tanto sólo puede comprender a los delitos genuinamente militares, quedando excluidos aquellos otros en que concurren como elementos eficientes para la conceptualización militar de la infracción, la finalidad

(65) Ricardo Calderón Serrano. *Op. cit.*, p.57.

misma del delito, la forma y medios de realización...” (66).

Me parece que la definición del maestro Calderón Serrano es acertada, sobre todo si como el autor lo afirma, se refiere exclusivamente a todos los delitos propiamente militares, puesto que esta clase de delitos presupone necesariamente para su configuración, que la violación de un deber militar, sea precisamente realizada por un militar, y que el deber transgredido únicamente los sea para el militar. Un ejemplo de delito puramente militar, lo es el que constituye la materia de esta tesis; LA DESERCIÓN.

3.2. LA DESERCIÓN EN LA DOCTRINA.

La palabra deserción, viene de desere, que significa abandonar. Desamparar. Este delito tiene verdadera importancia en la justicia militar puesto que su comisión entraña el grave peligro de minar la existencia del Ejército. No es ya sólo el quebrantamiento de la ley lo que hace peligrosa a la deserción, sino también las consecuencias que en orden militar pueden derivarse, sobre todo del soldado que abandona su unidad o cuerpo al que pertenece y no se presenta a sus jefes en el momento oportuno.

La vida militar es dura, está erizada de sacrificios y de peligros y el hecho de que alguno o algunos individuos dejen de compartir las penalidades comunes a la profesión de las armas, quebranta la moral del soldado que las sufre haciendo concebir la idea de que, burlando la ley, dejando de cumplir con su deber, pudiera librarse de esas penalidades que soporta o ve venir; la idea de desertar, acarrea el peligro de contagio, con suma facilidad se extiende entre los miembros del Ejército.

De aquí que el rigor del Código de Justicia Militar sea necesario, pues la comisión de este delito engendra la violación de un deber exclusivamente militar, y a la vez

(66) Ricardo Calderón Serrano. Ibid., p.58.

atenta contra la eficacia del Ejército.

A esto obedece que el delito de desertión haya sido siempre uno de los más característicos, que no falta en ninguna legislación penal militar, vigente o histórica. En los primeros tiempos, la pena del desertor solía ser la pérdida del grado o categoría en la milicia, en Francia hacia el siglo XV, se castigaba con la muerte a los desertores, aunque posiblemente este rigor se fundaba en los casos en que la infracción se cometía en casos graves.

En España, durante la época goda, la pena impuesta al desertor tenía el carácter de infamante, según lo demuestra el siguiente texto del Fuero Juzgo: "...E si algún omen, después que es contado en las huestes entre mill, o entre quinientos, o entre cien, o entre diez si mandado daquel que ha de mandar aquellas campañas, finca en su casa reciva azotes en el mercado ante todos, é peche diez moravidis..." (67).

Expuesto lo anterior, veamos lo que en la doctrina se dice acerca del delito de desertión:

Vicente Manzini, manifiesta lo siguiente: "...la desertión consiste en dejar de asumir o interrumpir arbitrariamente el servicio militar, en determinadas circunstancias o por un tiempo mayor al máximo tolerado por la ley, abandonando o no llegando a su cuerpo o a su nave; respecto al objeto de su tutela penal, radica en el interés público de asegurar la existencia misma de la milicia, o sea la presentación del servicio militar por parte de aquellos que estén obligados a por alistamiento obligatorio o voluntario; que el Estado debe poder disponer de las fuerzas que estén o deban estar bajo las armas, porque en la inmediata disponibilidad de éstas reside una de las más vitales garantías del orden, de seguridad y de defensa; que por lo tanto si no se impusiesen graves sanciones penales, dichos intereses no podrían quedar eficazmente garantizados, ya sea porque la disciplina militar, especialmente para los reclutas, se impone más como un peso que como un deber honorífico, o bien porque la vida militar

(67) Rodolfo Hiering, El Espíritu del Derecho Romano, Primer Tomo., p.281.

requiere sacrificios y está rodeada de incomodidades y peligros que, sin la idea del castigo a manera de contraste, podría determinar o dar causa al soldado, sobre todo a los que carecen de un temple moral superior, a abandonar las banderas..." (68).

Manzini, distingue como se hace en la totalidad de las legislaciones militares, la deserción de militares de tropa y la deserción de oficiales, según la calidad de los sujetos activos. Y como es evidente los sujetos activos de la deserción de militares de tropa, lo son todos aquellos que no tienen el grado de oficial, y estos en igual forma. El autor también divide para su estudio a la deserción, en deserción de militares de tropa y deserción de oficiales, sirviendo para ésta, con pequeñas variantes, lo dicho respecto de la primera; asimismo considera dicho autor, que la forma típica del delito en estudio, es la deserción del cuerpo, entendiendo por tal, no sólo a las corporaciones propiamente dichas, regimientos, etcétera; sino también toda colectividad, instituto, establecimiento, oficina, servicio de carácter militar o asimilado, al que el individuo pertenezca o en el que esté custodiando o alejado. Sin embargo, admite que la deserción es posible también por parte de los militares con licencia ilimitada.

Estima el autor en cuestión, que el supuesto de la deserción del cuerpo consiste en que el militar o el asimilado, en el momento del delito se encuentre aislado y bajo las armas, siempre que normas jurídicamente especiales no ordenen expresamente cosa alguna contraria.

Al hablarnos del elemento material, expresa éste autor que la deserción consiste en todo caso, en la arbitraria interrupción del propio servicio militar, substrayéndose de las obligaciones del mismo, y que esto puede ocurrir mediante el abandono abusivo del cuerpo o de la nave, al que el individuo pertenezca, o bien mediante la prolongación también abusiva de una ausencia del cuerpo o de la nave.

Y continúa diciendo que el delito de deserción consiste esencialmente en el

(68) Vicente Manzini. Tratado de Derecho Penal Militar. Traducción del Italiano por el C.Gral.Brig. y Lic. Filiberto Vargas Valenzuela., p.218.

hecho de substraerse a la obligación del servicio militar; por lo tanto la ausencia del cuerpo o de la nave no es más que la materialidad con que tal substracción tiene lugar; en consecuencia comete el delito de deserción el militar que ilegalmente abandona el propio cuerpo, aún con las intención de alistarse inmediatamente con su nombre verdadero o falso, a otro cuerpo militar.

En otra parte de su Tratado de Derecho Penal Militar, el multicitado autor expresa que dadas las diversas circunstancias en que el hecho puede ocurrir, y ya que no siempre la ausencia del cuerpo puede manifestar la voluntad de desertar, la Ley generalmente, ha establecido términos para poder considerar al ausente como desertor, y sólo por excepción constituye al militar en estado de deserción por el hecho de la ausencia.

Considera también el multicitado autor, que el momento de la consumación del delito de deserción, en todo caso y para cualquier efecto jurídico, es aquel en que se inicia la abusiva ausencia y no en el que termina, en la hipótesis de la deserción realizada de pleno derecho, el término para constituir el estado de deserción, es el término de cinco días; como los términos breves son términos de mora establecidos por un lado para facilitar, mediante una presunción, la prueba de la deserción, y por otro, para dar oportunidad al ausente a que se arrepienta, ya que si realmente el momento consumativo fuere el de la expiración de dicho término de mora, no tendría justificación el señalar una excepción de pena al militar ausente que se arrepiente y retorna antes de concluir el término; y agrega que no se exime de la pena a aquel que no ha cometido un delito, explicando que el lenguaje técnico jurídico "eximir de pena", quiere decir excluir la responsabilidad penal, aún cuando se tenga en concreto todas las condiciones de imputabilidad.

Los términos de cinco días, como los términos breves, son términos de mora con una doble finalidad; facilitar la prueba de la deserción mediante una presunción, lo que no impide que el delito se pueda probar con cualquier otro medio de prueba reconocido por la ley, o lo que es lo mismo, si la ausencia ilegal o abusiva se puede

probar desde el primer instante, desde el momento en que el sujeto activo del delito ha exteriorizado su voluntad con el acto material de la ausencia o separación del Ejército, no habrá necesidad de dejar transcurrir ningún término, y dar oportunidad al ausente de que se arrepienta, disponiendo en este caso al ley, eximir de responsabilidad al desertor, y se dice desertor porque como lo afirma MANZINI mismo, el delito se ha cometido; el hecho de ausentarse o separarse del servicio militar se ha verificado, sólo que la ley, en el caso de la legislación italiana, expresamente está eximiendo de responsabilidad al ausente que se presenta antes de expirar el término de la prueba presuncional.

Es lógico que el término de prueba de que se vale la ley para facilitar la existencia del delito, no constituye un elemento de la infracción; aquel, el elemento material del delito, consiste sólo en la separación ilegal del Ejército en sus múltiples manifestaciones, esto es, según nuestra legislación penal militar, faltar sin motivo legítimo a la revista de inspección mensual o de administración, faltar injustificadamente a la lista de diana o retreta o a las dependencias de que se forme parte; tratándose de marinos, cuando se quedaren en tierra a la salida del buque, etcétera, y en el caso de los oficiales, cuando con pretexto de enfermedad u otro motivo ilegítimo se queden en las poblaciones, cuando marchen las fuerzas a que pertenezcan; que no lleguen al punto de su destino con la debida oportunidad o se regresen después de emprendida una marcha; que se desvíen del derrotero que se les hubiera señalado como indispensable en su pasaporte, etcétera.

Ahora bien, es obvio que el servicio militar se interrumpe arbitrariamente con la separación ilegal del mismo, siendo precisamente en este momento cuando la desertión se realiza, o lo que es lo mismo, se consuma; la ausencia que sucede a la separación ilegal del servicio es una consecuencia lógica, es trascendencia jurídica.

Por otra parte también cabe mencionar que al oportuno arrepentimiento del presunto desertor, le ley atribuye una eximente de pena, con el fin de estimular el arrepentimiento mismo en interés de la milicia.

Por otro lado considero que si el delito de deserción no se verificase en el momento de la separación ilegal del servicio militar, resultaría innecesario hablar de eximientes de responsabilidad, puesto que presupone forzosamente la existencia de un delito, y sin delito no puede haber pena. Consecuentemente los términos que marca la ley constituyen medios de prueba para los casos en que la separación ilegal del servicio militar no se pueda comprobar con otro hecho.

Por lo que hace a los impedimentos legítimos coartadores de la voluntad del militar, que excluyen la voluntad de desertar, nos dice Manzini que necesariamente deber ser materiales y físicos; que su fuerza justificadora se ejerce solamente por el tiempo de su duración. Así por ejemplo, el estado de detención, en el que el llamado a las armas se encuentra en el momento de la llamada, es causa justificadora de la no presentación sólo hasta el día en que el encarcelado haya readquirido su libertad, lo mismo debe decirse del confinado, e igualmente la enfermedad que impide la libertad de locomoción, pues sólo es causa justificante por el tiempo en que se hace imposible la presentación.

Otro autor, que también en forma amplia hace un estudio del delito de deserción, es el brasileño Chrysolito de Gusmao, para quien la deserción consiste en: "...es el acto militar que rompe el lazo que lo liga a la milicia, apartándose, dentro de ciertas circunstancias de tiempo, de la bandera.

Generalmente los Códigos Militares determinan un cierto plazo, denominado plazo de gracia, de condescendencia constituido por un cierto número de días, variable conforme a las modalidades del delito y después de cuya expiración se consuma la deserción..." (69).

Para este autor brasileño, contrariamente a los que dice Vicente Manzini, la deserción se consuma una vez que han transcurrido los términos que señala la ley, o plazos de gracia como los denomina él. Con lo que pensamos que posiblemente

(69) Chrysolito de Gusmao. El Derecho Penal Militar. Edición 1985, p.98.

considera ese plazo como elemento constitutivo del delito y no como medio de prueba como lo estimamos nosotros.

Augier Et Le Poittevin, dice: "...la deserción no comienza el día de la ausencia, no es posible si no ha expirado cierto plazo y se perpetúa después en forma voluntaria, o después de la prisión del desertor..." (70).

Este autor considera como una condición necesaria, para que pueda haber deserción, la calidad de militar, añadiendo que es innegable que la deserción es un delito puramente militar, que se da cuando el militar ya fue alistado. Por lo que hace a las diversas especies de deserción el citado autor expresa que se distinguen cinco que son: la deserción en el interior; la deserción para el extranjero; la deserción delante del enemigo y para el enemigo; y la deserción en complot.

En relación con la clasificación del delito de deserción que hace éste autor, considero que ya no es necesario profundizar en su análisis, toda vez que las disposiciones en materia de deserción que hace Código de Justicia Militar Brasileño, son parecidas a las del Código de Justicia Militar nuestro.

Finalmente cabe mencionar, que para acercarse a una exacta aplicación de las penas correspondientes por la comisión del delito de deserción, cualquiera que sea su manifestación, se deben tomar en consideración las circunstancias que de algún modo orillan a un militar a delinquir, cometiendo el acto de la deserción.

Los términos y los plazos de que hacemos mención en éste apartado, los incluí pensando en que así se puede dar un panorama más amplio de la forma en que comienza y se consuma el multicitado delito de deserción; ya que lo que realmente nos interesa, es resaltar la idea de que para prevenir el alto índice de deserción entre las unidades del Ejército, es necesario llegar a la aplicación de las penas y no permitir, bajo ningún concepto que se transgredan las leyes de guerra; lo cual no sólo pone en

(70) Chrysolito de Gusmao. Ibid., p.99. citado en la misma obra.

peligro la integridad y eficacia del Instituto Armado, sino también la del Estado.

3.3. LA DESERCIÓN EN LAS LEGISLACIONES ANTERIORES.

Propiamente han sido cinco los Códigos de Justicia Militar que han precedido al vigente, incluyendo en ellos al que formó parte de la Ordenanza General del Ejército, promulgado en el año de 1882, bajo la administración del General Manuel González. Los otros cuatro han sido el Código de Justicia Militar de 1892, el Código de Justicia Militar de 1894, el Código de Justicia Militar de 1898, y la Ley Penal Militar de 1901.

Antes de entrar al análisis de la reglamentación del delito de desertión en cada uno de esos Códigos, creo conveniente incluir también el análisis de la Ley Penal para Desertores de 12 de febrero de 1857, pues considero importante, por varios conceptos esta ley; entre otros por haber derogado varias disposiciones militares españolas.

Esta Ley Penal para Desertores, compuesta de 85 artículos, era aplicable a desertores, faltistas y viciosos del Ejército; así soldados como oficiales; reglamentaba además el juicio y modo de imponer las penas y castigos a los que encubrieran o auxiliaran la desertión.

"..Artículo 1.- Los individuos militares de sargento inclusive abajo, cometen el crimen de desertión, cuando falten a todas las listas en cuatro días consecutivos; no llegado este caso, el delito será de faltista..." (71).

Este artículo está señalando como elemento constitutivo del delito de desertión la falta de todas las listas durante cuatro días consecutivos, es decir, cuando el sujeto que incurre en la comisión de este tipo de desertión (franca por lo regular), omite el

(71) Ley Penal para Desertores. Taller Autográfico de la Secretaría de la Defensa Nacional. 5a. Edición., p.19.

deber de presentarse a su unidad y cubrir las listas del día; situación que además de violar el Reglamento General de Deberes Militares, su conducta omisiva configura el delito de deserción.

"...Artículo 2.- El desertor de primera, sin circunstancia agravante, presentado pasados ocho días después de consumada la deserción, perderá el tiempo que haya servido y estará obligado a servir de nuevo el tiempo de su empleo; sufriendo además de dos meses de arresto en su compañía, haciendo el servicio que corresponda.

El sargento o el cabo en el hecho de cometer deserción aún cuando se presente, quedará depuesto de su clase y sufrirá en sus casos las penas señaladas en este artículo..." (72).

Como podemos observar, éste artículo segundo hace referencia a que el militar de clase que incurra en deserción sin justa causa, sufrirá una pena de dos meses de arresto en su compañía; esto viene a reforzar mi idea en el sentido de que las penas impuestas por este delito, deben ser cumplidas en los cuarteles y de este modo prevenir una sobrepoblación en las prisiones militares. De esto último hace referencia el artículo 256 del Código de Justicia Militar vigente.

Los dos artículos siguientes prevenían la deserción de primera de los individuos de tropa que se presentaban dentro de los ocho días siguientes al de la consumación de la deserción y la que aquellos eran aprehendidos como desertores, imponiendo para estos últimos, además de la pena privativa de libertad, penas pecuniarias.

De lo antes expuesto, comparto la idea de que al militar que sea aprehendido como desertor, se le sancione además de la pena privativa de libertad, con una sanción pecuniaria, sin que exista la opción para éste, de escoger entre la pena y la sanción, porque de ser así, se estaría fomentando la comisión de este tipo de delito y sería muy fácil para el militar pagar su multa, y disfrutar de su libertad, dejando atrás un atropello

(72) Ley Penal para Desertores. Ibid., p.20.

a las disposiciones del orden militar y sobre todo de la disciplina.

“..Artículo 3.- El desertor de primera, sin circunstancia agravante, que se presente dentro de los ocho días después de consumada la deserción, no perderá su tiempo, pero sufrirá un arresto de dos meses en su compañía, haciendo el servicio que le corresponda.

