



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
ACATLAN

NATURALEZA JURIDICA DEL DELITO  
DE DESERCIÓN FRANCA EN TIEMPO  
DE PAZ

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JUAN MANUEL MARTINEZ CASTRO

M-0030066



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.

A MIS PADRES:

Sr. Manuel Martínez Rodriguez.

Con todo mi amor y respeto, --  
quien con su aliento me encau-  
so por el sendero del bien y -  
del trabajo.

Sra. Ma. de la Luz Castro de Martínez.

Dulce flor de ternura y de abnegación,  
a quien le debo todo lo que soy y lo -  
que seré. Este es el fruto de su es- -  
fuerzo y desvelos.

**A MIS HERMANOS:**

**Jose Manuel de Jesus  
Victor Manuel  
Sandra Luz  
Manuel Armando  
Luz Herendira  
Martin Manuel  
Manuel Cirabuen**

**Con quienes comparto mis tris-  
tezas y alegrías y que ahora -  
se ven conjugados en un triun-  
fo.**

A MI ADORABLE ESPOSA:

Ma. del Pilar Vitela de Martínez.

Que con su abnegación y sacrificio  
me alentó a la realización del pre  
sente trabajo.

A MIS HIJOS:

Juan Manuel

Manuel Juan Gabriel

Juan Manuel Alejandro.

Razón principal de mi superación.

AL MAESTRO:

Lic. Enrique Pareyon Salazar.  
Con sumo agradecimiento, por-  
que bajo su cuidado y direc-  
ción pude llevar a feliz tér-  
mino este trabajo.

AL DIRECTOR DE JUSTICIA NAVAL:

Capitan de Fragata J.N. y Lic.  
Fernando Augusto Perez Sanchez.  
Que con gusto nos brinda sus --  
conocimientos y experiencias.

AL SUBDIRECTOR DE JUSTICIA NAVAL:

Teniente de Navio J.N. y Lic.  
David Flores Villa.  
Quien con sus sabios consejos  
nos orienta en la vida profesional.

A TODOS LOS INTEGRANTES DE LA DIRECCION DE JUSTICIA NAVAL.





CAPITULO TERCERO

EL DELITO DE DESERCIÓN EN EL CODIGO DE JUSTICIA  
MILITAR VIGENTE.

- 1.- La Deserción de la Tropa.
  - a) Atenuantes.
  - b) Agravantes.
- 2.- Deserción de los Oficiales.
  - a) Comentario.
  - b) Atenuantes.
  - c) Agravantes.

CAPITULO CUARTO

NATURALEZA JURIDICA DE LA DESERCIÓN FRANCA.

- 1.- Deserción estando franco.
- 2.- Naturaleza Jurídica de la relación laboral (Contrato de Enganche)
  - a).- Servicio Militar Obligatorio.
  - b).- Servicio Militar Voluntario.
- 3.- Rescisión del Contrato de Enganche.
  - a).- Clausula 5a. Inciso b).
  - b).- Constitucionalidad.
  - c).- Protección al personal de las Fuerzas Armadas al Amparo de la Legislación - Laboral.
- 4.- Critica Jurídica de la Deserción Franca.

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

Siendo el tema central del presente el tratar de establecer: que el delito de desertión franca en tiempo de paz, mismo que se -- tipifica en el Código de Justicia Militar vigente, en su artículo - 255, del Capítulo IV correspondiente al Título Octavo, denominado - "Delitos contra la existencia y seguridad del Ejército". No tiene-- una aplicación adecuada, toda vez que lo que pretende realizar el - militar que se separa del servicio activo de las fuerzas armadas es la de rescindir su contrato de enganche, lo cual debe tramitarse -- administrativamente y no en la forma que se ha venido realizando -- que es la penal, ya que dicho individuo no lo hace con el animo de perjudicar la seguridad y existencia de las fuerzas armadas.

Como éste ilícito es aplicable tanto para el Ejército, Armada- y Fuerza Aérea Mexicana, enfocaremos nuestro análisis exclusivamen- te a la Armada de México, por las siguientes razones:

a).- Por la brevedad de éste trabajo.

b).- Por ser la Armada de México la Institución, a la que me-- honro en pertenecer y a la que quiero dedicar éste ensayo que he -- escogido para presentar a la consideración del H. Jurado examina--- dor.

El análisis de los Capítulos de que consta, está hecho sin el- ánimo e intención de hacer de él un tratado que abarque en toda su- magnitud teórica y práctica el tema, sino más bien, para señalar --

situaciones de hecho que se presentan y a las cuales aparentemente se da solución, sin contar en estricto rigor con la legislación adecuada que apoye tanto a los militares como trabajadores y a los - - directivos como patrones.

## CAPITULO PRIMERO

### ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE DESERCIÓN

1.- Derecho Español.

2.- Derecho Mexicano.

- a).- Ley Penal para Desertores de 1857.
- b) - Ordenanza General para el Ejército de la República Mexicana de 1882.
- c).- Código de Justicia Militar de 1892.
- d).- Código Militar de 1894.
- e).- Ley Penal para la Armada de la República Mexicana de 31 de agosto de 1897.
- f).- Código Militar de 1898.
- g).- Ley Penal Militar de 1901.

## ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE DESERCIÓN

### 1.- Derecho Español.

Antes de entrar al estudio del delito de deserción, es menester, examinar algunas de las distintas Legislaciones que en tiempos anteriores contemplaron tal ilícito, teniendo en cuenta que solamente se pretende analizar los antecedentes más inmediatos, este delito se encuentra contemplado actualmente en nuestro Código de Justicia Militar, y como es de todos conocido, gran parte de las normas que nos regulan tienen su antecedente en la Legislación Romana y Española y el Derecho Militar, no iba a resultar la excepción, de lo anterior desprendemos que es de suma importancia analizar dichas Legislaciones, como Fuentes de nuestro Derecho Militar y para una, mejor comprensión del presente trabajo.

Primeramente diremos que el origen de la palabra deserción es de el Latín "DESERERE", y que su significado es abandonar o desamparar.

En Roma se hallaba prevista la deserción. En los primeros tiempos, la pena de desertor solía ser la pérdida de grado o categoría en la milicia (gradus dijertio), el que no se reintegraba al culpable sino después de transcurrido un tiempo diez veces mayor en duración que la que hubiera tenido el de su punible ausencia o separación de la unidad o fuerza de su pertenencia; pena, como se ve, que afectaba al honor, pero que bastaba en épocas de fervor patriótico.

Más avanzados los tiempos del Imperio, aparece la distinción - entre la deserción al interior y al extranjero; las penas eran, según la gravedad y circunstancias del caso: cambio de Cuerpo (militiae mutatio), relegación, deportación o muerte. Si la deserción se consumaba al frente del enemigo, se estimó en toda época como uno de los más graves y deshonorosos delitos que podía cometer un militar, al que se quemaba vivo, se echaba a las fieras o era precipitado por la roca Tarpeya.

El concepto del Servicio Militar como obligación general de la ciudadanía que regía en los últimos tiempos romanos, se perdió al romperse la unidad del Imperio y surgir los diferentes Estados Bárbaros.

Por otra parte el Derecho Romano, distinguía entre el emasor y el desertor, según que hubiere voluntad de volver a las filas o no, y definían al emasor como a un individuo que regresaba al campamento después de estar ausente por mucho tiempo y al desertor como -- aquella persona que es reducida al campamento después de estar ausente por mucho tiempo. El emasor cometía un delito más leve que el desertor, como se ven en diversas páginas del Digesto. Los romanos comparaban al emasor con el esclavo vagabundo y al desertor con el esclavo fugitivo, pues el primero de los mencionados cometía un delito menos grave que el del segundo.

Aparte de la distinción que hacían los romanos entre la deser-

ción al interior y al extranjero, distinguían también a la deser---  
ción simple de la deserción, para incorporarse al enemigo, la que -  
se cometía frente a éste y la que se daba en complot. Siendo éstos-  
los principales tipos de deserción previstos por la Legislación Ro-  
mana.