“..Artículo 4.- El desertor de primera, sin circunstancia agravante aprehendido, perderá su tiempo de servicios, los alcances que tuviere y el fondo de retención, los cuales pasarán al fondo de desertores, y además sufrirá la pena de cuatro meses de prisión dentro del cuartel, destinado a la limpieza de él...” (73).

Los artículos 5º, 6º y 7º, regulaban la deserción de segunda sin circunstancia agravante, o lo que es lo mismo, la reincidencia en la deserción simple, con presentación voluntaria dentro de los ocho días siguientes al de la consumación del delito, después de este plazo y siendo aprehendido.

De acuerdo con la ley que comentamos, cuando el militar faltaba a todas las listas en cuatro días consecutivos, consumaba el delito de deserción, pero cuando faltaba a esas listas por un día más, sin llegar a los cuatro días mencionados, el faltista no consumaba la deserción, sino precisamente cometía el delito de faltista.

A manera de aclaración en relación con los últimos artículos en comento, cabe señalar que el Código de Justicia Militar vigente, considera que el que falta de primer día o de segundo día, no comete ningún delito, pues esa circunstancia no se considera como tal, y por lo que hace a los días, el mismo ordenamiento vigente habla de tres días consecutivos y no de cuatro como lo manejaba la ley que hemos venido analizando.

Por lo que hace a la deserción con circunstancias agravantes, o lo que es lo

(73) Ley Penal para Desertores. *Ibid.*, p.21.

mismo calificada, le mencionada ley reglamentaba las siguientes especies: "...DESERCION EN GRUPO. Artículo 42.- Los que desertaren juntos en número de cuatro o más, pero que no lleguen a diez, serán reputados como desertores de segunda, aprehendidos, y se les destinará a servir en los cuerpos de las costas conforme a lo prevenido por el artículo 7º.; los de los cuerpos de las costas irán a la Marina, y los de ésta a los buques.

Artículo 43.- Los que desertaren juntos en número mayor de diez y que no lleguen a veinte, se sortearán para que no pase la pena de ser pasados por las armas, y los demás la de servir por diez años en los cuerpos de las costas. Si el número de desertores fuere de veinte o más, se sortearán dos para ser pasados por las armas, si treinta o más, tres y así sucesivamente.

Los de los cuerpos de las costas que cometan el delito en cuadrilla, sufrirán mismas penas con iguales distinciones y se destinarán a los que salieron libres a la suerte, a la Marina; los desertores de ella al servicio de los buques..." (74).

Los tres artículos siguientes prevenían el abandono de la guardia en tiempo de paz, abandono del puesto en campaña, así como el de centinela. El artículo 255 de la citada ley, hace referencia a la deserción por cobardía, que no es otra cosa que la deserción frente al enemigo: "...El que por su cobardía desertare, o fuese el primero en volver la espalda en acción de guerra, o bien empezada ya, o a la vista del enemigo, marchando a batirlo, o esperándolo a la defensa, podrá en el mismo acto ser muerto para su castigo y ejemplo de los demás. Si así no se verificase, será juzgado y sentenciado a sufrir la pena de muerte pasado por las armas..." (75).

El artículo 62 establecía una eximente, en la siguiente forma: "...El que cometiere deserción y después de aprehendido justificase para su defensa que incurrió en este delito por no habersele asistido puntualmente con el prest, ración o vestuario que le corresponde, o de que se le faltó a cualquier condición de su empeño en el servicio;

(74) Ley Penal para Desertores. ibid. p.32.

(75) Ley Penal para Desertores. ibid. p.30.

que no se le hubiese leído las leyes penales, y esta ley al momento de sentársele su plaza, o después en las lecciones semanales o mensuales, quedará relevado de la pena de los artículos anteriores, y obligado a servir en la propia compañía dos años más si fuere de primera y tres si de segunda, pero debe entenderse que la falta del prest, ración o vestuario, ha sido a él únicamente en circunstancias en que los demás compañeros suyos estuvieron asistidos puntualmente con los mismos artículos, o les fuesen cumplidas las condiciones de su empeño en el servicio..." (76).

Como puede observarse, ésta eximiente de pena corporal era personal para el individuo que demostraba los extremos de la disposición. Este artículo ha venido consignándose en las diferentes legislaciones que ha regido en el Derecho Penal Militar, hasta llegar a la vigente, sólo que en forma de atenuante y con distinta redacción.

Así pues, la Ley Penal para Desertores de 12 de febrero de 1857, que contaba con sólo 85 artículos, daba al delito de deserción el carácter de grave, dejando notar además, pues no lo expresa, que la esencia de la deserción consiste en la separación del servicio militar; esencia que se siguió consignando en las leyes que le sucedieron, hasta llegar a la vigente.

Contábamos al principio de este apartado, que han sido cinco los Códigos de Justicia Militar que han regido desde el punto de vista penal, las conductas de los militares. El primero de ellos fue promulgado en el año de 1882, y se encontraba incluido en la Ordenanza General del Ejército de la República Mexicana.

Y por lo que hace al delito que nos ocupa, contenía los siguientes apartados: Título XLVI, Deserción de la República en tiempo de paz; Título XLVII, Deserción en territorios declarados en estado de sitio; Título XLVIII, Deserción al enemigo y frente a él; Título XLIX, Deserción a territorio extranjero; Título L, Deserción en grupo; Título LI, Deserción de los oficiales; y Título LII, disposiciones relativas a la deserción.

(76) Ley Penal para Desertores. *Ibid.*, p. 33.

Respecto a la Deserción de la República en tiempo de paz, prescribía que: "...Artículo 3560.- Los militares desde la clase de sargento a soldado, cometen el delito de deserción cuando faltan a todas las listas de su batallón o regimiento durante tres días consecutivos..." (77).

En los artículos 3561, 3562 y 3563, se señalaban modificativas a la penalidad correspondiente al desertor, yendo de menos a más, según que el desertor se presentare dentro de los ocho días siguientes a aquel en que la deserción se consumaba, después de este lapso, o que fuere aprehendido.

El artículo 3563, fijaba las reglas para castigar a los desertores reincidentes. El siguiente sólo era aplicable a los sargentos y cabos, para quienes además de la pena corporal, imponía la retrogradación, cuando se presentaba después de ocho días de consumada la deserción, o eran aprehendidos.

A la deserción calificada, se referían los artículos 3566 al 3572, y consistía en desertar de la escolta de prisioneros o de presos; de la escolta de municiones; estando de guardia; llevándose el caballo, la mula, la montura; llevándose el fusil, carabina, pistola o sable; estando de centinela, a pie o a caballo; y en desertar de una Plaza fuerte, escalando el muro o salvando los fosos

Sobre la deserción en territorio declarado en estado de sitio, la ley en comento, disponía que: "...Artículo 3574.- Cuando la deserción se haya cometido en un territorio declarado en estado de sitio, se castigará de la manera siguiente:

I.- En los casos previstos por el artículo 3561 al 3563, la pena privativa de libertad que en ellos se impone se duplicará;

II.- En los casos especificados en los artículos 3565 al 3571, se aumentará en un

(77) Ordenanza General para el Ejército de la República Mexicana. (Primer Código de Justicia Militar). Año 1882, p.30.

año más la pena corporal que ellos señalan..." (78).

El Título siguiente, relativo a la desertión al enemigo y al frente de él; se imponía la pena de muerte a todo militar que cometía desertión frente al enemigo, al convicto de haberse pasado al enemigo y al que desertaba de una Plaza sitiada. Artículos 3575, 3576 y 3577.

Las disposiciones contenidas en el artículo 3578, se referían a la desertión al territorio extranjero; la penalidad en relación con esta especie de desertión de individuos de tropa, como las anteriores, era fija con relación a cuando el delito se cometía en tiempo de paz, cuando el territorio en que se hallaba el desertor se encontraba declarado en estado de sitio, o con relación a la concurrencia de alguna circunstancia especial, esto es, llevándose el caballo, mula o montura, o alguna de las armas asignadas para el desempeño del servicio militar; agravándose la pena para éste último, cuando la desertión se verificaba en un territorio declarado en estado de sitio, e imponiéndosele la pena de muerte en el mismo caso, si el delito se realizaba frente al enemigo, o en una Plaza sitiada. Artículos 3579 al 3583.

El Título L prevenía la desertión en grupo. Es desertión en grupo la cometen tres o más militares reunidos. Esta desertión era penada con la muerte, para el caso de que haga la cabeza del grupo, y a los demás con prisión de ocho a doce años, según las circunstancias del caso, y los objetos que lleven consigo; si no hay otras circunstancias agravantes; si las hay, podrá aumentar la pena hasta quince años.

La desertión de oficiales era prevista por el artículo 3586; respecto de la desertión calificada cometida por oficiales, el Código que nos ocupa, prevenía la desertión de la escolta de presos, de la de municiones, y equiparaba al delito de desertión, con la separación del servicio cometida por el oficial antes de haber sido aceptada su dimisión o su baja, comunicada por los conductos de Ordenanza.

(78) Ordenanza General para el Ejército de la República Mexicana. *Ibid.*, p.32.

Por último, el Título LII contenía las disposiciones comunes a la deserción, que ya desde entonces se tenía como delito grave, dependiendo de las circunstancias en que se verificase.

Ejemplo de ello es la deserción cometida en un territorio declarado en esta de sitio, ya que en este caso la deserción se consumaba en 24 horas, la deserción cometida frente al enemigo se consumaba en el acto.

Los artículos restantes relativos a la deserción, del citado Código, consignaban atenuantes para los reclutas y para los soldados a quienes no les eran leídas las penas correspondientes a la deserción; además establecían una eximente de pena para los desertores que dejaban de ser asistidos puntualmente con el prest, rancho, ración o vestuario; en forma similar a la Ley Penal mencionada.

Por espacio de diez años estuvieron rigiendo las disposiciones anteriores, contenidas en el Código de Justicia Militar de 1882, mencionado por la Ordenanza General para el Ejército de la República Mexicana, pues precisamente en el año de 1892, fue promulgado el siguiente Código de Justicia Militar, con un contenido por lo que hace al delito de deserción, casi igual al anterior, pero con pequeñas reformas.

Así en este segundo Código de Justicia Militar, ya se precisa con mayor claridad la esencia del delito de deserción, según constan en su concepto de la misma; la deserción de los individuos de tropa que estuvieren francos se entenderá realizada, a falta de cualquier otro hecho que demuestre la separación ilegal del servicio militar por parte de dichos individuos, si éstos faltaren por tres días consecutivos a las listas de las fuerzas a que pertenezcan. Ya en esta disposición se está notando como esencia de la deserción, la separación del servicio militar, elemento único en que consiste el delito, el que puede ser probado por cualquier índole, o hecho que demuestre esa separación y cuando esto no sea posible, con los especificados en el Código.

A partir de éste segundo Código de Justicia Militar, el elemento constitutivo de la

deserción se hace consistir en la separación ilegal del servicio militar. Los plazos, distancias y demás circunstancias que señala el Código, dejan de formar parte del elemento constitutivo del delito.

El siguiente Código de Justicia Militar que siguió al de 1892, fue el promulgado en el año de 1894. Este Código, por lo que al delito que analizamos, vació en el articulado relativo, las mismas disposiciones reglamentadas en el año de 1892, estableciendo reformas sólo en lo referente a las penas, variando además en su redacción una que otra disposición; aumentando también algunos plazos para la presentación después de ocurrida la separación ilegal del servicio militar.

Por lo que podemos afirmar que el legislador de éste Código de 1894, siguió el mismo criterio. Este Código estuvo en vigor por espacio de cuatro años, habiendo sido substituido por el Código de Justicia Militar de 13 de octubre de 1898, bajo el Título de "Delitos contra el Deber y Decoro Militar"; éste cuarto Código de Justicia Militar reglamentó el delito de deserción, comenzando, a diferencia de los anteriores, por definir éste delito, expresando en su artículo 139, que la deserción consiste en la separación ilegal del servicio militar, sin motivo legítimo para ello; reafirmando con ello que la esencia del delito de deserción, el elemento constitutivo del mismo, lo es precisamente la separación ilegal del servicio militar, la que verificada, pone en peligro la organización y seguridad de la Institución Armada.

Esa separación ilegal del servicio militar puede ser demostrada por cualquiera de los medios de prueba proporcionados por la ley, pero para facilitar la tarea del juzgador, el legislador estimó prudente ofrecer, en forma ejemplificativa, algunos hechos. Así en éste Código de Justicia Militar, se consignaron los siguientes: "...Artículo 140.- La deserción de los individuos de tropa y sus asimilados que estuvieren francos, se entenderá realizada, a falta de cualquier otro hecho que demuestre su separación ilegal del servicio militar, cuando faltaren sin impedimento justificado a la Revista de Comisario y no se presentan a justificar dentro de las veinticuatro horas siguientes, o por tres días consecutivos a las listas de las fuerzas a

que pertenezcan, o a la dependencia de que formen parte, y tratándose especialmente de marinos o sus asimilados, cuando en igualdad de circunstancias dejaren de presentarse a la revista de Comisario; se quedaren en tierra a la salida del buque a que pertenezcan, siempre que tuvieren oportuno conocimiento de ella, a bordo del barco o la dependencia a que pertenezcan..." (79).

Respecto a la desertión calificada, también este Código sancionó la desertión de la escolta de prisioneros o de presos, o de cualquier otra no especificada; la desertión estando de guardia, o de la escolta de municiones; la desertión llevándose el caballo, mula o montura; o el bote los marineros; la desertión llevándose el fusil, carabina, pistola o sable, o cualquiera otra arma u objeto en tratándose de marineros; la desertión estando de centinela; la desertión escalando u horadando los muros o tapias del cuartel o puesto militar u ocupado militarmente; la desertión estando en una fortaleza o plaza fuerte.

La desertión en actos del servicio o en campaña, al igual que los dos Códigos anteriores, éste de 1898 la entendía perpetrada cuando para llevarla a cabo, se empleaba un medio violento, o su autor se ponía fuera del alcance de las armas de sus perseguidores o eludía toda persecución, y a falta de cualquiera de estas situaciones, por el transcurso de veinticuatro horas. La desertión frente al enemigo, se consideraba cometida en el acto de separarse un militar de las filas indebidamente, o un marino del buque o fuerza a que pertenezca.

Como requisito de la desertión al extranjero, se establecía también que primeramente se hubiere realizado la desertión dentro de la República, saliendo después de los límites de esta, o que la desertión fuera cometida fuera de la República. La desertión en grupo, la cometían tres o más individuos reunidos; también para los oficiales se prevenía la desertión de la escolta de prisioneros o de presos; la desertión estando de guardia, etcétera. Igualmente eran considerados como desertores los oficiales que con pretexto de enfermedad o cualquier otro motivo

(79) Ordenanza General para el Ejército de la República Mexicana. *Ibid.*, p.63.

ilegítimo se quedaban en las poblaciones, sin el correspondiente permiso, cuando marchaban las fuerzas a que pertenecían; los que no llegaban al punto de su destino con la debida oportunidad, o se regresaban después de emprendida la marcha, sin la correspondiente orden ni motivo legítimo; los que se desviaban del derrotero señalado como indispensable en su pasaporte, sin justa causa, etcétera.

Por último tenemos la Ley Penal Militar de 1901, que empezó a regir el día primero de enero de 1902. Esta Ley, siguiendo completamente al Código que le precedió también bajo el Título de "Delitos contra el Deber y Decoro Militar", reglamentó la desertión, definiendo este delito en igual forma como lo hizo el Código Militar de 1898.

Las disposiciones de ésta Ley Penal Militar, anterior al Código vigente, son casi las mismas del Código de 1898, con algunas reformas de tipo formal y de redacción.

Como ejemplo de lo anterior, tenemos lo dispuesto por el artículo 140, que agrega otros hechos probatorios a la separación ilegal del servicio militar: "...Igualmente se entenderá realizada cuando se separen unos y otros (individuos de tropa y marineros), sin permiso del superior en quien resida la facultad de concederlo; una noche del campamento o guarnición en que se hallen, o se separen en tiempo de paz a más de veinte kilómetros de distancia de los referidos lugares, o a más de diez kilómetros del puerto en donde esté el barco; y en campaña, a cualquier distancia de la Plaza, buque o punto militar..." (80).

Dentro de la desertión calificada, cometida por individuos de tropa, en igual forma se prevenía la desertión de la escolta de prisioneros o de presos, la desertión estando de guardia, la desertión llevándose el caballo, la mula o la montura. Establece también las mismas reglas para entender realizada, perpetrada o consumada la desertión en actos del servicio o en campaña, proporcionando para tal efecto, hechos probatorios de la separación ilegal del servicio militar.

(80) Ordenanza General para el Ejército de la República Mexicana. *Ibid.*, p.84.

Así pues, con el análisis de estos Códigos Militares que han antecedido al vigente, y la Ley Penal para Desertores de 12 de febrero de 1857, creo haber reforzado mi punto de vista sobre que la deserción es un delito que pone en peligro la organización y seguridad del Instituto Armado; además atenta como ya lo había mencionado contra la disciplina, que atenta como ya lo había mencionado contra la disciplina, que es la base fundamental en que los militares deben normar su conducta; dicho delito consiste en la separación ilegal del servicio militar, y una vez verificada hace que el delito se agote pudiendo ser probada esa separación con cualquiera de los medios de prueba adoptados por Ley.