En la deserción simple los romanos tenían en cuenta ciertas mo-  
dalidades como la deserción por ocasión del servicio abandonado, --  
por ejemplo: el puesto. En esta modalidad considerada por los roma-  
nos muy grave, no se podía verificar la emancipación, de modo que si el  
militar voluntariamente regresaba a las filas, a pesar de ello, era  
considerado como desertor.

Otra modalidad sobre la que los romanos legislaron era la de---  
serción estando la milicia en marcha.

La deserción para el enemigo era considerada como uno de los--  
delitos más graves; y su autor era condenado a ser quemado vivo, -  
lanzado de la roca Torpeya, ahorcado, arrojado a las fieras o le --  
eran cortados los pies y las manos.

Por último la deserción en complot, que se daba cuando diver--  
sos militares desertaban juntamente con un jefe. En esta modalidad-  
de deserción el recluta quedaba excluido, es decir, no era castiga-  
do salvo cuando caía en reincidencia.

España siempre se preocupó por legislar sobre el Derecho Mili-  
tar y una de sus principales preocupaciones fue el delito de deser-



ción. Así vemos que en la Real Ordenanza Española de 1701, se castigaba en forma severa la deserción, prescribiendo la pena de muerte para el militar que se apartara por más de media legua de su regimiento.

Posteriormente la Ordenanza de 1716 continuó estableciendo penas por demás severas a los desertores, en la inteligencia de que tal Ordenanza no tipificó en sí el delito de deserción, sino que dejó tal tipificación para los bandos del Ejército, los que en sentido amplio son un aviso o llamamiento de carácter general que se publica en forma solemne por una autoridad principalmente con referencia a las normas. Esta Ordenanza estableció una serie de disposiciones generales relativas al ilícito de deserción mismas que se refieren a las circunstancias en que podía cometerse este delito, prescribiendo penas que también se incluían para la inducción a cometer éste.

La legislación de la Armada con respecto al ilícito que venimos tratando era muy análogo a la aplicable a las fuerzas de tierra, aunque quizá más reigurosa. Las Ordenanzas de 1748, a las que hemos aludido ya, mandaban fueran pasados por las armas los que abandonasen su Compañía o Brigada, aunque fuera para tomar plaza en otras o emplearse de otro modo en el servicio sin la licencia debida; y también se consideraba como desertor y se condenaba a igual pena a todo individuo de las clases de marinería que se apartara del bejel,-

plaza o lugar en que tubiera su destino sin orden legítima o fuera aprehendido a distancia de más de dos leguas.

Constituyendo el mismo hecho, a saber la interrupción voluntaria del Servicio Militar, como sería el abandono de destino de un Oficial que la deserción de un individuo de las clases de tropa o marinería, pudiera preguntarse: ¿Para qué la duplicidad de nombres? ¿Por qué no ha de hablarse sencillamente de la Deserción de un Oficial?.

Sinceramente no estoy convencido de la identidad de los delitos de abandono de destino por Oficial y de deserción. El desertor es un soldado o marinero al que, en cumplimiento de un deber general de ciudadanía pero sin consultar su gusto, se le ha sacado de su ambiente, de su trabajo normal y de su comarca nativa; estando bien claro que lo que pretende al desertar, es romper con la vida de disciplina y sacrificio. Sin duda alguna que para su temple normal sólo se presenta como muy penosa, que se le obliga a llevar y para la que quizá no sienta afición alguna, siendo su propósito el de recobrar su libertad anterior.

El Oficial que abandona su destino o residencia podrá ser más responsable si se quiere, que el soldado o marinero en la realización de un acto que le pone en situación de incumplir conjuntamente todos sus más ineludibles deberes de honor; pero, al delinquir a buen seguro que no tenía un ánimo igual. A él la carrera de las-

armas no le ha sido impuesta, sino que la eligió libremente, con gran probabilidad no ha perdido su vocación profesional, de fijo, que no tiene motivos sentimentales ni de educación para hallarse -- descentrado dentro del ambiente castrense. Por otra parte y normalmente si, por la causa que sea, un Oficial desea variar la profesión y orientar en sentido nuevo su futura vida sabe que tiene un medio legal y asequible para conseguirlo, a virtud de la solicitud y obtención de la separación del servicio o del retiro si tiene derecho a él.

El soldado, movilizado por la recluta forzosa al desertar, busca simplemente eludir el cumplimiento del deber de prestar el servicio en las Fuerzas Armadas; mientras que el Oficial que abandona su destino no suele pensar en ello, sino que por seguir un capricho o pasión temporal, acaso mal aconsejados por un despecho o un rencor de momento, quizá vencida su voluntad claudicante por un vicio que les arrastra, pero generalmente sin propósito de dejar definitiva y permanentemente la que ha venido siendo su profesión y medio de vida, es por lo que habrán separado del lugar que les reclama el deber (1).

Prueba de que es posible que estas consideraciones hayan estado en la mente del legislador, es que en el Código de Justicia de -

---

(1) Fernando de Querol y de Durán, Principios de Derecho Militar Español, Tomo II, Tema XX, Cap. III.

1890 y en el penal de la Marina de 1888 se castigaba el abandono de destino con la pena única de pérdida de empleo, que llevaba anexa la baja y expulsión del servicio del respectivo Ejército.

## 2.- Derecho Mexicano.

### a).- Ley para desertores de 1857.

México a raíz de la conquista sufrida por España, fue regido por las leyes de España en todas las ramas del Derecho y más concretamente en el Derecho Militar, esta situación subsistió hasta la promulgación de las Leyes de Indias y por lo que respecta al delito de deserción, fue hasta el año de 1857 en que se expidió en México por primera vez, una Ley para Desertores en la que el Legislador trató de abarcar en todos sus aspectos este ilícito, sin embargo para nuestro concepto muy personal, incurrió en la omisión de no definir primeramente en esencia este ilícito, toda vez que el artículo 1º. de la Ley comentada establecía:

"Los individuos militares de sargento inclusive abajo, cometen el crimen de deserción cuando -- faltan a todas las listas en cuatro días consecutivos.

No llegando este caso, el delito será de faltigta".

Como se puede apreciar a partir de este momento el legislador prefirió el Sistema Casuístico al Enunciativo, que creemos sea el -

más correcto.

Esta Ley estableció circunstancias bajo las cuales se podía -- cometer el delito de deserción agravándose o disminuyéndose la pena según la gravedad de tal circunstancia, como lo era el hecho de ser desertor de primera, presentarse dentro de los ocho días después de consumada la deserción, después de esos ocho días; o bien si era -- aprehendido. Notándose además en este Ordenamiento que regulaba no sólo la deserción, sino que estableció pena para los faltistas -- (artículos 21 y 22), como ya se deduce del artículo 1º; toda vez que era castigado el simple hecho de faltar a una o varias de sus lis--tas. Agregó este Ordenamiento también circunstancias tales como el hecho de desertar en grupo o individualmente (artículos 42 y 43), o que se llegue a cometer el delito en campaña: en guerra o en tiempo de paz.

Así pues, en esta Ley Penal para desertores que constaba de 85 artículos, encontramos que daba al delito de deserción el carácter de instantáneo dejando notar, aún cuando no lo exprese, que la -- esencia de la deserción consistía en la separación ilegal del servicio militar.

b).- Ordenanza General para el Ejército de la República - Mexicana, promulgada en el año 1882.