3.4. LA DESERCIÓN Y SU PRESCRIPCIÓN.

En materia penal, la prescripción consiste en la extinción de la responsabilidad penal, mediante el transcurso del tiempo y con determinados requisitos, sin que el delito sea perseguido o la pena ejecutada. Tratándose del delito se denomina prescripción del delito o de la acción; y de la pena, prescripción de la pena.

Esta institución fué conocida por el Derecho Romano, estableciendo un plazo de cinco años para la prescripción del "Stuprum", el adulterio y el lenocinio; posteriormente se amplió para otros delitos aumentando el plazo a veinte años; actualmente la prescripción es admitida en la mayoría de las legislaciones, sin embargo no faltaron penalistas que la rechazaran; como Garofalo, quien la consideraba como una institución protectora de los criminales.

En pro de la institución, se levantan argumentos bastantes convincentes; que con el transcurso del tiempo se extinguen o se debilitan las pruebas del hecho punible, pudiéndose originar con ello sensibles errores judiciales; que tratándose de la acción penal puede considerarse contrario al interés social, mantener indefinidamente una imputación delictuosa; que la sustracción a la justicia es de por sí suficiente para el

delincuente por todos los sufrimientos que padece, por la vida azarosa que lleva, y que, por último el daño mediato y la razón política de la pena dejen de existir.

Fernando de Querol y de Duran, hace la siguiente observación: "La deserción al igual que el abandono de destino o de la residencia, son delitos que se consuman desde el instante en que acaban de transcurrir los términos legales que hace delictiva la ausencia o separación del servicio militar, y ésta consumación perdura, sin agotarse y poder estimarse acabado el delito, hasta que el culpable es aprehendido o hace su presentación a las autoridades para reincorporarse a la vida y obediencia militares" (81).

Para éste autor, la deserción consiste en la arbitraria interrupción del servicio militar, y de acuerdo con su posición, puede pensar que esa interrupción es indefinida, y durante el tiempo que se prolongue punible, hasta en tanto el desertor sea aprehendido o se presente voluntariamente a responder por el delito.

Considero que con esta interpretación, se llegaría al absurdo de que hubiese desertores en situación de poder ser perseguidos y castigados por espacio de más de veinte o treinta años, mientras anduvieren prófugos. Además considero que el hecho de que la ley señale normas especiales para la prescripción de la deserción, no lo hace porque ésta tenga un carácter de continuidad, sino por razones de tipo fiscal, o bien para procurar evitar hasta donde sea posible la comisión de ese delito que es de los que con mayor frecuencia se dan en el Ejército, ya que sabiendo los miembros de éste que no podrían librarse del castigo por el transcurso del tiempo, pudieran ser que optaran por no desertar, o habiéndolo hecho, a decidir volver a las filas mediante el castigo correspondiente.

El autor confunde la ausencia, con la separación del servicio militar; aquella es consecuencia de ésta, la ausencia no es punible, y si lo es, la separación ilegal del servicio militar, que es la que constituye la esencia del delito.

(81) Fernando de Querol y de Duran. Tratado de Derecho Penal Militar. (Traducción del italiano por el D. Graf. Eng. y Lic. Filiberto Vargas Valenzuela. p.83.

Desde éste punto de vista, creo que resulta necesario mencionar que el delito de deserción no reviste el carácter de continuidad, pero si el de instantaneidad, ya que el mismo se consuma desde el momento en que un miembro del instituto armado se separa del servicio militar.

Por lo que hace a nuestro Derecho Penal Militar, algunas legislaciones que antecedieron a la vigente, establecieron normas especiales para la prescripción del delito de deserción, sin excluir claro, el carácter de instantaneidad del delito, puesto que esas legislaciones como la vigente, de ningún modo hace notar que éste tenga un carácter de continuidad. El Código de Justicia Militar de 1892, en el capítulo relativo a la extinción de la acción penal, disponía en el artículo 826 lo siguiente: "...Tratándose de deserción cometida por individuos de la clase de tropa, la prescripción correrá, desde que el desertor haya cumplido cuarenta y seis años de edad o desde que se hubiere incorporado nuevamente al Ejército; si el individuo de tropa de que se tratare, tuviere cuarenta y seis años cumplidos al momento de desertarse, la prescripción empezará a correr desde el momento en que la deserción deba tenerse por efectuada; el siguiente Código de Justicia Militar de 1894, también en el capítulo relativo a la extinción de la acción penal, establecía disposiciones semejantes a la anterior, sólo que disminuía el plazo necesario para la prescripción y además hacía aplicable esa disposición a los oficiales, cosa que se omitía en el que le precedió, siendo aplicable por lo tanto en la época de vigencia de éste Código, para los oficiales, las reglas de la prescripción..." (82).

El Código de Justicia Militar de 1894, disponía que tratándose de deserción, el tiempo de la prescripción comenzará a correr después de que hayan transcurrido cinco años de cometido el delito, si los individuos fueren de la clase de tropa; y de tres tratándose de oficiales. En ambos casos, cuando el desertor se incorpore nuevamente al Ejército, el término comenzará a correr desde el momento de la incorporación.

El Código de 1898, que fue el que precedió y derogó al de 1894, cambia de

(82) Memoria de Guerra y Marina. Imprenta de l., Calle Hospital Real No. 3, México.D.F., Año de 1883., p.73.

criterio y ya no señala un plazo fijo para la prescripción de la deserción, ya que menciona que tratándose de deserción cometida por individuos de la clase de tropa, la prescripción comenzará a correr al día siguiente al del cumplimiento del tiempo impuesto por la ley para el servicio, o del enganche, o desde el día en que el individuo de que se trate, se hubiere incorporado nuevamente en el Ejército, aún cuando no fuere en el mismo cuerpo o dependencia del que se hubiere separado ilegalmente.

En consecuencia debían aplicarse las disposiciones generales de la prescripción, en combinación con las normas especiales dadas para la deserción; esas reglas generales se contenían en el artículo 103, de dicha ley. Las actuaciones penales prescriben en los siguientes plazos:

A) En un año, si el término medio de la pena fuere menor de ese tiempo;

B) En tres años, si el término medio de la pena debiere ser de un año en adelante, sin exceder de tres, o si la acción naciere del delito que tenga señalada pena, la destitución del empleo;

C) En un tiempo igual al del término medio de la pena, si ésta debiere exceder de tres años; y

D) En quince años, si la pena fuere capital.

Consecuentemente, la Ley Penal Militar de enero de 1902, que fue derogada por el Código de Justicia Militar en vigor, transcribió en su articulado, el mismo contenido de las disposiciones anteriores.

Tanto el Código de Justicia Militar de 1898, como la Ley Penal Militar de 1902, no se refieren en ningún momento a los oficiales, por lo que hace a la prescripción de la deserción.

Todo lo anterior, que la deserción por revestir ese carácter de instantaneidad, propicia que se hayan establecido diversos conceptos o disposiciones relativas a la prescripción, unas veces con el fin de hacer a estas, imposible buscar con ello una disminución en la comisión de la deserción, que es uno de los delitos de mayor frecuencia dentro de las instituciones armadas; otras para lograr el regreso de los desertores prófugos, quienes percatándose de los problemas por los que se tendría que pasar para beneficiarse de la prescripción, ante esos enormes plazos, deciden reincorporarse a la vida y obligaciones militares.

El Código de Justicia Militar de 1934, que es el que actualmente está en vigor, ha cambiado también de criterio, pues no establece normas especiales para la prescripción del delito de deserción, siendo aplicables por lo tanto, las normas generales. Los plazos que el multicitado Código señala para que opere la extinción de penal por prescripción, se consignan en el artículo 190: "...Las acciones penales prescribirán en los siguientes plazos:

I.- En un año, si el término medio de la pena privativa de libertad fuere menor de ese tiempo o fuere la de suspensión del empleo o comisión;

II.- En tres años, si el término medio de la pena de prisión, fuere de un año o más, sin exceder de tres, o si la acción naciere de delito que tenga señalada como única pena, la destitución del empleo;

III.- En tiempo igual al del término medio de la pena, si ésta debiere exceder de tres años; y

IV.- En quince años, si la pena fuere la de muerte..." (83).

La forma de contar estos plazos, la señala el artículo 189 del mismo ordenamiento; los términos para la prescripción de la acción penal, serán continuos y

se contarán desde el día en que se cometió el delito, si fuere instantáneo y desde que cesó, si fuere continuo.

Los requisitos necesarios para que la prescripción produzca sus efectos, son los siguientes: "...Artículo 188.- La prescripción es personal y para ella bastará el transcurso del tiempo señalado por la ley..." (84).

"... Artículo 191.- Cuando haya acumulación de delitos castigados con pena privativa de libertad, las acciones penales que de ella resulten, se prescribirán en un término igual al de la pena que correspondería según lo dispuesto por los artículos 160 y 163 del Código de Justicia Militar.

Cuando concorra una pena corporal con la destitución o la suspensión, éstas últimas no se tomarán en cuenta.

Artículo 192.- La prescripción de la acción penal se interrumpe por las actuaciones judiciales en averiguación del delito, aunque se practiquen las diligencias contra persona determinada; excepto en el caso de que haya transcurrido la mitad del término necesario para la prescripción, pues entonces sólo se interrumpirá por la aprehensión..." (85).

(84) Código de Justicia Militar. *Idem.*, p.69.

(85) Código de Justicia Militar. *Idem.*, p.70.

CAPITULO IV

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE DESERCION EN EL FUERO DE GUERRA.

4.1. LA DESERCION EN EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR VIGENTE.

Después de haber hecho amplia referencia en el inicio de ésta tesis, sobre los aspectos más importantes del delito de deserción, haré énfasis en la esencia del mismo, de acuerdo con lo previsto por nuestra legislación castrense en vigor.

Deserción, del latín "desertus", de *desere*, abandonar, desamparar o abandono que hace un litigante o procesado de la apelación o recurso por él interpuesto ante el tribunal superior, contra la decisión, fallo o sentencia dictada por el inferior.

También se define a la deserción, como el abandono por un tripulante en puerto extranjero, sin permiso competente, del buque en que ésta enrolado, o falta de presentación a bordo una vez firmado el contrato de embarque. Delito militar consistente en el abandono del servicio de las armas por quienes se encuentren legalmente obligados a cumplirlo, o en la no presentación de quien llamado a incorporarse al servicio de las armas, estando obligado a ello, omite hacerlo oportunamente.

La deserción es un delito militar consistente en el abandono del servicio de las armas, y sólo definido en leyes penales militares; es la separación del servicio militar sin motivo legítimo para ello, aún por un plazo muy breve o distancia muy limitada; y es de los que no pueden cometer más que los militares, quienes al momento de su consumación pueden encontrarse en aptitud de servicio o no.

El Código de Justicia Militar vigente, en el artículo 225 establece lo siguiente:
"...La deserción de los individuos de tropa que no estuvieren de servicio se entenderá realizada, a falta de cualquier otro hecho que la demuestre:

I.- Cuando faltaren sin motivo legítimo a la revista de administración y no se presentaren a justificar, dentro de las veinticuatro horas siguientes;

II.- Cuando faltaren sin impedimento justificado por tres días consecutivos a las listas de diana y retreta de la fuerza a que pertenezcan o a la dependencia de que formen parte;

III.- Cuando tratándose de marinos, se quedaren en tierra a la salida del buque a que pertenezcan, siempre que tuvieren oportuno conocimiento de ella, o faltaren por tres días consecutivos a bordo del barco; y

IV.- Cuando se separen sin permiso del superior que tenga facultades para concederlo, una noche del campamento o guarnición en que se hallen, o se separen en tiempo de paz, a más de veinte kilómetros de distancia del campamento, cuarenta de la guarnición, o quince del puerto en donde esté el barco a que pertenezcan; y en campaña, a cualquier distancia de la Plaza, buque o punto militar..." (86).

Como podemos observar, el multicitado delito se hace consistir en una *apartamiento material de filas*, así si un sujeto en activo decide trasladarse de un lugar a otro (gozando de franquicia), con el ánimo de retornar, pero si por alguna causa o motivo, incluso uno ajeno a la propia voluntad, le impide regresar a su lugar de destino y antes de que transcurra el breve término señalado por la ley para tenerse por consumado dicho delito; el mismo se ha producido y la responsabilidad es notoria.

Luego entonces, si un miembro del Ejército abandona ilegalmente y sin ánimo de retornar a su lugar de destino, incurre en la comisión del delito de desertión, afectando así la integridad de las fuerzas armadas.

(86) Código de Justicia Militar. *Ibid.*, p. 91.

4.2. EN TIEMPO DE PAZ.

Según el artículo 256 del Código de Justicia Militar vigente: "...Los desertores comprendidos en el artículo que antecede, serán castigados en tiempo de paz:

I.- Con la pena de dos meses de prisión en un cuartel o buque, sin perjuicio del servicio, si se presentaren voluntariamente dentro de ocho días contados desde aquel en que se hubiere realizado su separación ilegal del servicio militar;

II.- Con la tres meses de prisión en un cuartel o buque, sin perjuicio del servicio, si dicha presentación la efectuaren después del plazo señalado en la fracción anterior;
y

III.- Con la de seis meses de prisión en un cuartel o buque, sin perjuicio del servicio, y destinado al de policía y obras militares, si fueren aprehendidos.

Artículo 257.- Los individuos de tropa que debieren ser condenados al mismo tiempo por varios de los delitos a los que se refiere el artículo anterior o por uno sólo de ellos, cuando lo hubiesen sido ya por otro de ese mismo género, en sentencia irrevocable pronunciada con anterioridad; serán castigados:

I.- Con la pena de cuatro meses de prisión en un cuartel o buque sin perjuicio del servicio, si se presentaren voluntariamente dentro del término de ocho días contados desde aquel en que hubieren realizado su separación ilegal del servicio militar;

II.- Con la de seis meses de prisión en un cuartel o buque, sin perjuicio del servicio, si esa separación la hicieren después del plazo mencionado; y

III.- Con la de ocho meses de prisión en un cuartel o buque, sin perjuicio del servicio y destinados al de policía u obras militares, si fueren aprehendidos.

Artículo 258.- A los sargentos y cabos a quienes en virtud de lo dispuesto en los artículos que anteceden hubiere que imponer la pena de prisión por haber sido aprehendidos, serán destituidos de sus respectivos empleos, en los otros casos a que los mismos preceptos se refieren, además de la prisión correspondiente, sufrirán la suspensión del empleo por tiempo igual al de aquella y el servicio a que durante uno y otro deben destinárseles, lo presentarán en calidad de soldados, y siempre que fuere posible conforme a lo mandado en el artículo 135 en un cuerpo o dependencia diverso de los que forman parte.

Artículo 259.- Serán castigados con la pena de un mes de prisión únicamente los soldados que habiendo desertado en los casos del artículo 256, justifiquen para su defensa, que no les fueron leídas cuando sentaron plaza, y una vez al mes por lo menos, las disposiciones penales relativas a la deserción, o que cometieron el delito por no habérseles asistido puntualmente con el prest, rancho, ración o vestuario correspondiente; por no habérseles cumplido cualquiera otra condición de su empleo en el servicio, siempre que la falta del prest, rancho o vestuario se haya efectuado solamente respecto de los individuos de que se trata y no de sus demás compañeros, y que aquellos comprueben también que, habiéndose quejado, no se les hizo justicia y que la deserción no haya sido llevada a cabo por tres o más individuos reunidos.

Artículo 260.- Los individuos de tropa que desertaren efectuando su separación ilegal del servicio militar en tiempo de paz, y cuando estén desempeñando actos propios de ese mismo servicio y distintos de los especificados en el artículo siguiente, serán castigados con la pena de dos años de prisión, si el servicio de que se trata fuere de armas. Los sargentos y cabos sufrirán además en todos esos casos, la destitución del empleo.

Artículo 261.- Los individuos de tropa que deserten en tiempo de paz, y en alguno de los casos o con alguna de las circunstancias que especialmente se prevén en seguida, serán castigados:

II.- El que deserte estando de guardia, o de la escolta de municiones, o llevándose el caballo, mula o montura, o el marino que deserte llevándose un bote o usando de él exclusivamente para ese objeto, con la de cuatro años;

III.- El que deserte llevándose el fusil, carabina, pistola o sable, o tratándose de los marinos, cualquier otra arma u objeto que hubiere recibido para su uso en el servicio del mar y con la obligación de devolverlo, con la de cinco años; y

IV.- El que deserte estando de centinela, con la de seis años.

Artículo 265.- Los individuos de tropa que después de haber desertado dentro de la República, hayan salido de los límites de ésta, o que desertaren estando fuera de ella, serán castigados con arreglo a las disposiciones siguientes:

I.- Si el delito fuere cometido en tiempo de paz, la pena será de cuatro años de prisión; y

II.- Si fuere cometido en tiempo de paz, pero llevándose el que lo perpetrare el caballo, la mula o montura, o el fusil, carabina, pistola, sable o bote, u otro objeto destinado al servicio de las armas, la pena será de ocho años de prisión.

Artículo 275.- Los que por causa legítima se hubieren dispersado del cuerpo de tropas, o buque a que pertenezcan, serán castigados como desertores; se les impondrá una pena de un mes de prisión a los miembros de las reservas del Ejército o de la Guardia Nacional; que sin impedimento justificado no se presenten al lugar que se les designe en el llamamiento dentro del plazo correspondiente. Comete el delito de insumisión, el conscripto que por virtud del sorteo le corresponda prestar su servicio activo, no se presente a las autoridades respectivas dentro de los plazos correspondientes para ser encuadrado en las unidades del Ejército. A los infractores se les impondrá la pena de un mes de prisión. La pena corporal no releva de la obligación de prestar el servicio..." (87).

4.3. EN TIEMPO DE GUERRA.

El mismo Código de Justicia Militar refiere lo siguiente: "...Artículo 264., Cuando la desertión de los individuos de tropa, se efectuare en campaña, se observarán las siguientes reglas:

I.- En los casos a que se refieren los artículos 256, 257 y 263, se impondrá la penalidad establecida en esos preceptos, duplicándose los términos señalados en ellos para la prisión. Los sargentos y cabos serán destituidos de su empleo;

II.- En los casos previstos por los artículos 260, 261 y 262, se aumentarán en dos años las penas corporales respectivamente señaladas en esos preceptos.

Artículo 265.- Los individuos de tropa que después de haber desertado dentro de la República, hayan salido de los límites de ésta, o que desertaren estando fuera de ella, serán castigados con arreglo a las siguientes disposiciones:

I.- Si fuere cometido en campaña, será la de seis años de prisión:

IV.- Si fuere cometido en campaña, llevándose el culpable algo de lo expresado en la fracción anterior, la pena será de diez años de prisión.

Artículo 266.- El individuo de clase o marinería que durante las faenas que fueren consecuencia de un naufragio o suceso peligroso para la embarcación, se ausentare durante dos días sin permiso del superior, será castigado como desertor en campaña de guerra, aún cuando el hecho tuviere lugar en tiempo de paz. Si el delito se cometiere en campaña de guerra, será considerado como desertor frente al enemigo.

Artículo 268.- En los casos del artículo anterior y en aquellos a que se refieren las fracciones I y II del artículo 270, si la desertión se hubiere efectuado en campaña,

se aumentarán en dos años las penas corporales señaladas en esos preceptos.

Artículo 272.- Los que desertaren frente al enemigo, marchando a encontrarlo, esperándolo a la defensa, bajo su persecución o durante la retirada; serán castigados con la pena de muerte.

Artículo 273.- La desertión en actos del servicio, en campaña, se entenderá perpetrada, siempre que para llevarla a cabo se hubiere empleado un medio violento, cuando el autor del delito se ponga fuera del alcance de las armas de sus perseguidores, o eluda toda persecución, y en defecto de lo anterior o de cualquier otro hecho que demuestre la separación ilegal del servicio militar, por el transcurso de veinticuatro horas, sin que el individuo de que se trate se presente a su inmediato superior o a la fuerza a que pertenezca. La desertión frente al enemigo, se entenderá realizada, en el acto de separarse un militar indebidamente de las filas, o un marino del buque o fuerza a que pertenezca..." (88).

4.4. SUS ELEMENTOS.

Antes de hacer referencia a los elementos del delito, y en especial al delito que nos ocupa, haré un breve comentario de lo que en líneas anteriores ya había expresado; en el sentido de que a la gran diversidad de conceptos que existen, todos ellos tendientes a definir lo que es el delito, existen dos sistemas principales para realizar el estudio jurídico-substancial del mismo.

"...La palabra delito deriva del verbo latín "delinquere", que significa abandonar, apartarse del buen camino, apartarse del sendero señalado por la ley..." (89).

(88) Código de Justicia Militar. *Idem.*, p.95 y 96.

(89) Fernando Castellanos Tena. *Op. cit.*, p.119.

El delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo, a las necesidades de cada época; los hechos que algunas veces han tenido ese carácter lo han perdido en función de situaciones diversas y al contrario, acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos.

Desde el punto de vista jurídico se han elaborado definiciones del delito de tipo formal y de carácter substancial.

Por una parte, el Código de Justicia Militar no ofrece un concepto de lo que es el delito, sin embargo por su naturaleza jurídica, al delito militar se le puede determinar como todo acto que, atentando de una manera u otra contra la organización y disciplina de las fuerzas armadas, se encuentra reprimido por el Código de Justicia Militar. Por lo tanto el delito militar es aquella acción que atenta contra la disciplina militar y que está sancionado por el Código de Justicia Militar. El citado Código en su artículo 99, alude al infractor que cometa un delito militar, dando lugar a la responsabilidad criminal y a la determinación de la jurisdicción de los Tribunales de Guerra, exclusivo para los delincuentes militares.

Atendiendo al análisis del delito en general, había mencionado que son los sistemas que existen para su estudio: el unitario o totalizador, y el atomizador o analítico.

"...Según la corriente unitaria o totalizadora, el delito no puede dividirse para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto insoluble..." (90).

A este respecto, Antolisei asienta que para los afiliados a esta doctrina, el delito es como un bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en modo alguno fraccionable.

En cambio los analíticos o atomizadores, estudian el ilícito penal por sus

(90) Fernando Castellanos Tena. *Ibid.*, p. 113.

elementos constitutivos: "...Evidentemente para estar en condiciones de entender el todo, precisa el conocimiento cabal de sus partes; ello no implica por su puesto, la negación de que el delito integre una unidad..." (91).

Adherido a la noción que suministra la corriente analítica o atomizadora, respecto de la forma en que debe estudiarse el delito, el maestro Jiménez de Asúa señala que: "...Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal..." (92).

De lo anteriormente expuesto y como puede apreciarse, tanto la definición del maestro Jiménez de Asúa, como la corriente analítica o atomizadora, coinciden en comprender al delito, desintegrándolo en cada uno de sus elementos; y a efecto de analizar cada uno de ellos, recurriré a éstos preceptos, ya que me parece que es la clasificación más apropiada del delito en general, y en relación a un delito militar, como lo es, el de la desertión.

Antes de entrar al análisis de cada uno de los elementos integradores del delito, haré una breve referencia respecto de las denominaciones que han recibido precisamente las notas esenciales del mismo y que han concluido en llamárseles así "elementos". El maestro Porte Petit, nos da su aportación diciendo: "...La opinión de aquellos que como nosotros, consideran que aceptando la teoría analítica o atomizadora, sin desconocer que entre los elementos, caracteres y aspectos, tienen una connotación diversa en la teoría del delito, debiéndose admitir que en la aceptación adecuada para denominar las notas esenciales del delito, es la de "elementos", a la que por otra parte hace referencia la Constitución General de República, en su artículo 19: "ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con auto de formal prisión, en el que se expresarán el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen a aquel"; y el Código de Procedimientos Penales, que igualmente alude a "elementos", cuando determina

(91) Fernando Castellanos Tena. *Idem.*, p.113.

(92) Fernando Castellanos Tena. *Ibid.*, p.117.

que para su comprobación el delito, sus elementos, y que en todos los casos de robo, el cuerpo del delito se justificará por la comprobación material de los elementos del delito..." (93).

Una vez expuestas las ideas y razonamientos que dan fuerza a la determinación de denominar a las notas esenciales del delito como elementos, a continuación procederemos al análisis del primer elemento constitutivo del delito, " La Conducta".

4.5. LA CONDUCTA.

El maestro Celestino Porte Petit expresa: "...pensamos que no es la conducta únicamente, como muchos señalan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo, dando lugar este punto de vista a la clasificación de los delitos de mera conducta y resultado material. Nadie puede negar que el delito lo integra una conducta o hecho humanos. Y dentro de la prelación lógica, ocupan el primer lugar, lo que les da una relevancia especial dentro de la teoría del delito. Por ello Antolisei ha dicho que delito, es ante todo una conducta humana; primordialmente todo delito es acción, pues únicamente una acción puede tener por consecuencia una pena..." (94).

Evidentemente el maestro Porte Petit considera tanto a la conducta como al hecho, elementos objetivos del delito, sin embargo me muestro en desacuerdo con dicho criterio, pues considero que el término conducta es adecuado para abarcar la acción y omisión, pero nada más, es decir, dentro de la conducta no puede quedar incluido el hecho; la conducta sirve para designar el elemento objetivo del delito, cuando el tipo exige como núcleo una mera conducta.

La palabra hecho, resulta inadecuada por excesiva amplitud, pues comprende

(93) Celestino Porte Petit, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Edit. Porrúa, S.A., 5a. Edición., p.30.

(94) Celestino Porte Petit, Ibid., p.289.

tanto las actividades humanas como los acontecimientos provenientes de fenómenos naturales.

Por lo anterior, con toda razón se le ha designado a la conducta un importante y primer lugar dentro de la teoría del delito; Battaglini, afirma que la conducta constituye el nudo de la figura del delito; Maggiore y Anton Oneca^A, consideran que la conducta es como un esqueleto sobre el cual se configura el delito; por lo tanto se usará el término "Conducta"; llamada también acción.

La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito; dentro del concepto de conducta pueden comprenderse la acción y la omisión; es decir, el hacer positivo y el negativo, el actuar y el abstenerse de obrar.

Al referirse al sujeto de la conducta, Castellanos Tena nos manifiesta: "...Sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal, el acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente él es posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad. Este principio, indiscutiblemente en nuestro tiempo, carecía de validez en otras épocas, según señala la historia, antaño se consideró a los animales como delincuentes, distinguiéndose tres períodos o etapas: fetichismo (se humanizaba a los animales equiparándolos a las personas); simbolismo (se entendía que los animales no delinquieran, pero se les castigaba para impresionar); y por último, sólo se sancionaba al propietario del animal dañoso..." (95).

El mismo autor también nos refiere que las personas morales o jurídicas, no pueden ser sujetos activos del delito por carecer de voluntad propia, independientemente de la de sus miembros, razón por la cual faltaría el elemento conducta, básico para la existencia del delito; por lo tanto únicamente las personas físicas pueden ser sujetos activos del delito; las personas morales no pueden delinquir;

(95) Fernando Castellanos Tena. *Op. cit.* p.142.

pero si se constituyen en sujeto pasivo del delito como las mismas personas físicas, en especial tratándose de infracciones penales de tipo patrimonial y contra el honor.

Castellanos Tena también señala que en relación al sujeto pasivo y al ofendido: "...el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma; el ofendido es la persona que recibe el daño causado por la infracción penal..." (96).

Por lo que hace al objeto del delito, siguiendo con el estudio general del mismo, algunos autores como el maestro Castellanos Tena, consideran al objeto material y objetivo jurídico; el primero de éstos lo constituye la persona o la cosa sobre la que recae el daño, la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa. El segundo, o sea, el objeto jurídico, es constituido por el bien protegido por la ley, el cual es lesionado por el hecho o la omisión criminal; el objeto jurídico, es la norma que se viola.

De lo antes expuesto, se determina que en relación al delito que hemos venido analizando, que es el de desertión, los sujetos activos de éste delito lo pueden ser sólo los sujetos que integran las fuerzas armadas, es decir, todos aquellos militares que se encuentren en servicio activo, y que al cometerlo se encuentren desempeñando un servicio o bien encontrándose francos.

Por lo tanto la forma de conducta puede ser de acción: cuando el sujeto activo incurre en la comisión de la desertión al estar desempeñando un servicio, tal y como lo establece el artículo 261 del Código de Justicia Militar, que a la letra dice: "...Los individuos de tropa que desertaren en tiempo de paz y en algunos casos o con alguna de las circunstancias que en seguida se prevén, serán castigados:

I.- El que deserte de la escolta de prisioneros, detenidos o presos, o cualquier otra no especificada en éste artículo, con la pena de tres años de prisión;

(96) Fernando Castellanos Tena *Ibid.*, p.124.

II.- El que deserte estando de guardia, o de la escolta de municiones, o llevándose el caballo, mula o montura, o el marino que desertare llevándose el bote, o usando de él exclusivamente para ese objeto, con la de cuatro años;

III.- El que deserte llevándose el fusil, carabina, pistola, sable, o tratándose de marinos, cualquier otra arma u objeto que hubiere recibido para su uso en el servicio del mar y con la obligación de devolverlo, con la de cinco años;

IV.- El que deserte estando de centinela, con la de seis años;

V.- El que deserte escalando u horadando los muros o tapias del cuartel o puesto militar, u ocupado militarmente o saliendo abordo de cualquier medio que no sean de los autorizados para el desembarco, con la de tres años; y

VI.- El que deserte estando en una fortaleza o plaza fuerte, con la de cuatro años..." (97).

Será de omisión cuando de acuerdo a lo establecido por el artículo 255 del Código de Justicia Militar: "...la deserción de los individuos de tropa que no estuvieren de servicio se entenderá realizada, a falta de cualquier otro hecho que la demuestre:

I.- Cuando faltaren sin motivo legítimo a la revista de administración y no se presenten a justificar, dentro de las veinticuatro horas siguientes:

II.- Cuando faltaren sin impedimento justificado por tres días consecutivos a las listas de diana y retreta de las fuerzas a que pertenezcan o a las dependencia de que formen parte..." (98).

En este caso el sujeto pasivo es la institución a que pertenece el elemento desertor. En relación con el objeto jurídico, éste es señalado por los artículos 255 y

(97) Código de Justicia Militar. Op. cit., p.94.

(98) Código de Justicia Militar. Op. cit., p.94.

261 del Código de Justicia Militar, los cuales ya hemos analizado.

Por lo que hace a los elementos de la acción, Celestino Porte Petit apunta: “..Generalmente se señalan como elementos de la acción; una manifestación de la voluntad, un resultado y una relación de causalidad. La manifestación de la voluntad la refieren los autores a la conducta y no al resultado. Por ejemplo Soler afirma que el estudio de esa relación no forma parte de la teoría de la acción, sino de la culpabilidad. Welsei subraya que la finalidad es evidente; la causalidad es ciega; en efecto, la conducta, en Derecho Penal, no puede entenderse sino como una conducta culpable; por tanto abarca: querer la conducta y el resultado; de no ser así estaríamos aceptando un concepto limitado a querer únicamente al comportamiento corporal..” (99).

Ahora bien, la relación de causalidad, según lo explica el maestro Castellanos Tena: “...es el nexo que existe entre un elemento del hecho (conducta), y una consecuencia de la misma conducta, el resultado. Por lo tanto, el estudio debe realizarse en el elemento objetivo del delito, independientemente de cualquier otra consideración; es decir, debe comprobarse para dar por existente el hecho elemento del delito, una conducta, un resultado y una relación de causalidad...” (100).

“...En relación al lugar y tiempo de la comisión del delito, en la mayoría de los casos la actividad o la omisión se realizan en el lugar mismo donde se produce el resultado, el tiempo que media entre el hacer y el no hacer humanos, ese resultado es significante y por ello pueden considerarse concomitantes. En ocasiones la conducta y el resultado no coinciden respecto al lugar y tiempo, y es entonces cuando se está en presencia de los llamados delitos a distancia, que dan lugar no sólo a problemas sobre aplicación de la Ley Penal en función de dos a más países soberanos; sino también dentro del derecho interno, a cuestiones sobre determinación de legislación aplicable...” (101).

(99) Juana Leyva Montes. Estudio Jurídico del Delito de Deserción. México, D.F., 1990., p.93.

(100) Fernando Castellanos Tena. Op. cit., p.150.

(101) Juana Leyva Montes. Op. cit., p.63.

Para dar solución a esas circunstancias, algunos autores han elaborado diversas teorías, como por ejemplo la teoría de la actividad, según la cual el delito se comete en el lugar y el tiempo de la acción o de la omisión; la teoría del resultado según la cual, el delito se realiza en el lugar y al tiempo de la producción del resultado; y la teoría del conjunto de la obicidad, para la cual el delito se comete tanto en el lugar y al tiempo de la realización de la conducta, como en donde y cuando se produce el resultado.

"...Pero además se han elaborado algunos criterios, como el de la intensión, según el cual, el delito debe tenerse por realizado en el tiempo y lugar en donde subjetivamente el agente lo ubica; y el de la actividad preponderante, que ve en el acto mayor trascendencia dentro de la actividad, el medio de determinar el lugar y el tiempo de ejecución del delito..." (102).

Caso específico es el delito que nos ocupa, porque al cometerse, se produce el resultado al fenecer el tiempo a que se refiere el artículo 255 del Código de Justicia Militar, en sus fracciones I y II; el cual ya he transcrito.

"...Artículo 260.- Los individuos de tropa que deserten efectuando su separación ilegal del servicio militar en tiempo de paz, y cuando estén desempeñando actos propios de ese mismo servicio, y distintos de los especificados en el artículo siguiente, serán castigados con la pena de dos años de prisión, si el servicio de que se trata fuere de armas, y con la de un año si fuere económico del cuartel, o buque, o cualquier otro que no sea de armas. Los sargentos y cabos además, en todos esos casos, la destitución del empleo.