Posterior a la Ley comentada en el inciso anterior, Es la Ordenanza General para el Ejército de la República Mexicana, promulgada

en el año de 1882, en la cual se legisló sobre disposiciones penales militares a castigar:

- a).- La comisión del delito de desertión en - -  
tiempos de paz (Título XLVI)
- b).- La desertión en territorio -declarado en--  
estado se sitio (Título XLII)
- c).- La desertión al enemigo y frente a él (Tí-  
tulo XLVIII)
- d).- La desertión a territorio extranjero (Títu-  
lo XLIX)
- e).- La desertión en grupo (Título L)
- f).- La desertión de los oficiales (Título LI)

a).- La desertión en la República en tiempos de paz. Nos dice- que los militares de la clase de Sargento a la de Soldado, cometían el delito de desertión cuando faltaban a todas las listas de su Ba- tallón o Regimiento durante tres días consecutivos, y así el deser- tor que se presentaba en el transcurso de ocho días, contados desde que se consumaba el ilícito, no perdía su tiempo de servicio pero - era castigado con el arresto de dos meses en su propia compañía o - Escuadra. Aquel que se presentaba después de los ocho días de consu- mada la desertión perdía el tiempo de su empleo y se le obligaba a- a servir de nuevo y se le castigaba con tres meses de arresto, con- tinuando con su servicio.

El desertor que era aprehendido perdía el tiempo de su empeño los alcances que tenía y era castigado con la pena de cuatro meses de arresto en su Cuartel, el cual estaba destinado al servicio de policía.

b).- La deserción en territorio declarado en estado de sitio.- Se daba cuando la deserción se cometía en territorio declarado en estado de sitio.

c).- La deserción al enemigo y frente a él. Todo militar que desertaba al frente del enemigo, era castigado con la pena de muerte; se imponía igual pena a todo militar convicto de haberse pasado al enemigo, y así el que desertaba de una plaza sitiada, sufría también la pena de muerte.

d).- La deserción a territorio extranjero. Era desertor el extranjero todo militar que, después de su deserción había salido de los límites de la República, o que estando fuera de ella abandonaba el Batallón, Regimiento o Corporación a que pertenecía.

Tal Ordenamiento estipulaba que los Sargentos, Cabos y Soldados culpables de deserción al extranjero, fuerán castigados con la pena de tres a cinco años de prisión si la deserción fue cometida en tiempos de paz; y de cinco a siete años a los que desertaren al extranjero hallándose en un territorio declarado en estado de sitio. Si el culpable de deserción al extranjero la hubiere verificado en tiempo de paz, llevándose el caballo, mula o montura, o alguna -

de las armas designadas, se le castigaba con la pena de siete a --  
ocho años de prisión y si la deserción se hubiere verificado en un  
territorio declarado en estado de sitio la pena era de ocho a diez-  
años.

e).- La deserción en grupo. El artículo 3584 de la Ordenanza -  
General mencionada nos dice:

"Que la deserción en grupo es la que cometen --  
tres o más militares reunidos".

El que hacía cabeza en un grupo de desertores se le castigaba-  
con la pena de muerte, a los demás con prisión de ocho a doce años-  
segun las circunstancias del caso y los objetos que se llevasen con  
sigo, si existian otras circunstancias agravantes se aumentaba la -  
pena hasta quince años. Así lo establecía tal Ordenamiento.

f).- La deserción de los oficiales. El artículo 3586 estipula-  
ba lo siguiente: Son desertores los oficiales que:

"I.- Se separen una noche de la Guarnición en -  
que se hallen, sin permiso del superior en --  
quien resida la facultad de concederlo, solici-  
tado por los conductos legales.

II.- Los que se separen a más de cuatro leguas-  
de distancia de su guarnición, sin licencia del  
superior.

III.- Los que no lleguen al punto de su destino



se regresen después de emprendida una marcha o desvíen del derrotero que se les señaló como in dispensable en su pasaporte, haciéndolo sin la orden correspondiente y sin motivo justificado.

IV.- Los que con pretexto de enfermedad u otros motivos ilegítimos, se queden en las poblacio-- nes, sin el permiso correspondiente, cuando mar chen sus Batallones o Regimientos.

V.- Los que falten al Servicio tres días consecutivos, sin causa legítima justificada.

VI.- Los que habiendo recibido paga de marcha no la emprendan a su destino después de tres -- días, sin impedimento legal, o sin órden ni per miso de la autoridad militar que corresponda.

VII.- Los que falten al acto de la revista de- comisario sin causa justificada.

VIII.- Los que extralimiten el plazo de las li- cencias temporales que se les otorguen".

Los oficiales comprendidos en el artículo anterior sufrirán un año de prisión y tres si desertan desempeñando cualquier servicio,-- quedando inhabilitados para la carrera militar.

Así los Oficiales que deserten de la escolta de presos, sufri- n la pena de prisión por cinco años e inhabilitación para el ser-

vicio.

Todo oficial que habiendo presentado su baja, abandone su puesto o sus debres sin licencia, separándose del servicio antes de que dicha baja, le sea aceptada y comunicada, será juzgado y castigado como desertor.

Al oficial que deserte al extranjero se le impondra la pena de diez años de prisión e inhabilitación.

Al oficial que deserte en tiempos de guerra, cualesquiera que sean las circunstancias del hecho, se le impondra la pena de doce años de prisión e inhabilitación, si la deserción se verifica en los momentos anteriores al combate, en el combate o durante la retirada, la pena será de muerte.

c).- Código de Justicia Militar de 1892.

El legislador de 1892, atendió en forma más precisa a la esencia del delito de deserción y así en su artículo 929, definió a la deserción como:

"La deserción de los individuos de tropa que --  
estuvieren francos, se entenderá realizada a --  
falta de cualquier otro medio o hecho que de --  
muestre la separación ilegal del servicio mili-  
tar por parte de dichos individuos, si estos --  
faltaren por tres días consecutivos a las lis-  
tas de la fuerza a que pertenezcan".

Como se puede observar, el legislador de 1892, en este precepto legal ya alude a la "Separación Ilegal del Servicio Militar", -- que es en sí la esencia misma del delito de desertión, y se insiste en reiterar esa circunstancia, en virtud de que, como ya es sabido-- los preceptos legales casuísticos siempre serán defectuosos, toda-- vez que existiera siempre alguna circunstancia que el legislador ha-- ya omitido, y en un momento dado, aunque exista la separación ilegal del Servicio Militar, sino se cometió en la forma requerida por la Ley, no existirá delito, según el principio universal "Nullum Cri-- men sine Legem", por lo que siempre consideramos será mejor, un -- precepto meramente enunciativo, por las razones anteriores; aunque el legislador de 1892, optó por adoptar las dos formas, en una mane-- ra combinada, ésto es por una parte, manifiesta que la desertión,-- consiste en la separación ilegal del servicio militar y además mani-- fiesta las formas en que puede efectuar esa separación, mejoró la-- técnica legislativa aún cuando no se pueda afirmar en forma categó-- rica que haya el error de su antecesor como se nota en el presente-- transcrito.

Este ordenamiento, al igual que los anteriores mencionados, -- también fijó reglas específicas para las distintas modalidades del-- delito de desertión, precisamente por los motivos antes citados, -- así pues, hace la referencia a la comisión del ilícito por soldados o clases (artículo 930 y 931) y en igual forma reglamentaba la pena

lidad,atendiendo a los actos del servicio que se estuviesen desempeñando en el momento de la comisión del delito (artículo 934):

"Los individuos de tropa que desertaren efectuando su separación ilegal del servicio militar, cuando realicen funciones propias de ese servicio y distintos de los especificados en el artículo siguiente, serán castigados con la pena de uno a dos años de prisión.- Los sargentos y cabos sufrirán, además, la destitución del empleo".

En este ordenamiento ya se conoce la pena de degradación, con el término de destitución de empleo y que es la que emplea nuestro actual Código de Justicia Militar.

En forma similar, el ordenamiento legal que comentamos, se refirió a la deserción cometida por oficiales, atendiendo además a la comisión de este ilícito, en el momento en que los oficiales estuviesen desempeñando actos del servicio (artículos 944).

d).- Código Militar de 1894.

Es muy poco lo que podemos tratar en relación a este ordenamiento, ya que en la esencia del delito, tema central de nuestro trabajo, siguió los mismos lineamientos que el Código de Justicia Militar de 1892, con la excepción de la pena de recargo en el servicio, ya que el artículo 934 nos dice:

"La deserción de los individuos de tropa que és tuvieren francos, se entenderá, realizada a falta de cualquier otro hecho que demuestre la separación ilegal del servicio militar por parte de dichos individuos, cuando éstos faltaren por tres días consecutivos a las listas de la fuerza a que pertenezcan".

Los desertores comprendidos en el artículo anterior serán castigados:

"I.- Con la pena de uno a dos meses de arresto en un cuartel, haciendo su servicio, si se presentaren voluntariamente dentro de los ocho --- días contados desde aquél en que se hubiese realizado su separación ilegal del servicio mili--tar.

II.- Con la pena de dos a cuatro meses de arresto en un cuartel, haciendo su servicio y seis - meses de recargo en éste, si dicha presentación la efectuaren después del plazo señalado en la fracción anterior.

III.- Con la de cuatro a seis meses de arresto en un cuartel, haciendo su servicio, y un año - de recargo en él si fueren aprehendidos.

Siempre que en virtud de lo prevenido en el artículo anterior o en alguno de los siguientes hubiere de imponerse a los sargentos o cabos la pena de recargo en el servicio, se les impondrá también la destitución del empleo; y en el caso de la fracción I, del artículo 935, la de suspensión de empleo por igual tiempo al del arresto.

Entendiéndose por recargo en el servicio:

"Penalidad aplicada al soldado por falta grave y que se traducía en una prolongación de la permanencia en filas, tras la fecha de licencia--- miento del reemplazo de la desmovilización del compromiso voluntario. Figuraba en el Código de Justicia Militar, derogado, en España en 1945.- Sin duda, la eliminación del nombre al menos ha sido eco de una justificada crítica ". (2)

Por otra parte en lo que respecta a las modalidades en relación a los calificativos del delito de desertión, se puede decir -- que coincide con el Código de 1892, comentado en el inciso anterior e).- Ley Penal para la Armada de la República Mexicana del 31 de agosto de 1897.

Durante el régimen del General de División Don Porfirio Díaz -

---

(2) G. Cabanellas de Torres. L. Alcalá-Zamora, Diccionario Militar (Aeronáutico, Naval y Terrestre), Tomo IV, Editores Libretos, Buenos Aires 1963.

se noto la preocupación para distinguir del Ejército terrestre al - Ejército del mar, y así el 31 de agosto de 1897, se mando promulgar la Ley Penal para la armada de la república mexicana, en la que en forma especifica se contienen los delitos que los marineros podran cometer y desde luego el legislador no iba a dejar pasar desapercibido el delito de desertión, que es común a todos los militares y - así en el Capítulo XVII, tipificaba éste ilícito en todas sus modalidades, dando una definición clara y precisa de la conducta delictiva denominada desertión, en tal forma que el artículo 133, de éste ordenamiento estableció:

"La desertión es la separación del servicio de la armada sin motivo legitimo para ello".

A pesar que hemos venido insistiendo en que en un precepto - enunciativo, como lo es el anteriormente transcrito, el más correcto en las legislaciones, no por eso, se puede afirmar, que nos inclinemos a la idea que se refiere dicho precepto sea el único que - regule tal o cual ilícito, menos tratandose del derecho militar, -- que atiende o protege valores o bienes jurídicos en formas por demás importantes o de gran reelevancia, y así pues el principio - -- enunciativo; deben de correr agregados otros preceptos que regulen sobre todo la penalidad atendiendo a circunstancias especiales en - que se comete el ilícito, es lógico que no se causará el mismo daño al bien jurídico tutelado o protegido, cuando se cometa éste sin --

desempeñar ningún servicio, o estando franco que sería lo mismo, -- que cuando se cometa desempeñando un servicio de armas, desde este punto de vista fué que el legislador de la época porfiriana de 1897 en los preceptos subsecuentes al transcrito, reguló, las modalidades a la penalidad, atendiendo precisamente a la circunstancia que concurrieran al momento de la comisión por parte del agente del -- ilícito, denominado, desertión, y así en el artículo 135, estable-- cio diversas penalidades para cuando se presentaren los desertores-- o el desertor en su caso, dentro de ocho días después de consumado-- el delito, para cuando se presentaren después de ese plazo o se -- les aprehendiere, en la misma forma se agravó la pena si el agente-- era una clase, se disminuyó dicha pena si lo cometía un marinero -- por primera vez, y si era reincidente, lógicamente se aumentó o -- bién si se desempeñaba algún acto de servicio en el momento de la -- comisión, llegando incluso a establecer la pena de muerte si se -- efectuaba a la vista del enemigo.

por último, respecto a éste ordenamiento, es de hacerse notar la innovación contenida en los artículos 159 y 170, respecto a los alumnos de la escuela naval, equiparandolos a los menores de edad, -- y en consecuencia estableciendo, que se les impusieran las mismas -- penas que a éstos y concretamente por lo que hace al delito de de-- serción estableció que se les impusieran las dos terceras partes de las penas señaladas. Norma que en forma modificada aún esta vigente



por lo que respecta a los menores y a los alumnos de escuelas militares.

f).- Código Militar de 1898 (13 de octubre).

Este ordenamiento definió a la deserción en los siguientes - - términos:

"La deserción consiste en la separación ilegal del servicio militar, sin motivo legítimo para ello".

Nótese que casi transcribe la definición que daba el ordenamiento mencionado en el inciso anterior, con excepción de la palabra armada, la cual substituye a la de servicio militar.

Por lo que respecta a los medios de prueba, éste ordenamiento si incurrió en el casuismo, estableciendo en el 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 presenten a justificar dentro de las veinticuatro horas siguientes o por tres días consecutivos a las listas de listas de las fuerzas a que pertenescan o a la dependencia de que formen parte y

tratándose especialmente de los marineros 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 pertenescan, siempre que tubieren oportunidad de haberse enterado de ella, a bordo del barco o a la dependencia de que formen parte".

Es de hacerse notar que en este precepto existe un error muy marcado, al no establecer la justificación por parte de los marineros, de su falta a la revista de comisario, esto es, para los miembros del ejército si se requería esa justificación, o mejor dicho, que no se presentaren a justificar su falta, y para los marinos no era necesaria esa no justificación.

Además debe hacerse resaltar que esas disposiciones contenidas en el presente precepto, son casi literalmente las que se contienen en el Código de Justicia Militar vigente, o sea, que lo único que se hizo fué copiar los anteriores, con las consecuencias inherentes

Por lo que respecta a las penalidades para éste ilícito, distinguió el Código que se comenta, de acuerdo con las circunstancias de tiempo, lugar y de otras indoles, como son: que se efectuare la deserción de la escolta de prisioneros, estando de guardia, de la escolta de municiones, etc.: que se efectuare desempeñando actos --

del servicio, que se llevare a cabo al extranjero etc.

g).- Ley Penal Militar de 1901.

Por último tenemos la La Ley Penal Militar de 1901, que empenso a regir el primero de enero de 1902. Esta Ley, siguió casi completamente al Código que le precedió, reglamento la deserción, definiendo este delito en igual forma como lo hizo el Código de Justicia militar de 1898, como la separación del servicio militar, sin motivo legítimo para ello.

Consecuentemente, también para ésta Ley, la deserción se hace consistir en la separación ilegal del servicio militar, desprendiéndose pues, que éste ilícito, es o tiene el carácter de instantaneo, como se ha hecho mención en el presente Capítulo, ya que se consuma y agota en el momento en que existe la separación ilegal del servicio militar.