Artículo 261.- Los individuos de tropa que deserten en tiempo de paz y en alguno de los casos o con alguna de las circunstancias que específicamente se prevean en seguida, serán castigados:

I- El que desertare de la escolta de prisioneros, detenidos o presos, o de

(102) Fernando Castellanos Fera. Op. cit., p. 63.

cualquier otra no especificada en éste artículo, con la pena de tres años de prisión;

II.- El que deserte estando de guardia, o de la escolta de municiones, o llevándose el caballo, mula o montura, o el marino que deserte llevándose el bote o usando de él exclusivamente para ese objeto, con al de cuatro años;

III.- El que deserte llevándose el fusil, carabina, pistola o sable, o tratándose de marinos, cualquier otra arma u objeto, que hubiere recibido para su uso en el servicio del mar y con la obligación de devolverlo; con la de cinco años; y

IV.- El que deserte estando desempeñando el puesto de centinela, con la de seis años..." (103).

AUSENCIA DE CONDUCTA.

Siguiendo con el análisis del delito, y en especial sobre el que nos ocupa, resulta necesario especificar, que si alguno de los componentes esenciales del delito llegara a faltar, el mismo no se integrará, y como consecuencia, si la conducta está ausente, lógicamente no habrá delito. Luego entonces considero que la ausencia de la conducta, es uno de los actos negativos que impiden la conformación de la figura delictiva.

El maestro Fernando Castellanos Tena, ofrece la siguiente explicación respecto de la ausencia del primero de los elementos que constituyen al delito: "...Hemos insistido en que si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará, en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito, a pesar de las apariencias. Es pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impeditivos de la formación de la figura delictiva;

(103) Código de Justicia Militar. Op. cit. p.92.

por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como en todo problema jurídico. Muchos llaman a la conducta "Sporte naturalístico del ilícito penal..." (104).

Una de las causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de la conducta, es la llamada "Vis Absoluta", o fuerza física exterior irresistible a que se refiere la fracción primera del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal. En el fondo de ésta eximente, en vano se ha querido encontrar una causa impeditiva de inimputabilidad; es decir, cuando el sujeto se encuentre compelido a una fuerza de tales características; puede ser perfectamente imputable, si posee salud y desarrollo mental para comportarse en el campo jurídico penal, como persona capaz. Por lo mismo no se trata de una excusa de inimputabilidad; la verdadera naturaleza jurídica de ésta excluyente debe buscarse en la falta de conducta.

La conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del derecho, por no existir la manifestación de la voluntad. Con acierto dice el maestro Pacheco: "...quien así obra, no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento; que es violentado materialmente (no amedrentado, no cohibido; sino forzado de hecho), no comete delito, es tan inocente como la espada misma de un asesino. No es necesario que la legislación positiva enumere todas las excluyentes por falta de conducta; cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del delito, será suficiente para impedir la formación de éste, con independencia de que lo diga o no expresamente el legislador en el capítulo de las circunstancias excluyentes de responsabilidad..." (105).

Por lo antes expuesto, en lo personal sí considero que la llamada "Vis Absoluta", es una circunstancia excluyente de responsabilidad, ya que elimina un elemento esencial del delito, que es la conducta; aunque el maestro Celestino Porte Petit, escribe en su obra "Importancia de la Dogmática Jurídica Penal", que el Código Penal Mexicano innecesariamente se refiere a la Vis Absoluta o fuerza física irresistible

(104) Fernando Castellanos Tena. *Op. cit.*, p. 149.

(105) Fernando Castellanos Tena. *Ibid.*, p. 150.

en la fracción primera del artículo 15, comete error técnico de considerarla como excluyente, un aspecto negativo del delito; hipótesis que queda sintetizada en la fórmula "Nullum Crime Sine Actione".

Castellanos Tena manifiesta: "...es unánime el pensamiento, en el sentido de considerar como factores eliminatorios de la conducta a la *Vis Maior* (*Vis Mayor* o *Fuerza Mayor*), y a los movimientos reflejos. La *Vis Maior* y la *Vis Absoluta* difieren por razón de su procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza, es decir, es energía no humana. Los movimientos reflejos son movimientos corporales involuntarios (si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito).

Para algunos penalistas también son aspectos negativos de la conducta: el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, pues en tales fenómenos psíquicos, el sujeto realiza actividad o inactividad sin voluntad..." (106).

No hace falta el análisis del sueño como circunstancia excluyente, ya que el Código de Justicia Militar no lo contempla en el capítulo correspondiente, pero sí en el artículo 119 del multicitado ordenamiento, y en relación al hipnotismo y sonambulismo como circunstancias excluyentes de responsabilidad, dice: "...Son excluyentes: hallarse el acusado al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancia tóxicas, embriagantes o enervantes; o por un estado toxi-infeccioso agudo o por trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio..." (107).

Cabe resaltar, que los miembros de las fuerzas armadas al momento de ingresar deben hacerlo estando sanos, tanto física como mentalmente y estar en óptimas condiciones de salud durante su permanencia en las mismas, por lo que las

(106) Fernando Castellanos Tena. *Ibid.*, p.151.

(107) Fernando Castellanos Tena. *Ibid.*, p.151.

excluyentes, sólo podrían proceder en caso de que el agente ignorara el padecimiento de referencia, en el momento de cometer el multicitado delito.

4.6. LA TIPICIDAD.

A quedado establecido que para hablar de la existencia del delito, es necesario que exista una conducta o hecho humano, pero no toda conducta o hecho humano tienen el carácter de delictuosos; se aprecia además, que sean típicos, antijurídicos y culpables. La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración.

El maestro Castellanos Tena nos refiere: "...no debe confundirse el tipo con la tipicidad, el tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos legales. La tipicidad es la adecuación de la conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Hay tipos muy completos, en los cuales se contienen todos los elementos del delito.

Mariano Jiménez Huerta, en su obra "La Tipicidad", define al tipo, como el injusto recogido y descrito en la Ley Penal, consecuentemente se tiene que la tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia de un comportamiento con el descrito por el legislador. Es en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. Para Celestino Porte Petit, la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula "Nullum Crimen Sine Tipo..." (108).

Dentro del análisis de éste elemento tan importante para la configuración del delito, resulta necesario mencionar que durante el desarrollo de la teoría del delito a

(108) Fernando Castellanos Tena. *Ibid.*, p. 154.

través del tiempo y apartir del humanismo con las escuelas eclécticas, surge la primera teoría conocida como del Injusto Penal Objetivo y Culpabilidad Psicológica, encabezada por los alemanes Franz Von Litz y Ernesto Beling; el segundo de ellos conocido como el padre de la tipicidad; ésta teoría define al delito como una conducta, típica, antijurídica, culpable y punible. Pero por lo que hace al elemento tipicidad, lo define como la adecuación de la conducta al tipo objetivo.

Por lo que hace al delito objeto de éste estudio, y en relación con la tipicidad, diré que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal objetivo y subjetivo en sus especies de dolo y culpa, porque es en éste elemento en donde se determinará si el sujeto obró con intención o con imprudencia al momento de cometer el delito. En el caso del delito de deserción, el soldado o el marino que se separen del lugar en que por ordenes expresas deben permanecer, o bien que falten a su servicio, estará adecuando su conducta al tipo de la ley penal, es decir, que su comportamiento coincidirá con el descrito por el legislador.

El tipo penal de la deserción es el descrito por el Código de Justicia Militar en sus artículos 255 fracciones I, II, III, IV, 260 y 261 fracciones I, II, III y IV; los cuales ya han sido transcritos.

Como se puede apreciar y tomando en consideración la transcripción de los preceptos legales mencionados, se desprende que el interés jurídicamente protegido por la legislación, es el interés público del Estado; encaminado a proteger la organización, estructura y funcionamiento de las Fuerzas Armadas. En relación a lo anterior también puede observarse que el delito de deserción tiene varias modalidades ya que es un delito que puede cometerse tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra; además su comisión también puede ocurrir al estar el militar desempeñando actos propios del servicio, o bien encontrándose franco. Para los efectos del presente análisis sólo me referiré a la deserción en tiempo de paz.

“...Los elementos del tipo en el delito de desertión son los siguientes:

SUJETO ACTIVO.- Calificado en tanto debe tener el carácter genérico de militar, en servicio activo y estando ya sea de servicio o franco.

SUJETO PASIVO.- Es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, y en éste caso queda comprendido por la Institución de las Fuerzas Armadas que son custodiadas por quienes se encuentran desempeñando algún servicio o por quienes tienen la obligación de regresar después de haber disfrutado de una franquicia para continuar con esa misión.

BIEN JURIDICO.- Genéricamente, la debida organización, estructura y funcionamiento del sujeto pasivo.

CONDUCTA PROHIBIDA.- Acción consistente en abandonar el servicio de las armas o no presentarse a él, de acuerdo con la ley, o por ordenes superiores que así lo hayan establecido.

REFERENCIAS TEMPORALES.- La conducta debe tener lugar en tiempo de paz, aunque bien podría tratarse de un supuesto especial cuya existencia generaría el cambio del tipo...” (109).

ASPECTO NEGATIVO (AUSENCIA DE TIPO Y TIPICIDAD).

Cuando no se integran todos los elementos descritos por el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito, llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo, si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

(109) Juana Leyva Montes Op. cit. p. 101.

Fernando Castellanos Tena señala que : "...Existe una distinción entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador delibera o inadvertidamente no describe una conducta que según el sentir general debería ser incluida en el catálogo de los delitos. La ausencia de tipicidad surge cuando al tipo no se amolda la conducta dada; luego entonces en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe el tipo.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

A) Ausencia de la calidad exigida por la ley, en cuanto a los sujetos activo y pasivo;

B) Si falta el objeto material, o el objeto jurídico;

C) Cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas en el tipo;

D) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley;

E) Si faltan elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y

F) Por no darse en su caso, la antijuricidad especial..." (110).

El delito objeto de éste análisis, puede ocurrir por falta de calidad del sujeto activo, como sucedería si con anterioridad él mismo, habiendo sido dado de baja, o por realizar la conducta en otro tiempo; es decir, se presentaría la atipicidad por falta de referencias temporales si esa conducta se realizase en tiempo de guerra, para lo cual seguiría siendo punible y lo que cambiaría en todo caso, sería el tipo.

(110) Juana Leyva Montes. *ibid.*, p. 102.

4.7. LA ANTIJURICIDAD.

Como la antijuricidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva, sin embargo comúnmente se acepta como antijurídico, lo contrario al Derecho.

Ahora bien, el delito es una conducta humana, pero no toda conducta humana es delictuosa, es decir, se requiere además que esa conducta sea típica, antijurídica y culpable.

Para los efectos de análisis del elemento antijuricidad, básico para la integración del delito, mencionaré que para la Teoría Finalista, "antijuricidad", es todo aquello que va en contra del orden jurídico.

Javier Alba Muñoz, refiere Castellanos Tena: "...considera que el contenido último de la antijuricidad que interesa al jus-penalista es lisa y llanamente, la contradicción objetiva de los valores estatales...en el núcleo de la antijuricidad, como el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe sólo el poder punitivo del Estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente.

Para el autor antes mencionado, actúa antijurídicamente quien contradice un mandamiento de poder..." (111).

Sigue refiriendo Castellanos Tena que: "...debe tenerse presente que el juicio de antijuricidad comprende la conducta en su fase externa pero no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuricidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado.

(111) Fernando Castellanos Tena. Ibid., p. 164.

Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación.

Lo cierto es que la antijuricidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo..." (112).

La antijuricidad según el penalista Carlos Binding, nos dice: "...era frecuentísimo escuchar que el delito es lo contrario a la ley; así Carrara lo definía como la infracción de la ley del Estado. Pero descubrió éste autor, que el delito no es lo contrario a la ley, sino también un acto que se ajusta a lo previsto en la Ley Penal..." (113).

Para el caso específico del delito que nos ocupa, se puede decir que un militar cuando deserta, no vulnera la ley, sino que quebranta algo esencial para la convivencia y el orden jurídico, es decir, se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley.

Por ejemplo, Castellanos Tena nos dice: "...El decálogo es un libro de normas; "No mataras". Si se mata o se roba se quebranta la norma, más no la ley, por eso Binding decía, la norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, ó dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe..." (114).

AUSENCIA DE ANTIJURICIDAD (Causas de Justificación).

Siguiendo el plan impuesto de señalar los aspectos positivos y negativos del delito, se debe examinar ahora, la ausencia de antijuricidad.

(112) Fernando Castellanos Tena. Idem., p.164.

(113) Celestino Porte Petit. Programa de la Parte General del Derecho Penal. Edit. Porrúa, Méx. P.285.

(114) Fernando Castellanos Tena. Op. cit., p.165.

"...Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al Derecho, y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Luego las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuricidad. Ejemplo: un hombre priva de la vida a otro; su conducta es típica por ajustarse a los presupuestos del artículo 302 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales de 1931, y sin embargo no puede ser antijurídica si se descubre que obró en defensa legítima, por un estado de necesidad o en presencia de cualquiera otra justificante..." (115).

Si un elemento de tropa falta sin motivo legítimo a la revista de administración mensual y no se presenta a justificar, dentro de las veinticuatro horas siguientes; su conducta es típica por encuadrar la misma a los presupuestos del artículo 255 del Código de Justicia Militar; sin embargo puede resultar no antijurídica si se descubre que obró por estado de necesidad, o en presencia de cualquier otra justificante; luego entonces las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica.

A las justificantes también se les denomina causas eliminatorias de la antijuricidad. También existen otras causas impeditivas de la configuración del delito; las causas suelen catalogarse bajo la denominación de excluyentes de responsabilidad.

El Código de Justicia Militar en su artículo 119 enumera esas causas bajo de la denominación de "Circunstancias excluyentes de responsabilidad", comprendiendo algunas de diversa naturaleza como:

"...I.- Hallarse el acusado en estado de enajenación mental al cometerla;

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,

(115) Fernando Castellanos Tena. *Ibid.*, p. 167.

embriagantes o enervantes, o por un estado tixo-infeccioso agudo o por otro transitorio mental involuntario de carácter patológico y transitorio...” (116).

“...Por otra parte, como las causas justificantes recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización externa. Otras eximientes son de naturaleza subjetiva, miran al aspecto personal del autor.

Mientras las justificantes, por ser objetivas, aprovechan a todos los copartícipes, las otras eximientes no. Las causas de justificación son reales, favorecen a cuantos intervienen, quienes en última instancia resultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica, acorde al Derecho. Las excusas absolutorias sólo eliminan la pena, subsistiendo la delictuosidad del acto, y son personalísimas, pues sólo favorecen a los que se encuentran dentro de la hipótesis correspondiente...” (117).

Por lo que hace a la razón de ser de las causas de justificación, y dado el doble carácter (material y formal) de la antijuricidad sólo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador.

El Estado excluye la antijuricidad que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el Derecho opta por la conservación del más valioso.

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

Para Jiménez de Asúa la legítima defensa es la repulsa de una agresión

(116) Código de Justicia Militar. *Op. cit.*, p.83.

(117) Juana Leyva Montes. *Op. cit.*, p. 106.

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..." (118).

"...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 otra persona, repeliendo una acción actual, violenta y sin derecho de la que resulte un peligro inminente..." (119).

En cuanto a esta excluyente de responsabilidad penal, creo que no es dable en el delito objeto de nuestro estudio, sólo se hizo referencia debido a que en otros delitos del fuero de guerra sí es aplicable, como lo son: el homicidio, las lesiones, etcétera.

Otra causa de justificación es el Estado de Necesidad, que es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente tutelados pertenecientes a otra persona; los elementos de esta justificante son: una situación de peligro, real, grave o inminente; que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno); un ataque por parte de quien se encuentre en el estado de necesidad, y ausencia de otro medio practicable menos perjudicial.

En relación con ésta justificante, el Código de Justicia Militar no la contempla, y creo que no precedería en ningún momento.

Unas causas justificación más, serían el Cumplimiento de un Deber; el Ejercicio de un Derecho; y el Impedimento Legítimo, las cuales pueden presentarse en el delito materia del presente estudio; como sería el caso de que un militar se separe de su servicio, en virtud de una orden superior, y éste cumple con su deber; en el segundo caso el militar que justificadamente pone a disposición de la autoridad competente a un presunto delincuente, ya que actúa al amparo de esta causa de justificación. El impedimento legítimo se puede presentar cuando el militar se niega a declarar por impedirselo la ley.

(118) Fernando Castellanos Tena. *Op. cit.*, p.108.

(119) Juana Leyva Montes. *Op. cit.*, p.107.

4.8. LA IMPUTABILIDAD.

Antes de entrar al análisis del elemento "Culpabilidad", básico para la configuración del delito, me referiré a la imputabilidad, ya que considero a la misma, como un soporte básico para la culpabilidad.

De ésta manera, toca hacer el análisis de la imputabilidad, la cual considero no constituye un elemento del delito, sino un presupuesto de la culpabilidad.

Con base en lo anterior, diré que hay autores que separan la imputabilidad de la culpabilidad, considerándolas como elementos independientes; y existen otros tantos que dan amplio contenido a la culpabilidad y comprende en ella a la imputabilidad.

Una posición más, que es a la que en forma personal me apego, sostiene que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad.

El maestro Fernando Castellanos Tena nos dice que: "...Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, como se verá más adelante, intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de sus actos y quiera realizarlos, debe tener capacidad de entender y e querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva), constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal), se le debe considerar como soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, según pretenden algunos especialistas..." (120).