Como hacíamos mención anteriormente, éste Código copio las disposiciones de su antecesor, con algunas modificaciones de tipo formal y de redacción, como ejemplo la contenida en el artículo 40, -- que agrega otros hechos probatorios de la separación ilegal del servicio militar, como son: cuando se separen los individuos de tropa y marinería, sin permiso del superior en quien recida 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 más de diez del puerto en don-

de esté el barco, y en campaña a cualquier distancia de la plaza, - buque o punto militar.

Dentro de la deserción calificada, cometida por individuos de tropa, en igual forma que prevenía la deserción de la escolta de -- prisioneros o presos, la deserción estando de guardia; la deserción llevándose el caballo, mula o montura, etc.

Establece tambien las mismas reglas para entender realizada, - perpetrada o consumada la deserción en actos del servicio o en campaña, proporcionando para tal efecto, hechos probatorios de la separación ilegal del servicio militar, a manera de ejemplo, pues tambien admite que esa separación ilegal pueda ser comprobada por cualquier otro hecho, con lo que vuelve a surgir el carácter instantaneo de la deserción, que según hemos visto, se ha venido vertiendo desde la Ley Penal para Desertores de 1857, hasta el actual Código de Justicia Militar, que analizaremos en los siguientes capítulos.

Respecto de las demás formas de deserción, reglamentadas por la Ley Penal de 1901, quedarón igual a como se encontraban en los Códigos anteriores, con algunas modificaciones en lo tocante a las penas y medios probatorios de la separación ilegal del servicio -- militar.

## CAPITULO SEGUNDO

### ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO APLICADO AL DE DESERCION

- 1.- Definición del Delito.
- 2.- Clasificación del Delito en su aspecto Militar y en relación al Bien Jurídico Tutelado.
- 3.- Clasificación del delito en cuanto a - la Culpabilidad.
  - a).- Delito por Acción y Omisión.
  - b).- Delito Doloso.
  - c).- Delito Culposo.
- 4.- Clasificación del delito en orden a su Duración.
  - a).- Delito Instantaneo.
  - b).- Delito Continuo.
  - c).- Delito Continuado.
- 5.- Analisis Dogmático del delito aplicado- al de deserción.
  - a).- Actividad-----Falta de Acción.
  - b).- Tipicidad-----Ausencia de Tipo.
  - c).- Antijuricidad-----Causas de Justificación.

d).- Imputabilidad-----Causas de Inimputa  
bilidad.

e).- Culpabilidad-----Causas de Inculpa  
bilidad.

f).- Condicionalidad--Falta de Condición  
Objetiva.                   Objetiva.

g).- Punibilidad-----Excusas Absoluto--  
rías.

### 1.- Definición de Delito.

El delito de deserción, desde el plano jurídico es un acto u omisión antijurídico y culpable.

Modernamente se han formulado numerosas definiciones del delito:

" Es la infracción de un deber exigible, en daño de la sociedad o de los individuos (Rossi); es un ente jurídico constituido por una relación de contradicción entre un hecho y la ley; es una disonancia armónica; es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso (Carrara); es la violación de un derecho (Frank); es la violación de un derecho o de un deber (Tarde); es no solamente la oposición a la voluntad colectiva cuya expresión es el derecho, sino también la oposición al deber (Wundt, Wulffen) (1).

### 2.- Clasificación del Delito por el Código Penal Militar conforme-

(1) Raul Carranca y Trujillo. Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Pag.- 156. Ed. Antigua Librería Robredo, México, 1950.

con la importancia del bien jurídico atacado y vulnerado.

"a).- Delitos en particular contra la lealtad militar a la Nación. Que comprende: Traición;-- Actos Hostiles; Espionaje; Sabotaje y Revelación de Secretos concernientes a la Defensa Nacional.

b).- Delitos contra la lealtad militar a los Poderes Públicos y al Orden Constitucional: Rebelión y Sedición; Delitos contra el régimen Constitucional.

c).- Delitos contra la Disciplina Militar: Vías de hecho contra del superior; Irrespetuosidad; Insubordinación; Insultos a Centinelas, consignas, imaginarias o custodias militares; Desobediencia; Motín; Sublevación interna.

d).- Delitos en el desempeño de cargos militares: Exceso de Autoridad; Usurpación de Mando; Denegación y Retardo de Justicia.

e).- Delitos contra El Servicio Militar: Deserción; Infracción de los deberes del centinela y violación de consignas; Infracciones en el Mandado.

f).- Delitos contra el Honor Militar: Infideli-



dad en el servicio; Delitos Especiales.

g).- Delitos en el ejercicio de funciones militares: Ejercicio Ilegítimo de Autoridad; Allanamiento Ilegal (violación de domicilio); Extorsión; Delitos contra los medios de Transportes y comunicaciones; Piratería; Violación de Prerogativas; Abuso de Autoridad y Violación de los deberes de funcionarios públicos; Substracción, Ocultación o Destrucción de Documentos; - Cohecho, Malversación de caudales Públicos; - Negociaciones Incompatibles; Falso Testimonio; - Falsificación de Documentos". (1)

### 3.- Clasificación del Delito en Cuanto a la Culpabilidad.

a).- Delito por Acción y por Comisión.

El primero consiste en ejecutar un acto prohibido por la Ley, - como sería aquella persona que mata por matar.

El segundo consiste en no hacer lo que se debió hacer por imperativo de la Ley. Para ser más claro dire que quien quizo no hacerlo que se hallaba obligado a hacer, bajo amenaza de sanción Penal.

b).- Delito Doloso.

Este será doloso cuando se cometiere consciente y voluntaria--

(1) Juan Emilio Coquibús, Código de Justicia Militar, Tratado Terce-ro, Libro II, Pag. 21, Ed. Bibliografica Argentina B.A. 1957.

mente, o si juzgándolo sólo como posible su consumación se consintiere no obstante en ella para el caso de que aconteciera.

Referente al dolo, del latin "DOLUS", engaño, fraude; es todo lo contrario a la culpa. De él se han dado distintas denominaciones tales son:

- 1.- Determinado o Directo.
- 2.- Indeterminado, Eventual, Alternativo o Indirecto.
- 3.- Deliberado o Premeditado.
- 4.- Repentino o Irreflexivo.
- 5.- Preterintencional.

1.- Es aquel en que el autor quiere la consecuencia del fin perseguido.

2.- Es aquel en que el autor acepta indiferentemente las consecuencias de su acción, o sean las consecuencias previstas indistintamente.

Eventual.- El autor aún persiguiendo una consecuencia determinada, acepta el resultado del hecho, con la consecuencia del acto voluntario.

3.- Es aquel en que el autor premedita el hecho, y reflexiona antes de cometerlo.

4.- Repentino e Irreflexivo.- Es aquel en el cual, la acción del autor se desprende del primer impulso. No hay reflexión ni premeditación como en el deliberado.

5.- (Plus o más allá de la intención).

c).- Delito Culposo.

Se considerará delito culposo el que se cometiere por imprudencia, negligencia, impericia en un arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes cuyo cumplimiento incumbiere al autor del hecho, aunque el resultado se previera como posible -- siempre que hubiere confiado en que no se produjere.

4.- Clasificación de los Delitos en orden a su duración.

a).- Delito Instantaneo.

Se han realizado grandes esfuerzos para fijar la naturaleza de los delitos Instantaneos y Permanentes.

Los autores, siguen dos caminos para definir el delito instantáneo:

1.- Fundándose en la consumación, y

2.- Basándose en la naturaleza del bien jurídico lesionado.

1.- Para determinar si un delito es instantáneo, debemos enfocarla instantaneidad a la consumación. Bettiol, con acierto sostiene que el carácter instantáneo del delito no se determina por la instantaneidad, es la imposibilidad de que la lesión del bien jurídico pueda perdurar en el tiempo.

El maestro Villalobos nos dice al respecto:

"Debemos considerar como delito instantáneo --  
aquel en que tan pronto se produce la consuma--

ción, se agota". (2)

2.- Algunos autores se refieren a la naturaleza del bien jurídico lesionado, así, Bettiol, expresa:

"En general son instantáneos aquellos delitos - que tienen como objeto jurídico bienes destructibles". (3)

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que:

"Delitos instantáneos son aquellos cuya duración concluye en el momento mismo de perpetrarse, porque consisten en actos que, en cuanto -- son ejecutados cesan por si mismos, sin prolongarse ". (4)

Los requisitos necesarios para ser delito instantáneo son: a). requiere de una conducta, y de, b) la consumación y agotamiento de la misma, en forma instantánea.

Existe otro tipo de delito denominado instantáneo con efectos permanentes al cual también se le llama permanente impropio, para el estudio de este delito se adoptan dos posiciones; la primera con siste en que algunos autores consideran que esta clasificación no -

(2) Villalobos. Noción Jurídica del Delito, Páginas 85 a 87. México 1952.

(3) Luis Jiménez de Asua. Tratado de Derecho Penal, Página 479, 2a. Ed. Buenos Aires, 1958.

(4) H. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial - de la Federación XXXI. Página 1709.

tiene importancia, y la segunda considera que si tiene reelevancia-jurídica.

"Por delito instantáneo con efectos permanentes debemos entender, aquél en que tan pronto se consuma, se agota, perdurando los efectos producidos". (5)

Carvallo, sostiene que el delito instantáneo con efectos permanentes es:

"Aquél en el cual el bien jurídico destructible revela la consumación instantánea del delito, - pero permaneciendo las consecuencias nocivas de éste". (6)

Los elementos que requiere el delito instantáneo con efectos permanentes son: a) una conducta, b) la consumación y agotamiento instantánea de la misma, y c) perdurabilidad del efecto producido.

La diferencia entre el delito instantáneo e instantáneo con efectos permanentes consiste en que ambos tienen una situación común, que consiste en la instantaneidad de la consumación, y por último la diferencia consiste en la permanencia de los efectos .

Asimismo existe el delito permanente y que la diferencia con -

(5) Porte Petit Candaudap. Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal, Página 240.

(6) Carvallo. Diritto Penale, Tomo II, Página 755. Editorial Napoli 1955.

el anteriormente citado consiste en que en el primero, la consumación es instantánea, y los efectos son durables, mientras tanto en el segundo la consumación es duradera .

Manzini, ha enseñado:

"Para fijar la noción del delito permanente en relación a la del delito instantáneo, es necesario, ante todo, no confundir la permanencia de los efectos de un delito con la permanencia del mismo. La primera, efectivamente, puede tenerse también cuando un delito (en si mismo instantáneo o permanente), sea completamente agotado, - mientras la permanencia del delito presupone necesariamente que tal agotamiento no se haya verificado". (7)

a), - Delito Permanente, Continuo o Sucesivo.

La denominación de este delito es la de "Permanente" o "Continuo", es decir son equivalentes.

Jiménez de Asúa, estima que:

"Los delitos continuos o permanentes implican - una persistencia en el resultado del mismo, durante la cual mantiene su actuación la voluntad" (8)

(7) Manzini. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Página 100, Editorial Buenos Aires, 1948.

(8) Jiménez de Asúa. Derecho Penal, Página 162. Mad. 1929.

"Existe un delito permanente, cuando una vez integrados los elementos del delito, la consumación es más o menos prolongada". (9)

Considera Maggiore, que la consumación indefinida del delito - que dura, cuyo tipo legal continua realizándose hasta que interviene alguna causa que lo hace cesar.

Los elementos del delito permanente son: a) una conducta o hecho, y b) una consumación más o menos duradera .

De acuerdo a la clasificación del delito, en cuanto a su duración, realizada por el Catedrático Porte petit, misma que expliqué en páginas anteriores se desprende que el ilícito, motivo de este trabajo es un delito que se comete en forma instantánea, en el sentido de que ofende un bien tutelado por el derecho, que en este caso sería la sujeción al mando y cuya comprensión no dura en el tiempo, - es decir, tan pronto se produce la consumación, se agota.

Se observa que si la conducta que se realiza, es la separación ilegal del servicio activo de las fuerzas armadas, y que dicha separación no se comete momento a momento, sino que se dá en un sólo instante y esta consumación por consecuencia se agota en el mismo momento de la realización de tal.

Si la deserción a que nos referimos es la que se contempla en-

---

(9) Cuello Calón. Página 323 de la Obra Elementos de Derecho Penal- Tomo único.

el artículo 255 del Código de Justicia Militar, se advierte que el legislador hace mención a una referencia temporal, la cual no implica que el delito se de en forma instantánea, a manera de ejemplo, - tenemos la fracción I, del mencionado artículo que a la letra dice:

"La deserción de los individuos de tropa que no estuvieren en servicio se entenderá realizada - a falta de cualquier otro hecho que la demuestre; fracción I, cuando faltaren sin motivo legítimo a la revista de administración y no se presentaren a justificar, dentro de las veinticuatro horas siguientes".

La referencia temporal anterior, es requisito para que se de el tipo, esto implica que si el militar lo justifica dentro de ese término, no estaremos en presencia de ningún ilícito, con lo cual se deduce que el delito se da en el momento en que se cumplan las veinticuatro horas.

Los requisitos necesarios para ser delito instantáneo son: a) - se requiere de una conducta, y b) la consumación y agotamiento de la misma, en forma instantánea.

La primera de las mencionadas, se traduce en la separación ilegal que realiza un militar del servicio activo de las fuerzas armadas. Y la segunda se tipifica en el momento en que fenece la referencia temporal.



c).- Delito Continuado.

Es aquél que está constituido por varias conductas uniformes, - porque cae dentro del mismo tipo y lesiona el mismo bien jurídico, - y que está realizado con unidad de propósito y decisión de fraccionar la ejecución del mismo, y en el que no se requiere unidad en el sujeto pasivo a menos que se trate de bienes jurídicos personales.

Elementos del delito continuado son: a) pluralidad de conductas, b) conductas uniformes, c) unidad de propósito y decisión de fraccionar la ejecución del delito y, d) unidad de sujeto pasivo en caso de que el bien jurídico sea personal.

a).- Para que exista este delito es necesario la concurrencia de dos o más conductas, una sola no puede constituirlo.

b).- Esas varias conductas, que integran el delito continuado tienen que ser uniformes, pero surge la pregunta ¿ cuando unas conductas son uniformes? . Para considerar las conductas uniformes, es necesario comprobar dos cosas, primero, que cada una de las conductas lesiona el mismo bien jurídico, y al respecto, debemos recordar que la lesión consiste en el daño o el peligro que sufre el bien jurídico protegido, y por lo tanto no importa que unas conductas dañen al citado bien y otras solo lo pongan en peligro; tal es el caso del que quiere robarse cinco botellas de licor, con conductas diferidas, en un momento dado no puede apoderarse de una de ellas por causas ajenas a su voluntad.

Si los bienes jurídicos que se lesionan son diferentes en cada conducta, no podremos considerar la pluralidad de ellas como constitutivas de un delito continuado, debido a que su tipificidad, sería imposible. Si se trata de aquellos delitos en los que se lesiona no uno sino varios bienes jurídicos, cada conducta deberá lesionarlos por si sola.

Cabe hacer notar, que existe una repetición de la lesión al -- bien tutelado, que se da en forma continua o repetida. De ahí precisamente la denominación de delito continuado.

Otro aspecto que es necesario tomar en cuenta para considerar-- varias conductas como uniformes, es el relativo a la identidad del-- tipo penal. Todas y cada una de las acciones deben referirse al mismo tipo, pues si se ha considerado que el delito continuado es una-- realidad única, el mismo debe tener una sola tipificación, lo que -- presupone necesariamente identidad en la norma.

Este último aspecto es corolario del anterior, porque si toma-- mos en consideración que la función primordial del tipo, es la pro-- tección de un bien jurídico, por lógica, cuando las conductas caen-- dentro de la misma figura legal necesariamente lesionan el mismo -- bien jurídico.