(120) Fernando Castellanos Tena. Op. cit., p. 199.

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo de su autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en el Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción. En pocas palabras, se puede definir a la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal.

Es pues, la imputabilidad, el conjunto de las condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo. Comúnmente se afirma que la imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental; son dos aspectos de tipo psicológico, salud y desarrollo mentales; generalmente el desarrollo mental se determina con la edad.

La responsabilidad, refiere Castellanos Tena: "...Es el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho de realizarlo. Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores, al tiempo de la acción, del mínimo de salud y desarrollo psíquico exigidos por la ley del Estado; pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados a responde de él..." (121).

Cabe mencionar que un sujeto, para poder causar alta en cualquier Unidad del Ejército, Fuerza Aérea o Armada, debe estar en aptitudes tanto físicas como mentales, es decir, debe estar libre de todo padecimiento que entorpezca el desempeño de sus funciones una vez que ha ingresado al Instituto Armado.

Luego entonces un hombre que vive en sociedad, es responsable de cualquier hecho que haya ejecutado. Por lo que hace al delito en estudio, lo es de igual manera tan sólo por el hecho de pertenecer a las Fuerzas Armadas y por encontrarse regido

(121) Fernando Castellanos Tena. *Ibid.*, p.200.

por sus propias leyes y reglamentos.

Pero existe cierta confusión respecto a lo que en Derecho Penal debe entenderse por responsabilidad. No pocas veces se utiliza el vocablo como sinónimo de culpabilidad; también suele equipararse a la imputabilidad. Castellanos Tena sigue refiriendo que: "...en verdad éste vocablo tiene acepciones diversas. En un sentido, se dice que el sujeto imputable tiene obligación de responder concretamente del hecho ante los Tribunales. Con esto se da a entender la sujeción a un proceso en donde puede resultar condenado o absuelto, según se demuestre la concurrencia o exclusión de antijuricidad o de culpabilidad en su conducta. Por otra parte se usa el término responsabilidad para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente contrario a Derecho, si obró culpablemente; así los fallos judiciales suelen concluir con esta declaración, teniendo al acusado como penalmente responsable del delito que motivó el proceso y señalan la pena respectiva..." (122).

Consecuentemente resulta la responsabilidad, como una relación entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las circunstancias señaladas por la ley a su conducta.

Por lo que hace a las ACCIONES LIBRAE IN CAUSA (Acciones libres en su causa), Castellanos Tena manifiesta: "...la imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho; pero en ocasiones el sujeto antes de actuar, voluntaria o culpablemente se coloca en situación inimputable y esas condiciones producen el delito. A estas acciones se les llama LIBRAE IN CAUSA (Libres en su causa, pero terminadas en cuanto a su efecto)..." (123).

Tal es el caso del militar que decide desertarse, y para darse ánimo bebe con exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad. Aquí sin duda alguna, existe 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

(122) Fernando Castellanos Tena. *Ibid.*, p.201.

(123) Fernando Castellanos Tena. *Ibid.*, p.203.

causalidad, dice Cuello Calón; el sujeto es imputable.

Sigue refiriendo Castellanos Tena: "...si se acepta que al actuar el sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado se procuró dolosa o culposamente, encuéntrase el fundamento de la imputabilidad en la acción o acto precedente; o sea, aquel en el cual el individuo si carecer de tal capacidad, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de imputabilidad; por ello el resultado le es imputable o da base a declararlo culpable y, consiguientemente responsable, siendo acreedor a una pena. Según nuestra Suprema Corte de Justicia, aún cuando se pruebe que el sujeto se hallaba, al realizar la conducta, en un estado de inconsciencia de sus actos, voluntariamente procurado, no se elimina la responsabilidad..." (124).

LA INIMPUTABILIDAD (Aspecto negativo).

Como la imputabilidad es un soporte básico y esencialísimo de la culpabilidad, sin aquélla no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito, luego la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva.

Como ya se mencionó en líneas anteriores, la imputabilidad es la calidad del sujeto referida al desarrollo y salud mentales; la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

Respecto de las causas de inimputabilidad, son admisibles tanto excluyentes de naturaleza legal, como las llamadas supra-legales.

(124) Fernando Castellanos Tena. *Idem.*, p.203.

Según Castellanos Tena: "...Las causas de inimputabilidad de naturaleza legal, son las siguientes: A) Estados de inconsciencia (permanentes y transitorios); B) El miedo grave; y C) La sordomudez..." (125).

Según nuestro Código de Justicia Militar y en relación a los estados de inconsciencia, en su artículo 119 al referirse a las circunstancias excluyentes de responsabilidad nos dice: "...Artículo 119.- Son excluyentes: 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-infeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio..." (126).

El miedo grave como causa de inimputabilidad, en nuestro Derecho Militar no es operable, sin embargo la fracción VI del artículo 15 del Código Penal establece como excluyente de responsabilidad: "...obrar en virtud de miedo grave o temor fundado o irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente..." (127).

El miedo grave obedece a procesos causales psicológicos, mientras el temor encuentra su origen en procesos materiales. El miedo se engendra en la imaginación.

"...Octavio Vejar Vázquez refiere Castellanos Tena: nos dice que ya se sabe que el miedo difiere del temor en cuanto se engendra como causa interna, y el temor obedece a causas externas. El miedo va de dentro para afuera y el temor de afuera para adentro.

Debemos agregar que es posible la existencia del temor sin el miedo; es dable temer a un adversario sin tener miedo del mismo. En el temor, el proceso de reacción

(125) Fernando Castellanos Tena. *Ibid.*, p.205.

(126) Código de Justicia Militar. *Op. cit.*, p.48.

(127) Código Penal *Op. cit.*, p.12.

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...” (128).

Las otras causas de inimputabilidad de naturaleza legal, que son el miedo grave y la sordomudez, considero que tampoco caben en el delito en estudio, toda vez que la primera se elimina dado el entrenamiento y la forma de vida, que el que hacer cotidiano del militar propicia. Por lo que hace a la sordomudez, no se da en nuestro medio militar ya que las personas que tienen ese padecimiento son rechazadas desde el inicio de sus trámites para causar alta en filas; y si esa situación sobreviniere en elementos encuadrados, en todo caso lo que procedería es darles el tratamiento adecuado para su pronta recuperación ya que el servicio de las armas no espera; o de plano se les solicita su baja por inutilidad, proporcionándoles su compensación o pensión, según corresponda.

4.9 LA CULPABILIDAD.

Como ya ha quedado acentado en líneas anteriores, la imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto para entender en el campo penal. Expuesto lo anterior, ahora toca el análisis del elemento “Culpabilidad”, también importantísimo para la configuración del delito.

Siguiendo un proceso de referencia lógica, nos refiere el maestro Castellanos Tena: “...Una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable.

Por otra parte, se considera culpable la conducta, según Cuello Calón; cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle

(128) Fernando Castellanos Tena. *Ibid.*, p.213.

jurídicamente reprochada...” (129).

“...Al llegar a la culpabilidad dice Jiménez de Asúa, es donde el interprete ha de extremar la finura de sus armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso de la subsunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró. Para el mismo maestro, en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica...” (130).

Siguiendo con el análisis de éste elemento del delito, notamos que existen diversas teorías las cuales ocupan el campo sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad; estas teorías son las siguientes:

A) El Psicologismo;

B) El Normativismo; y

C) El Finalismo.

A) El Psicologismo o teoría psicológica causalista; para ésta concepción, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuricidad, ya supuesta; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual volitivo desarrollado por el autor. El estudio de la culpabilidad requiere el análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cual ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso. Esta teoría causal considera al injusto penal desde un punto de vista puramente objetivo. Sólo les interesa a los afiliados a ésta teoría, la materialidad del hecho; no les importa el porque se cometió el delito.

Al respecto nos dice Castellanos Tena: “...lo cierto es que la culpabilidad

(129) Fernando Castellanos Tena. Op. cit., p.209.

(130) Fernando Castellanos Tena. Idem., p.213.

con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo el cual indica la suma de dos querer; de la conducta y el resultado, y otro intelectual, el cual contiene el conocimiento de la antijuricidad de la conducta..." (131).

B) El Normativismo; para ésta doctrina el ser culpable lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta distinta a la realizada. 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 lo mandado. Los normativistas consideran que la conducta y la antijuricidad tienen elementos de carácter puramente objetivos. La tipicidad tiene elementos objetivos y subjetivos, y la culpabilidad cuenta con elementos de carácter subjetivo en sus especies de dolo y culpa.

En relación a ésta teoría nos dice Castellanos Tena: "...REINHART MAURACH, jurista alemán contemporáneo, citando a FRANK, fundador de la teoría normativa, expresa que culpabilidad es reprochabilidad del injusto típico. Este juicio normativo, está justificado en la misma medida, tanto frente al agente doloso, como frente al que actúa por imprudencia; en el primero caso, alcanza al autor el reproche de haberse alzado conscientemente contra los mandatos del Derecho; en el último se le hace patente que, por descuido (negligencia), ha infringido las exigencias impuestas por la vida social..." (132).

C) El Finalismo. En ésta teoría lo fundamental de la culpabilidad ya no es ni el dolo, ni la culpa, cuya naturaleza corresponde a la acción y por ende, al tipo: "...la reprochabilidad nacida no nada más del objetivo buscado por el autor, sino también por los medios empleados y las consecuencias secundarias vinculadas con el empleo

(131) Juana Leyva Montes. *Op. cit.*, p.115.

(132) Fernando Castellanos Tena. *Op. cit.*, p.216.

de los medios..." (133).

Para la teoría finalista cuyos máximos exponentes son, Hans Welzel y Alexander Graf Zu Donha, la conducta es definida como un hacer o dejar de hacer, o hacer voluntario final; la tipicidad como la adecuación de la conducta al tipo penal objetivo y subjetivo en sus especies de dolo y culpa; a la antijuricidad como todo aquello que va en contra del orden jurídico; y a la culpabilidad como el juicio de reproche que se le hace al sujeto por el injusto penal cometido.

Así concluimos que para los psicólogos, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; en el Normativismo, es el juicio de reproche a una motivación del sujeto, y para el finalismo el juicio de reproche, por el fin de autor, por los medios que emplea para ello y las consecuencias secundarias de la acción por el empleo de los medios.

Por otra parte aparece también la preterintencionalidad como una forma o especie más de culpabilidad, si el resultado delictuoso sobrepasa a la intención del sujeto.

Existen grandes diferencias tanto en el dolo como en la culpa, cuando el agente conociendo la significación de su conducta procede a realizarla. En el dolo por ejemplo, el agente siempre conoce el significado de su conducta y la realiza; en la culpa, además de que el agente está consciente, también prevé y ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurrirá el resultado; tanto en la forma dolosa como en la culposa, el comportamiento del sujeto se traduce en desprecio del orden jurídico.

En resumen, cuando no se desea un resultado, pero surge por la actuación descuidada o imprudente del agente, hay culpa; y cuando el actuar consciente y voluntario, se dirige a la producción de un resultado, típico, antijurídico; se está hablando de la presencia del dolo.

El dolo contiene dos elementos, uno ético el cual está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber, y otro volitivo o psicológico el cual consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico.

Ahora bien, según el maestro Castellanos Tena, existen diversas especies de dolo, y nos dice: "...cada tratadista establece su propia clasificación de las especies dolosas. Así, se habla en la doctrina de dolo indirecto, dolo directo, simplemente indirecto, eventual, indeterminado, alternativo, genérico, específico, calificado, etcétera..." (134).

"...El dolo directo es aquel en que el sujeto representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer en el resultado. Según Cuello Calón el dolo directo se da cuando el resultado corresponde a la intensión del agente.

El dolo eventual (confundido por algunos con el indeterminado), existe cuando el agente se presenta como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias; hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere directamente, pero tampoco se dejó de querer, e menosprecia que en última instancia equivale a aceptarlo..." (135).

Para efectos de la culpa, se precisa entre otros requisitos, que haya sido determinada por una intensión (dolo), o por un olvido del mínimo de disciplina social impuesto por la vida gregaria (culpa). En la ausencia del dolo o culpa, no hay culpabilidad y sin ésta el delito no se integra.

En relación con lo anterior, Castellanos Tena refiere lo siguiente: "... existe

(134) Fernando Castellanos Tena. Op. cit., p.220.

(135) Fernando Castellanos Tena Ibid., p.221.

culpa cuando se obra sin intensión y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

Actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever..." (136).

Consecuentemente se tiene que la naturaleza de la culpa está en el obrar negligente, imperito, irreflexivo y sin cuidado; es decir, cuando se realiza una conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero este surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones exigidas.

Acontinuación, mencionaré los elementos de la culpa: "...Por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito, ella constituirá el primer elemento; es decir, un actuar voluntario (positivo o negativo); en segundo término, que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por la ley; tercero, los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente; por último, precisa una relación de causalidad entre el hacer y el no hacer iniciales, y el resultado no querido, (si el resultado es querido o aceptado, sea directo, indirecto, indeterminado o eventual, se estará en el caso de la imputación dolosa..." (137).

Es pues la culpa, una conducta en donde no se prevé lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia penal tipificada.

Ahora haremos mención del Caso Fortuito, el cual encuentra su reglamentación en la fracción X del artículo 15 del Código Penal vigente: "...Es circunstancia excluyente de responsabilidad...Causar un daño por mero accidente, sin intensión ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas..." (138).

(136) Fernando Castellanos Tena. *Idem.*, p.221.

(137) Fernando Castellanos Tena. *Ibid.*, p.226.

(138) Código Penal. *Op. cit.*, p.12.

En el Caso Fortuito la conducta nada tiene de culpable, en virtud de no ser previsible el resultado. El estado no puede exigir la previsión de lo humanamente imprevisible.

En el Caso Fortuito el resultado adviene por el concurso de dos energías diversas: la conducta del agente (por hipótesis precavida) y una fuerza a él extraña. De una parte de ese actuar voluntario y de otra, una concausa que se une a la conducta; de esa amalgama surge el evento. En consecuencia, el caso fortuito queda fuera de la culpabilidad; si una conducta es cautelosa y absolutamente lícita, pero se une a ella una concausa extraña y por ello se produce el resultado coincidente con las descripciones legales del delito, no puede atribuírsele al sujeto porque no lo quiso, no omitió deber alguno de cuidado o diligencia.

Mientras en la culpa inconsciente no se prevé el resultado posible, en el caso fortuito jamás puede preverse por ser imprevisible; es decir, tanto en la culpa inconsciente como en el caso fortuito hay ausencia de previsión del resultado; pero mientras en aquella pueden preverse por existir esa posibilidad; en el caso fortuito el sujeto no tiene el deber de prever lo humanamente imprevisible.

LA INCULPABILIDAD (Aspecto negativo).

Tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, si producen en el sujeto activo un desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuricidad de su conducta. La inculpabilidad es la ausencia de la culpabilidad; la inculpabilidad opera por hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad; conocimiento y voluntad.

"...Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si al delito lo integra un todo, sólo existirá

mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su ausencia. Así, la tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuricidad a la oposición objetiva al Derecho de una conducta coincidente con un tipo penal; y la culpabilidad (como aspecto subjetivo del hecho), presupone ya una valoración de antijuricidad de la conducta típica. Pero al hablar de la inculpabilidad se hace referencia a la eliminación de éste elemento del delito; supuesto de una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable..." (139).

Para que un sujeto sea culpable, según se ha dicho, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad; por lo tanto, la culpabilidad debe referirse a esos elementos; intelectual y volitivo. Toda causa eliminatoria de alguno de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad.

En estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían el error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual), la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo). Algo se anula o no puede integrarse, al faltar uno o más de sus elementos constitutivos.

El error y la ignorancia, según Castellanos Tena: "...es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognociente y el objeto conocido, tal y como éste es en la realidad. Según los escolásticos, VERITAS EST ADAEQUATIO INTELLECTUS EL REI (La verdad es la adecuación entre lo que es una cosa y nuestra mente). El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente. Tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad; mientras en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia no 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 se divide en error de hecho y de derecho. El error de hecho se clasifica

(139) Fernando Castellanos Tena. Op. cit., p.231.

en esencial y accidental; el accidental abarca: ABERRATIO ICTUS, ABERRATIO IN PERSONA y ABERRATIO DELICTI.

El error de derecho no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley, no justifica ni autoriza su violación. La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha.

El error esencial de hecho para tener efectos de eximente, debe ser invencible de lo contrario deja subsistente la culpa; en concreto, en el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuricidad de su conducta y por ello, constituye el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo...⁹ (140).

LA OBEDIENCIA JERARQUICA.

A este respecto, cabe mencionar que aún se sigue discutiendo la verdadera naturaleza jurídica de la eximente por obediencia jerárquica y en ella se distinguen diversas situaciones:

I.- Si el subordinado tiene poder de inspección sobre la orden superior y conoce la ilicitud de ésta; su actuación es delictuosa por ser el inferior, al igual que su superior, súbdito de cumplir el mandato en acatamiento de la ley; norma de mayor categoría que el acto de voluntad de quien manda.