Si consideramos que, cada conducta es parcial realización de-- un delito y su conjunto es lo que integra la total ejecución del -- mismo; y que delito es aquello que es típico o que encuadre una --

figura, necesariamente se ha de concluir que la tipicidad se va a referir a todas las acciones que se toman en conjunto y no a cada una de ellas, en forma aislada. Si todas ellas tienen unidad de ade-  
cuación, es porque las mismas se refieren al mismo tipo.

En conclusión las conductas son uniformes u homogéneas cuando lesionan el mismo bien jurídico y se refieren al mismo tipo penal.

c).- Todas las conductas uniformes se funden en una unidad debido a un elemento que actúa como común denominador de ellas. Si se trata de un elemento subjetivo o interior del sujeto activo, que se viene a desdoblar en dos aspectos, que son la unidad de propósito y la decisión de realizar varias conductas para la ejecución del deli-  
to.

Todos los autores, buscan como denominador común un solo elemento subjetivo, pero no están de acuerdo en cual es ese elemento.- El sustentante es del criterio de que el elemento tiene que ser vis-  
to desde dos ángulos diferentes, y no uno nada más como lo han señalado los autores. De ahí la gran disputa frente al referido elemento psicológico interno o subjetivo.

La primera faceta que presenta el elemento subjetivo, es la --  
unidad de propósito, que consiste en que el sujeto tiene la finali-  
dad de cometer un sólo delito. El hecho complejo que aparecía en su mente es la finalidad que le impulsa a ejecutar una serie de ac-  
ciones; así por ejemplo, el sujeto que roba cinco botellas de licor

no ha tenido el propósito de robarse una o dos, sino todas, es decir, las cinco.

Una vez que la persona tiene una finalidad o propósito, decide interiormente la ejecución fraccionada del delito e inclusive se la representa. Hay representación de todas las conductas que va a realizar, mismas que están derivadas del deseo de realizar en varios actos lo que se ha propuesto.

Este propósito no requiere necesariamente que sea determinado, sino que puede ser indeterminado, tanto en el delito único como en el delito continuado. Supóngase el caso del que decide robarse de una joyería cinco piezas y al momento de perpetrar al robo decide llevarse dos o más, se desprende que se está en presencia de un solo delito de robo y no de dos. Así, en el caso de delito continuado el sujeto tiene la resolución o el propósito de robarse las cinco piezas y cada día se roba una, pero teniendo ya las cinco, decide robarse otras dos, el robo de las siete joyas será un delito continuado y no delitos diferentes, que en el caso serían continuados. También en el caso de quien rapta a una mujer para violarla, aunque no se sabe cuantos accesos carnales tendrá, tiene el propósito de realizar con ella todos los que se pueda, y así, durante una semana tiene varios hasta que la deja en libertad; no obstante que existieron un rapto y varias copulas, sólo estaremos en presencia de un rapto y una violación, siempre y cuando, claro está que las cópulas

hayan sido por medio de violencia física o moral irresistibles.

d).- Sujeto pasivo, es el titular del bien jurídico protegido por el tipo. En general no se requiere que en un delito continuado el sujeto pasivo sea el mismo; sin embargo, toda regla general tiene su excepción y la excepción en el caso concreto es precisamente de aquellos casos en que el bien tutelado sea de índole personal. - ¿ Pero que debemos entender por bien jurídico personal ?. No hay un autor de los que hemos consultado que se refiera a él, ya que sin razón fundada se limitan a excluir esas hipótesis del delito continuado.

Por bien jurídico personal, entendemos aquél que únicamente puede pertenecer a un individuo. Con ésto, tenemos que la vida, la libertad sexual, el honor y la salud, sólo pueden tener como titular a un individuo, esos bienes nunca pueden pertenecer a dos o más personas. Existen otros bienes jurídicos cuya titularidad puede pertenecer a una o más personas, como lo son la posesión, la propiedad los derechos de explotación de una obra literaria, etc.

Una segunda pregunta sería: ¿ Porqué, tratándose de bienes personales no puede presentarse el delito continuado, si no es en relación con un mismo sujeto pasivo ?. La cuestión parece a primera vista algo arbitraria, sin embargo, no se excluyen estas hipótesis del delito continuado, sin tener una base firme. Esa base la encontramos principalmente en la descripción típica y más en proceso de --

adecuación a ella, que sería tipicidad. Existen tipos en los cuales el delito único puede cometerse contra uno o más sujetos pasivos y para la tipicidad no importa tal situación, supóngase el caso de daño en propiedad ajena en que la cosa pertenezca a dos personas, en donde estaríamos frente a un sólo delito sin importar que existan dos sujetos pasivos. La descripción típica contenida en el artículo 399, no impide que ese caso se tipifique dentro de él, y sin embargo, tenemos una pluralidad de sujeto pasivo; el bien protegido por el referido tipo que es la integridad física de las cosas materiales que forman parte del patrimonio de una persona, no es un bien jurídico personal, porque puede ser su titular uno o varios individuos. Por otra parte, existen otros tipos en los que se describe abstractamente la lesión de un bien jurídico y en los que únicamente se puede tipificar una lesión; si se observa, la redacción del tipo de homicidio, podremos percatarnos que sólo podemos tipificar en ese dispositivo la muerte de una persona. Si un sujeto con la pluralidad de conductas uniformes, que lesionan el mismo bien jurídico mata a cinco con ese propósito y con decisión de fraccionar la ejecución de las cinco privaciones, estará cometiendo cinco homicidios y no un homicidio continuado, toda vez que las cinco muertes no las podemos tipificar como un solo delito; únicamente lo podemos hacer de una en una, lo que evidencia que son varios delitos y tan es así que en el caso en que las cinco muertes fueran ocasiona-

das con una sola conducta (concurso ideal o formal), estaremos en presencia de cinco homicidios.

Esos tipos, en los que únicamente puede tipificarse la lesión a un único bien jurídico hace referencia a la singularidad del sujeto pasivo. Sujeto pasivo singular, es el titular de un bien jurídico personal. Si se observa, el tipo contenido en el artículo 265, - primera parte, de nuestro Código Penal, podremos destacar que el ti titular del bien que ahí se protege es singular, porque la libertad sexual sólo puede pertenecer a una persona y en caso de un individuo que viole a varias personas, no podrá haber delito continuado, - debido a la imposibilidad de tipificar todas las conductas en una sola por las razones que en relación al homicidio que se apuntaron con anterioridad. Hay delitos, o más bien pluralidad de delitos que no pueden tipificarse como uno solo, aunque realicen una conducta o varias.

#### 5.- Análisis Dogmático del Delito, Aplicado al Ilícito de Deserción.

Para la realización del presente es necesario que se estudie analíticamente el delito para comprender bien la gran síntesis en que consiste la acción u omisión que las leyes castrenses sancionan adecuando al ilícito de deserción a cada uno de los elementos o caracteres del propio delito en general, ya sea en su aspecto positivo o negativo y así se comprenderá el epílogo crítico de la teoría de la infracción penal militar.

Esquema ilustrativo de los caracteres o elementos del delito:-

## ASPECTO POSITIVO

## ASPECTO NEGATIVO

- |                                  |                              |
|----------------------------------|------------------------------|
| 1.- Actividad                    | Falta de Acción.             |
| 2.- Tipicidad                    | Ausencia de Tipo.            |
| 3.- Antijuridicidad              | Causa de Justificación.      |
| 4.- Imputabilidad                | Causas de Inimputabilidad.   |
| 5.- Culpabilidad                 | Causas de Inculpabilidad.    |
| 6.- Condicionalidad<br>Objetiva. | Falta de Condición Objetiva. |
| 7.- Punibilidad                  | Excusas Absolutorias.        |

## 1.- La Actividad o Acción y su Ausencia.

Concepto de Acto.- El primer carácter del delito es ser un acto. Empleamos la palabra acto (e indistintamente acción; latu sensu) y no hecho, por el hecho es todo acontecimiento de la vida y no lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio, acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta.