II.- Si el inferior posee el poder de inspección, pero desconoce la ilicitud del mandato y ese desconocimiento es esencial e insuperable, invencible; se configura una inculpabilidad en virtud de un error esencial de hecho.

III.- Si el inferior, conociendo la ilicitud del mandato y pudiendo rehusar a

(140) Fernando Castellanos Tena. *Op. cit.*, p.233.

obedecerlo, no lo hace ante la amenaza de sufrir graves consecuencias, se integra una inculpabilidad en vista de la coacción sobre el elemento volitivo y emocional.

IV.- Cuando el subordinado carece del poder de inspección y legalmente tiene el deber de obedecer, surge la única hipótesis de la obediencia jerárquica, constitutiva de una verdadera causa de justificación y no de una exigibilidad de otra conducta, como algunos incorrectamente suponen; el Derecho (en esas condiciones), está más interesado en la ciega obediencia del inferior, que en la excepcional posibilidad de que el superior ordene algo delictuoso. Esto sucede lo mismo si el subordinado conoce o desconoce la ilicitud, pues el Estado impone al inferior como un deber cumplir las ordenes superiores, sin ser relevante su criterio personal sobre la licitud o ilicitud de la conducta ordenada. Así sucede con los miembros del Ejército, en donde importa más la disciplina con independencia de los delitos que eventualmente resulten. En el instituto armado, el Estado, la propia sociedad, esperan incondicional obediencia jerárquica de los miembros del mismo.

Si en estos casos el inferior actúa cumpliendo una obligación legal, si integra una causa de justificación y no hay delito por estar ausente la antijuricidad. (La justificante por obediencia jerárquica se equipara a la del cumplimiento de un deber).

En contra se dice que la antijuricidad valora la conducta en su aspecto puramente externo, objetivo, y el mismo acto no puede ser jurídico para quien obedece y antijurídico para el que manda. Lo objetivo debe apreciarse en el hecho, comprensivo de la conducta y también del resultado.

De todos modos el Reglamento General de Deberes Militares, en su Título I, Artículo 4º, relativo a la disciplina, establece que: "...queda prohibido a los militares, cualquiera que sea su jerarquía dar ordenes que sean contrarias a las leyes y reglamentos, que lastimen la dignidad y decoro de sus inferiores o que constituyan un delito. En este último caso el superior que las da y el inferior que las ejecuta, serán

culpables conforme al Código de Justicia Militar..." (141).

En relación a la culpabilidad en el delito a estudio, el Código de Justicia Militar, no ofrece una descripción de la misma en forma exacta, sin embargo en sus artículos 101 y 102 en el capítulo de Clasificación de los Delitos dice lo siguiente:

"...Artículo 101.- Los delitos del orden militar pueden ser:

I.- Intencionales;

II.- No intencionales o de imprudencia.

Es intencional el que se comete con el ánimo de causar daño o de violar la ley. Es de imprudencia el que se comete por imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado, y que causa igual daño que un delito intencional.

Artículo 102 - La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no quedará destruida, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

I.- Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general la intención de causar daño;

II.- Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho comisivo en que consistió el delito, o si el inculpado previó o pudo prever esa consecuencia, por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes, o si se resolvió a violar la ley, cualquiera que fuese su resultado;

III.- Que ignoraba la ley;

(141) Reglamento General de Deberes Militares. Torno IV...p.7.

IV.- Que creía que ésta era justa o moralmente lícito violarla;

V.- Que creía legítimo el fin que se propuso;

VI.- Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito; y

VII.- Que obró con consentimiento del ofendido salvo el caso en que el perdón o el consentimiento extinguen la acción penal...⁷ (142).

Por lo antes expuesto y en relación a la culpa, se concluye diciendo que en estos dos preceptos del Código de Justicia Militar, se incluye todo lo visto, ya que de acuerdo a éste último precepto, la presunción de que el delito objetivo de este estudio, es intencional, no queda destruido, aún cuando el acusado pruebe alguna de las circunstancias mencionadas en dicho artículo, a menos que surja una causa que excluya la culpabilidad.

En relación a la culpabilidad (Ausencia de conducta), opera al hallarse ausentes los elementos de la culpabilidad, es decir, que se hallen desaparecidos en el conocimiento y la voluntad.

Comúnmente, la gran mayoría de los individuos pertenecientes al Instituto Armado que incurren en la comisión del delito de deserción son elementos de tropa, y lo hacen debido a la ignorancia de las leyes y reglamentos a que deben sujetarse por el hecho de ser militares.

4.10. LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Existen diversas opiniones encaminadas a decir si la punibilidad es o no, parte

(142) Código de Justicia Militar. *Op. cit.*, p.42.

integrante del delito. Entre otras tenemos las de Raúl Carranca y Trujillo, quien al hablar de las excusas absolutorias afirma que tales causas, dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluye sólo a la pena. De esto se infiere que para él, la punibilidad no es elemento esencial del delito; si faltan (las excusas absolutorias forman el aspecto negativo), el delito permanece inalterable.

Por otra parte tenemos la opinión del maestro Ignacio Villalobos; para quien la pena es la reacción de la sociedad, o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo, por esto, acostumbramos a los conceptos arraigados sobre la justicia retributiva, suena lógico decir: el delito es punible; pero ni esto significa que la punibilidad forme parte del delito, como no es parte de la enfermedad el uso de determinada medicina, ni el delito dejaría de serlo si se cambiaran los medio de defensa de la sociedad.

Las condiciones objetivas de penalidad tampoco son elementos esenciales del delito. Si las contiene la descripción legal, se trata de caracteres o partes integrantes del tipo, si faltan en él, entonces constituirían meros requisitos ocasionales, y por ende, accesorios fortuitos. Basta la existencia de un sólo delito sin estas condiciones, para demostrar que no son elementos de su esencia.

Muy raros delitos tienen penalidad condicionada. Por otra parte aún no esta delimitada con claridad en la doctrina, la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibilidad; frecuentemente se les confunde con los requisitos de procedibilidad, como la querrela de parte en los llamados delitos privados; o bien, con el desafuero previo en determinados casos. Urge una correcta sistematización de ellas para que queden firmes sus alcances y naturaleza jurídica. Generalmente son definidas como aquéllas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación.

Para Guillermo Sánchez Colín, refiere Castellanos Tena: "...existe identidad entre las cuestiones prejudiciales y las condiciones objetivas de punibilidad,

así como los requisitos de procedibilidad; concluye diciendo que quienes hablan de condiciones objetivas de punibilidad lo hacen desde el punto de vista general del Derecho Penal, y los que aluden a cuestiones prejudiciales enfocan el problema desde un punto de vista procesal..." (143).

Un acto es punible porque es delito, pero no es delito por ser punible. En cambio, sí es rigurosamente cierto que el acto es delito por antijuricidad típica y por ejecutarse culpablemente.

Después de profundas investigaciones, Celestino Porte Petit, según nos dice Castellanos Tena: "...decididamente se pronuncia por negar a la punibilidad el rango que antaño le concediera: "cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que ésta no es un elemento sino una consecuencia del delito..." (144).

4.11. LA PUNIBILIDAD.

Según Castellanos Tena: "...la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción.

También se utiliza la palabra punibilidad, con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de una conducta, cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces una amenaza

(143) Fernando Castellanos Tena. *Op. Cit.*, p.248.

(144) Fernando Castellanos Tena. *Ibid.*, p.256.

estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio del Jus Puniendi); igualmente se entiende de dicha conminación, es decir, la acción específica de imponer a los delincuentes a priori, las penas conducentes.

En resumen, punibilidad es: A) Merecimiento de penas; B) Amenaza estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y C) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

Dice Porte Petit, para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sintetizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo..." (145).

El Código Penal en su artículo 7 define al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales; exige explícitamente la pena legal y no vale decir que sólo alude a la garantía penal "Nulla Poena Sine Lege". Tampoco vale negar a la penalidad el rango de carácter del delito con base en la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esa clase, es típica, antijurídica y culpable y, por tanto constitutiva del delito y no es penada por consideraciones especiales. Sin embargo cualquiera que sea la excusa absolutoria, obviamente, respecto de nuestra legislación imposibilita la aplicación de una pena, de suerte que la conducta por el beneficiario de ella, en cuanto no es punible, no encaja en la definición de delito contenida en el artículo 7 del Código Penal.

Además se puede agregar: en el caso de las excusas absolutorias, se sanciona a los coautores en virtud de su participación en un delito; ello confirma que puede existir éste sin la punibilidad. Al amparado por la excusa no se le aplica la pena, pero sí a quienes intervienen en alguna forma en la realización del acto, y esto es así, necesariamente, porque cooperan en el delito; de lo contrario sería imposible

(145) Celestino Porte Petit. *Op. cit.*, p.246.

sancionarlos.

AUSENCIA DE PUNIBILIDAD (Aspecto negativo).

En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena, y esto constituye el aspecto negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absoluta, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición.

Algunas especies de excusas absolutorias son:

A) Excusas en razón de la conservación del núcleo familiar, fundada en la no exigibilidad de otra conducta;

B) Excusa en razón de la misma temibilidad;

C) Excusa en razón de la maternidad consciente; y

D) Otras excusas por inexigibilidad.

Igual fundamento opera para las excusas contenidas en los artículos 280 fracción II y 151 del Código Penal del Distrito Federal. La primera alude a la exención de pena a determinados parientes de un homicida, si lo ocultan, o sin la debida licencia sepultan el cadáver del occiso. El otro precepto, excusa a ciertos familiares de un detenido, procesado o condenado cuando favorezca su evasión, excepto si

proporciona la fuga mediante violencia en las personas fuerza en las cosas. Otro caso de inexigibilidad, de donde surge una excusa absolutoria, se halla en la fracción I del artículo 427 del mismo ordenamiento legal; se refiere a la falsa declaración de un acusado. La propia Constitución protege al inculpado con una rica gama de garantías por ende, el Estado, en el caso de la excusa mencionada, no está en condiciones de exigir u obrar diferente.

Por otra parte el Código de Justicia Militar en su artículo 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..." (146).

También el referido Código de Justicia Militar en el artículo 121, dice lo siguiente: "...Para determinar estas circunstancias se tendrá en cuenta: I.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido; II.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del acusado y los motivos que lo impulsaron o determinaron 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, de amistad, o nacidos de otras relaciones sociales; la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión; y IV.- La actitud del acusado con posterioridad a la comisión del delito y especialmente las facilidades que éste proporcione para la averiguación de la verdad..." (147).

4.12. LA VIDA DEL DELITO DE DESERCIÓN.

El delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea o tentación en la mente hasta su terminación; tiene un sendero o ruta desde su iniciación hasta su total conclusión.

(146) Código de Justicia Militar. *Op. cit.*, p.50.

(147) Código de Justicia Militar. *Ibid.*, p.51.

A este proceso se la llama "Iter Criminis", es decir, el camino del crimen.

Los delitos culposos no pasan por estas etapas, se caracterizan porque en ellos la voluntad no se dirige a la producción del hecho típico penal, sino solamente a la realización de la conducta inicial.

La vida del delito culposo surge cuando el sujeto descuida, en su actuación, las cautelas o precauciones que debe poner en juego para evitar la alteración o la lesión del orden jurídico. En consecuencia, el delito culposo comienza a vivir con la ejecución misma, pero no puede quedar en grado de tentativa, porque requerir ésta de la realización de actos voluntariamente encaminados al delito.

A la trayectoria desplazada por el delito desde su iniciación hasta que está a punto de exteriorizarse se le llama FASE INTERNA y comprende:

A) La idea criminosa o ideación. En la mente humana aparece la tentación de delinquir, que puede ser acogida o desairada por el sujeto.

B) Deliberación; consiste en la meditación sobre la idea criminosa, en una ponderación entre el pro y el contra, hay una lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias.

C) Resolución. A esta etapa corresponde la intensión y la voluntad de delinquir; el sujeto después de pensar lo que va a hacer, decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al exterior, solamente existe como propósito en la mente.

El problema de la incriminación de las ideas, nos refiere el maestro Fernando Castellanos Tena: "...En frase que se ha hecho célebre decía Ulpiano: "Cogitationis Poena Nemo Patitur", y Rossi, el ilustre clásico afirmaba: "El pensamiento es libre, escapa a la acción material del hombre; podrá ser criminal, pero no podrá ser

encadenado..." (148).

La incriminación de las ideas equivaldría a una radical invasión al campo propio de la moral, desentendiéndose entonces el Derecho de su misión especialísima y esencial a saber; armonizar las relaciones puramente externas de los hombres con miras a la convivencia y a la corporación indispensable en la vida gregaria.

FASE EXTERNA. Comprende desde el instante en que el delito se hace manifiesto y termina con la consumación. La fase externa abarca a la manifestación, en la cual, la idea criminosa aflora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existen sólo en la mente del sujeto. La manifestación no es incriminable, por excepción, existen figuras de delitos cuyo tipo se agota con la sola manifestación ideológica.

En el delito objeto del presente estudio, la sola manifestación ideológica no es criminable, se requiere que el sujeto activo realice la acción de abandonar para que se configure la tipo delictivo.

4.13. LA CONSUMACION.

Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal.

Al cometerse el ilícito penal, nace y se instituye una verdadera relación jurídica entre el Estado y el delincuente, porque aquél está investido de facultades legales para procurar el castigo del infractor. Cuando aparece el delito surge de parte del Estado el derecho de aplicar la ley a su autor. Corresponde al Estado en representación de la sociedad, el derecho de aplicar la ley penal; fines que únicamente se obtienen al

(148) Fernando Castellanos Tena. *Op. cit.*, p.267.

establecerse, primeramente la relación jurídico-material del Derecho Penal, y después una consecuencia de ésta, la relación jurídico-procesal, siempre condicionada al ejercicio de la acción penal por el Representante Social.

El Representante Social es pues el Ministerio Público, facultado para la persecución de los delitos, junto con la policía judicial que está situada dentro de su esfera de autoridad y mando, al reunirse los presupuestos generales, o sea las condiciones mínimas legales, formando esto el principio de legalidad (Artículo 16 Constitucional).

De lo antes expuesto se desprende que el ejercicio de la acción penal es obligatoria para el Ministerio Público como órgano encargado de ejercitarla, cuando éste a su juicio crea que se han reunido las condiciones mínimas señaladas.

En relación al cuerpo del delito y su comprobación, y partiendo de la definición que del mismo se da, el diccionario para juristas de JUAN PALOMAR DE MIGUEL nos dice: "...es cosa en que, o con que se ha cometido el delito, o en la cual existen las señales del mismo y también la existencia, la realidad en la comisión del delito..." (149).

En relación al ilícito que estudiamos como todos los delitos del orden militar son perseguidos de oficio, pues atendiendo a la forma de su persecución los delitos se clasifican en privados o de querrela necesaria u oficio. Estos últimos son todos aquellos en los que la autoridad está obligada a actuar por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad del ofendido.

Asimismo el Código de Justicia Militar en el artículo 453 dice lo siguiente: "...La base del procedimiento criminal es la comprobación de la existencia de un delito o de una omisión reputados por la ley como delito; sin ella no puede haber procedimiento ulterior..." (150).

(149) Juan Palomar de Miguel. Diccionario para Juristas. Ediciones Mayo. 1a. Edición. México. 1981

(150) Código de Justicia Militar. *Op. cit.*, p.145.

Así se puede apreciar que en materia penal militar y en relación al delito en estudio, como en todos los delitos militares, el único encargado del ejercicio de la acción penal es el Ministerio Público (Militar); mismo que al recibir la denuncia o querrela está obligado a ejercitarla al reunir los elementos necesarios de un delito determinado, con el afán de fundar una orden de detención y hasta donde sus posibilidades le permitan, reunir la comprobación del cuerpo del delito y al tener todo esto, formular el pedimento correspondiente solicitando la aprehensión de los culpables si no hubieren sido detenidos en flagrante delito.

Los elementos de referencia son:

Que un hecho u omisión se encuentre previsto en el Código de Justicia Militar como delito;

Que tal hecho haya sido ejecutado por un militar en servicio activo y que quebrante la disciplina del Ejército; y

Que el hecho u omisión sea puesto en conocimiento del Ministerio Público Militar por denuncia o querrela.

El Ministerio Público al reunir estos elementos necesarios, como es el caso del delito en estudio, podrá pedir la incoación del procedimiento por conducto de los respectivos Comandantes de las Zonas y Guarniciones Militares, con base en las denuncias o querrelas formuladas y las averiguaciones realizadas por el Representante Social. Por otra parte los artículos 47 y 49 del mismo ordenamiento legal disponen que la policía judicial se compondrá de los Agentes del Ministerio Público, de un cuerpo permanente y de los militares que en virtud de su cargo o comisión, desempeñen accidentalmente las funciones de policía judicial; siendo estos los Jefes y Oficiales del Servicio de Vigilancia, los Capitanes de Cuartel y Oficiales de Día, Comandantes de Guardia, de Armas, Partida o Destacamento.

En relación al delito en estudio y por lo que hace a la actuación del Ministerio Público y Policía Judicial Militares, vemos que; una vez recibida la denuncia o querrela se abocan al esclarecimiento de los hechos o de aquello que les fue presentado como probable comisión de un delito, y a la determinación de quien pudo haber sido el autor del hecho, para estar en condiciones de ejercitar la acción penal, esa pretensión punitiva en nombre del Estado, para que se aplique la ley a aquel que con su conducta provocó un desequilibrio, en este caso del orden militar; atentó contra la disciplina, base fundamental de la vida en el Instituto Armado.

Al respecto el artículo 36 del Código de Justicia Militar nos señala que el Ministerio Público es el único capacitado para ejercitar la acción penal, y no podrá retirarla o desistirse de ella, sino cuando lo estime procedente o por orden firmada por el Secretario de Guerra y Marina o por quien en su ausencia lo sustituya, orden que podrá darse cuando así lo demande el interés social, oyendo previamente, el parecer del Procurador General de Justicia Militar.

Asimismo, el Ministerio Público en caso de extremada urgencia cuando no hay autoridad judicial militar en el lugar donde se cometió el delito, y por la hora o por la distancia en donde radique dicha autoridad y existan temores de que el violador de la ley pueda sustraerse a la acción de la justicia; podrá solicitar de la autoridad civil de dicho sitio, la inmediata aprehensión del probable responsable poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad competente, formulando la acusación correspondiente.

El ejercicio de la acción penal hará factible el surgimiento de la relación procesal, iniciándose un conjunto de relaciones de orden formal en los que intervendrá el Ministerio Público, el Juez, el acusado, la defensa y el particular ofendido por el delito, estando íntimamente ligados por un vínculo o nexo jurídico, de tal manera que los actos uno originaran a su vez, los actos de otros, pero siempre regidos en todo por la ley, y aún en forma secundaria, la policía, los testigos, etcétera.

En el delito a estudio, el soldado consuma la deserción en el momento en que se separa del servicio militar, o si no se presenta a recibir un servicio nombrado y su ausencia rebasa el término establecido por la ley para su presentación, colocándose como probable responsable del delito de deserción y de los que resulten, como podría ser si se llevara el arma que tenía de cargo, cartuchos, forniture, o bien que haya ejecutado este delito violentamente, etcétera. Al efecto se levanta el acta de policía judicial militar correspondiente de conformidad con los artículos 47 y 49 del ordenamiento legal antes mencionado; se turna al Agente del Ministerio Público Militar de la Zona respectiva y si a juicio de éste existen los elementos necesarios, con el pedimento de incoación respectivo, ejercerá la acción penal ante el juzgado de la jurisdicción ya sea con reo presente o no; iniciándose el proceso con la Averiguación Previa.

En relación al procedimiento penal militar, al igual que los otros procedimientos en nuestro país, se desarrolla en periodos bien definidos en acatamiento a la Constitución Política (Artículos 19 y 21). Artículo 19. "...Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con auto de formal prisión en el que se expresará: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el Auto de Formal Prisión, Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente...".

El juicio, puede apreciarse como parte propia de un proceso, se ve reducido a la vista o audiencia ante el Organismo Jurisdiccional de decisión, misma que puede o no llevarse a cabo.

Es aquí durante el juicio, que el Ministerio Público formula sus conclusiones, la defensa formula las propias y ambas definen y profesan sus propios puntos de vista, los que vuelven objeto del debate.

El desarrollo de la audiencia de vista (juicio) dentro de las formalidades para su realización en los Tribunales llamados Consejos de Guerra, sus componentes deben estar presentes en la audiencia convocada en la fecha, debiendo estar presentes también el acusado, la defensa, el Juez, el Agente del Ministerio Público y el Secretario (estos últimos Licenciados en Derecho), a diferencia de los miembros del Consejo, que son quienes tendrán a su cargo el fallo de la causa.

Cabe hacer notar que desde la citación para la celebración de la audiencia ante el Consejo de Guerra, constituye uno de los más importantes momentos en el Procedimiento Penal Castrense, siendo su desarrollo público, oral y contradictorio, pues sus integrantes aunque concedores de la disciplina militar, desconocen la técnica jurídica y como se mencionó antes, son los que en votación secreta tienen a su cargo el fallo de la causa.

4.14. SU PRESCRIPCIÓN EN LA LEGISLACION VIGENTE.

La prescripción es un medio extintivo, tanto de la pena cuanto de la acción penal, que opera por el sólo transcurso del tiempo. El maestro Fernando Castellanos Tena nos refiere: "...el transcurso del tiempo tiene fundamentales consecuencias en el ordenamiento jurídico; mediante el pueden adquirirse o perderse derechos. En el ambiente penal, su influencia radica en la conveniencia política de mantener una persecución contra el autor de un delito a través de un lapso cuya duración determinan las leyes minuciosamente.

Con la prescripción, el Estado circunscribe su poder de castigar a límites

temporales, excedidos los cuales, considera inoperante mantener la situación creada por la violación legal, incurrida por el agente. La prescripción se puede operar con respecto a la acción, es decir, relativa a la persecución del judiciable; y con respecto a la pena, en cuanto se busca su efectiva ejecución.

Conviene tener presente que la prescripción hace desaparecer el derecho del Estado para perseguir o para ejecutar la pena, pero no elimina al delito, que queda subsistente, con todos sus elementos, pero sin la consecuencia final de la aplicación de la pena misma. El delito no se extingue; se esfuma en cambio la posibilidad de castigarlo..." (151).

"...El Código Penal para el Distrito Federal, nos dice al respecto: "...Por la prescripción se extingue la acción penal y las sanciones..." (152).

El Código de Justicia Militar al referirse a la extinción de la acción penal nos dice que es:

"...I.- Por muerte del acusado; II.- Por amnistía; III.- Por prescripción; y IV.- Por resolución judicial irrevocable..." (153).

El mismo ordenamiento jurídico en su artículo 187 nos dice: "...el acusado puede alegar en cualquier estado del proceso las excepciones enumeradas, y los jueces las suplirán de oficio tan luego como tengan conocimiento de ellas..." (154).

En relación a la prescripción de la acción penal en el citado Código Castrense, nos dice que los términos serán continuos y se contarán desde el día en que se cometió el delito, si fuere instantáneo y desde que cesó, si fuere continuo.

"...Artículo 190.- Las acciones penales prescribirán en los plazos siguientes: I.- En

(151) Fernando Castellanos Tena. Op. cit., p.305.

(152) Código Penal para el Distrito Federal. Op. cit., p.305.

(153) Código de Justicia Militar. Op. cit., p.69.

(154) Código de Justicia Militar. Idem., p.69.

un año si el término medio de la pena privativa de libertad fuere menor de ese tiempo o fuere la suspensión de empleo o comisión. II.- En tres años si el término medio del a pena de prisión fuere de un año o más, sin exceder de tres o si la acción naciere de delito que tenga señalad como única pena la destitución del empleo. III.- En un tiempo igual al del término medio de la pena si éste debiere exceder de tres años; y IV.- En quince años si la pena fuere la de muerte..." (155).

"...La prescripción de la acción penal se interrumpirá por las actuaciones judiciales en averiguación del delito, aunque no se practiquen las diligencias contra persona determinada; excepto en el caso en que haya trasncurrido la mitad del término necesario para la prescripción, pues entonces sólo se interrumpirá por la aprehensión..." (156).

Por su parte el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 101 nos dice: "...La prescripción es personal y para ella sólo bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley. Los plazos para la prescripción se duplicarán respecto de quienes se encuentren fuera del territorio nacional, si por esta circunstancia no es posible integrar una averiguación previa, concluir un proceso o ejecutar una sanción. La prescripción producirá su efecto, aunque no la alegue como excepción el acusado..." (157).

Cabe señalar que el multicitado Código de Justicia Militar no nos refiere para la prescripción, la tentativa, como lo hace el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 102 fracción II, al hablar de los plazos para la prescripción de la acción penal: "...A partir del día en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida, si el delito fuere en grado de tentativa..." (158).

También el citado Código de Justicia Militar al hablar de la extinción de la pena en su artículo 193 nos dice: "... por muerte del sentenciado, prescripción, amnistía o

(155) Código de Justicia Militar. *Ibid.*, p.89.

(156) Código de Justicia Militar. *Ibid.*, p.89.

(157) Código Penal para el Distrito Federal. *Op. cit.*, p.38.

(158) Código Penal para el Distrito Federal. *Ibid.*, p.39.

indulto. Esta causa debe hacerse valer de oficio..." (159).

"...La prescripción de una pena extingue el derecho de ejecutarla y de conmutarla. Los términos para la prescripción de las penas serán continuos y correrán desde el día siguiente en el que el sentenciado se sustraiga de la acción de la autoridad, si las penas son corporales, y si no lo son, desde la fecha de la sentencia ejecutoria.

Las penas prescribirán en los siguientes plazos: I- En quince años la de muerte y la de prisión extraordinaria; II.- En un término igual al de su duración, más una cuarta parte de las demás penas; y III.- En un tiempo igual al que falte de la condena, más una cuarta parte, cuando el reo hubiere cumplido parcialmente aquella. En ningún caso el término para la prescripción excederá de quince años.

La amnistía aprovecha a todos los responsables del delito, aún cuando ya estén ejecutoriamente condenados. A los que se hayan presos, se les pondrá desde luego en libertad. El indulto no puede concederse sino de pena impuesta por sentencia irrevocable...Se concederá indulto cualquiera que sea la pena impuesta y se otorgará la rehabilitación cuando aparezca que el condenado es inocente...Se podrá conceder el indulto, sin condición alguna de cualquier pena, cuando el condenado haya prestado servicios importantes a la Nación o cuando el Ejecutivo Federal juzgue que así lo exige la tranquilidad o la seguridad pública...Cuando se conceda el indulto de la pena de muerte, éste se conmutará por la prisión extraordinaria salvo el caso de indulto necesario en que debe relevarse de toda pena al condenado..." (160).

En relación a la prescripción de la acción penal y de la pena, en el delito que hemos venido analizando; vemos que los términos serán continuos y se contarán desde el día en que se cometió el ilícito, porque la desertión es uno de los delitos tipificados en el Código de Justicia Militar; así como el abandono de servicio o puesto militar.

(159) Código de Justicia Militar. *Op. cit.*, p.70.

(160) Código de Justicia Militar. *Ibid.*, p.71.

Con la satisfacción de haber puesto todo mi esfuerzo y dedicación, en el desarrollo del presente estudio, y con la idea de haber abarcado conceptos de vital importancia, concluyo dejando una puerta amplia para todos aquellos que deseen mejorar el presente trabajo y desarrollarlo hasta último término.

CONCLUSIONES

Al sintetizar el presente análisis en los puntos que mencionaré como conclusiones, deseo expresar que el progreso de la Ciencia Jurídica debe ser cada día mejor, y esa mejoría se debe reflejar en la Procuración, Defensa e Impartición de la Justicia; sobre todo dentro de las Instituciones Armadas de México.

CONCLUSIONES

1.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la Ley fundamental de la cual se desprenden los derechos públicos subjetivos del individuo frente al Estado; dichos derechos son conocidos como "Garantías Individuales", y de ella emanan las demás leyes de carácter secundario.

2.- La legislación castrense subsiste y debe substituir como base elemental de la disciplina dentro de las Fuerzas Armadas Mexicanas (Ejército, Fuerza Aérea y Armada).

3.- La deserción es uno de los delitos del orden militar que con más frecuencia se comete dentro de la Institución Armada; y con su comisión se origina el grave problema de mantener la disciplina, la cual en el medio militar, es la norma a la que todo militar debe sujetar su conducta, que tiene como base la obediencia y un alto concepto del honor, de la justicia y de la moral y que tiene como objeto el fiel y exacto cumplimiento de los deberes que prescriben las mismas leyes y reglamentos militares.

4.- Con el acto de la deserción se quebranta la disciplina militar y se pone en peligro la seguridad y eficacia del Instituto Armado; y con ella la del Estado.

5.- El Código de Justicia Militar, es el ordenamiento legal que tipifica la gran gama de delitos del orden militar, y que considera a la deserción como un delito grave, según las circunstancias en que se cometa.

6.- De acuerdo con la definición de disciplina y su valoración jurídica que tiene dada, se deben aplicar las penas impuestas por este delito, fijando para el efecto nuevos preceptos de derecho positivo, que sirvan para garantizar y defender tanto a la disciplina como al Ejército.

7.- Para no sobrepoblar las prisiones militares, se debe dar cumplimiento a lo establecido por el artículo 256 del Código de Justicia Militar, respecto de sentenciados por este delito; cumpliendo las penas impuestas, en el Cuartel o Buque que se consideren convenientes.

8.- El Fuero de Guerra, en sus orígenes, constituyó un verdadero privilegio, actualmente debe interpretarse como sinónimo de jurisdicción.

9.- Por la severidad que actualmente revisten las penas impuestas en el Fuero de Guerra, seguramente los militares prefieren ser llevados a los Tribunales Comunes, pero debe recordarse que el rasgo más típico que se le asigna al Derecho Punitivo Militar, es una mayor severidad que la que impera en el Derecho Común; oriunda de las exigencias de Obediencia y Disciplina.

10.- La realidad demuestra que muchos preceptos del Código de Justicia Militar, en la actualidad son obsoletos, por lo tanto se sugiere una nueva y estricta revisión del citado ordenamiento jurídico y se propongan sus respectivas reformas, las cuales deberán ser acordes con las necesidades de la población militar.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

- Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos.
Edit. Trillas.
México, 1992.

- Código Penal
Para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.
Edit. Porrúa S.A.
México, 1993.

- Ley Orgánica para el Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos.
Edit. E.M.A.D.E.N.
México, 1991.

- Ley Penal para Desertores.
Taller Autográfico de la S.D.N.
Edit. E.M.A.D.E.N.
México, 1983

- Reglamento General de Deberes Militares.
Edit. E.M.A.D.E.N.
México, 1991.

- Reglamento para la Organización y Funcionamiento de los Consejos de Honor en el Ejército y Armada.
Edit. E.M.A.D.E.N.
México, 1993.

- Reglamento para el Servicio Interior para los Cuerpos de Tropa.
Edit. E.M.A.D.E.N.
México, 1993.

- Ordenanza General para el Ejército de la República.
S.D.N. 1882. (Primer Código de Justicia Militar).
México,

- Procedimiento Sistemático de Operar.
Aspectos Militares
Edit. E.M.A.D.E.N.
México, 1993.

- Ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
Tomo XL.
México, 1967.

- Jurisprudencia de la H.
Suprema Corte de Justicia de la Nación.
Suplemento de 1934.
México, D.F.

- Memoria de Guerra y Marina.
Imprenta de I. Cumplido, Calle Hospital Real No. 3
México, 1883.

- Alberto Lozoya, Jorge.
"El Ejército de México".
Colegio de México, 1987.
México, D.F.

- Burgoa Origuella, Ignacio.
"Las Garantías Individuales".
8a. Edición.
México, D.F.

- Calderón Serrano, Ricardo.
"El Ejército y sus Tribunales".
Edit. LEX.
México, 1987.

- Carranca y Trujillo Raúl.
"Historia del Derecho Penal Mexicano".
Edit. Porrúa S.A.
México, 1989.

- Carranca y Trujillo, Raúl.
"Derecho Penitenciario, Cárcel y Penas en México".
Edit. Porrúa S.A.
México, 1984.

- Chavero, Alfredo.
"Historia Antigua y de la Conquista".
México a través de los siglos.
Tomo I.
México, 1983.

- Castellanos Tena, Fernando.
"Lineamientos Elementales de Derecho Penal".
(Parte General).
Edit. Porrúa S.A.
México, 1969.

- De Gusmao Chrysolito.
"El Derecho Penal Militar".
Edic. 1985.

- De Querol y De Duran Fernando.
"Principios de Derecho Penal Militar".
Traducción del Italiano por el C.Gral.Brig.J.M. y Lic.
FILIBERTO VARGAS VALENZUELA.
Edit. Naval.
México, 1981.

- Ihering, Rodolfo.
"El Espíritu del Derecho Romano".
4a. Edición
México, 1970.

- Kholer.
"El Derecho Penal Azteca, en Criminalía".
Tomo III.
México, 1973.

- Leyva Montes, Juana.
"Estudio Jurídico del Delito de Deserción".
México, 1990.

- Moreno, Daniel.
"Derecho Constitucional Mexicano".
2a. Edición.
Edit. PAX-MEXICO.
México, 1983.

- Palomar de Miguel, Juan.
"Diccionario para Juristas".
1a. Edición.
Edic. Mayo
México, 1981.

- Porte Petit, Celestino.
"Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal"
5a. Edición.
Edit. Porrúa S.A.
México, 1990.

- Saucedo López, Antonio.
"Reformas al Código de Justicia Militar".
Tesis para obtener Título de Lic. En Derecho.
México, 1968.

- Saucedo López, Aantonio.
"La Jurisdicción del Fuero de Guerra".
Del Cuerpo de Profesionistas.
1a. Edición.
México, 1978.

- Manzini, Vicente.
"Tratado de Derecho Penal Militar".
Traducción del Italiano por el C. Gral. Brig. J.M. y Lic.
FILIBERTO VARGAS VALENZUELA.
México, 1981.

- Vejar Vázquez, Octavio.
"La Autonomía del Derecho Militar".
Edt. S.D.N.
México, 1968.

- Weizel, Hans.
"La Teoría de la Acción Penal".
BUENOS AIRES 1951.