Adviertase, además, que usamos la palabra acto en una acepción más amplia, comprensiva del aspecto positivo, es decir de acción, y el aspecto negativo sería la omisión.

Así aclarando el vocablo, puede definirse el acto, como, manifestación de voluntad que, mediante acción produce un cambio en el-



mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera, deja sin mudanza ese mundo externo, cuya modificación se aguarda.

"El acto, es pues, una conducta humana voluntaria que produce un resultado. Más al llegar a ese punto se impone la necesidad de ilustrar otra palabra mencionada por nosotros: la "voluntariedad" de la acción u omisión. No vamos a entrar aquí en el magno debate que consumio las fuerzas penalistas y filósofos en la pasada centuria. Lejos de nuestro designio disputar sobre el libre albedrio o el determinismo de la conducta humana. Cuando decimos Acto Voluntario queremos significar acción u omisión espontanea y motivada". (10)

Una vez que conocemos el significado de acto, que es el primer elemento o carácter del delito, se desprende que en el delito de desertión, dicho elemento consiste, en el abandono que efectua el militar del servicio, el cual se lleva a cabo de las formas que estan señaladas por el Código de Justicia Militar, vigente, en sus artículos 255 y 269, de los cuales en forma común se desprenden las siguientes formas de la comisión u omisión de éste ilícito:

---

(10) Jimenez de Asúa. La Ley y El Delito. Editorial Sudamericana -- Buenos Aires, Página 210.

"Cuando faltaren sin motivo legítimo a la revista de administración y no se presenten a justificar, dentro de las veinticuatro horas siguientes; cuando faltaren sin impedimento justificado por tres días consecutivos a las listas de - diana y retreta de las fuerzas a que pertenes-- can o a las dependencias de que formen parte;-- cuando se queden en tierra a la salida del bu-- que, a que pertenescan, siempre que tengan cono-- cimiento de ella, o faltaren por tres días con-- secutivos a bordo del barco; cuando se separen sin permiso del superior que tenga facultad pa-- ra consederlo, una noche del campamento o guar-- nición en que se hallen, o se separen en tiempo de paz, a más de veinte kilómetros, cuarenta de la guarnición o quince del puerto en donde éste el barco a que pertenescan; y en campaña a cual-- quier distancia de la plaza, buque o punto mili-- tar".

Hasta aquí se refiere a la deserción cometida por la tropa.

Se considera desertor al Oficial que:

"Con pretexto de enfermedad, se quede en las -- poblaciones sin el correspondiente permiso, ---

cuando marchen las fuerzas a que pertenescan; --  
No llegen al punto de su destino con la debida-  
oportunidad; se desvien del derrotero que se le  
hubiere señalado como indispensable en su pasa-  
porte; que se separen una noche del campamento-  
de la guarnición sin permiso; que falten tres -  
días consecutivos sin motivo legitimo, o se se-  
separen durante cuarenta y ocho horas del barco  
que falten a la revista de administración sin -  
causa legitima y no se presente a justificarlo-  
dentro de las veinticuatro horas siguientes; --  
que habiendo recibido cualquier cantidad para -  
la marcha, no la emprendan; que disfrutando de-  
licencia temporal, dejen de presentarse cuando-  
hubieren sido llamados, antes de que fenezca el  
plazo por el que se les hubiere sido concedida;  
que disfrutando de licencia ilimitada, no se --  
hubieren presentado despues de dos meses de ha-  
ber recibido la órden, en el caso de guerra - -  
extranjera".

La omisión, radica, en un abstenerse de obrar, simplemente es-  
abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar, de acuerdo -  
con Cuello Calón, la omisión consiste en una inactividad voluntaria

cuando la Ley Penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.

Algunos autores, sostienen que el delincuente puede violar la Ley, sin que un solo musculo de su cuerpo se contraiga, por medio de una omisión o abstención.

Los elementos constitutivos del acto o acción, según el catedrático Celestino Porte Petit, son: a) una manifestación de voluntad, b) un resultado, c) una relación de causalidad; el ilícito de deserción se manifiesta en los siguientes términos: la manifestación de voluntad se traduce en un hacer o dejar de hacer, es decir, aquel militar que se separa sin el permiso del superior que tenga facultad para concederlo, una noche del campamento o guarnición a la que pertenesca. Esto para el primero de los supuestos, y en relación al segundo que se traduce en una abstención, sería que habiendo recibido cualquier cantidad para la marcha, no emprendan esta a su destino, el resultado, como segundo elemento, se manifiesta como el abandono de servicio, mientras que la causalidad se traduce en la redacción que existe entre la voluntad de desertar y el abandono de servicio, que es el resultado.

Falta de Acción.

Si falta alguno de los elementos o caracteres del delito a que nos hemos referido anteriormente, éste no se integra, en consecuencia si la acción o conducta esta ausente, evidentemente no habra --

delito, la ausencia de acción es uno de los aspectos negativos, o -- mejor dicho, impeditivos de la formación de la figura delictiva, -- por ser actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico.

Una de las causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada VIS ABSOLUTA o fuerza física -- exterior irresistible a que se refiere la fracción I, del artículo-15, Capítulo IV, del Código penal para el distrito, que reza en los siguientes términos:

"Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior e irresistible".

El que es violentado materialmente, no amedrentado, sino violentado al hecho, ése obró sin voluntad, obró sin culpa, no cometió el delito, es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera.

"Y así como la espada es el instrumento mediante el que la acción causa el resultado, así lo es la persona; por lo que la acción no corresponde a ésta. Hay por tanto, ausencia de acción en el sujeto-medio, no así en el sujeto activo, que es, por ello, plenamente imputable". (11)

(11) Código Penal Español de 1822. Editorial Buenos Aires, artículo 22.

"Al decir "impulsado", el inciso - sitúa al sujeto-medio en situación de quien sufre un impulso, una fuerza de propulsión por la que NON - - AGIT, SED AGITUR. Por otra parte la VIS PHISICA ha de ser "exterior" o sea proceder físicamente de fuera del sujeto que la sufre; e irresistible para él, al punto de que supere la suya propia de resistencia incapacitandolo para autode-terminar su conducta y para actuar con auto-nomía tambien". (12)

"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 Pacheco, que quien así obra, -- no es en ese instante un hombre, sino un mero - instrumento". (13)

"El Código Mexicano innecesariamente se refiere a la VIS ABSOLUTA, en la fracción I, del artículo 15, del Código Penal para el Distrito, come-

---

(12) Raul Carranca y Trujillo. Código Penal Anotado, Editorial Porrúa S.A. Página 82.

(13) Código Penal Concordado y Comentado, Español. Titulo I, Página 171, 4a. Edición 1879.

tiendo el error técnico de considerarla como --  
excluyente de responsabilidad, cuando constitu-  
ye un aspecto negativo del delito, hipótesis --  
que queda sintetizada en la formula "NULLUM ---  
CRIMEN SINE ACTIONE"". (14)

Los escritores, que como Beling, P. Merkel y Emilio Gonzalez -  
Lopez, consideran a la acción como elemento integrante de la tipici-  
dad, miran como es lógico, la falta de acto como ausencia del tipo.  
En cambio los que damos responsabilidad, personalidad y autonomía -  
al acto, estimandole como el primer carácter del delito, hacemos de  
la falta de acción un elemento negativo del crimen con sustantivi-  
dad propia.

En general puede decirse que toda conducta que no sea volunta-  
ria en el sentido espontanea y motivada, supone ausencia del acto,-  
es decir de la conducta humana.

Al respecto, los autores, señalan principalmente como causas -  
del aspecto negativo de la conducta o acción: el sueño, el hipnotis-  
mo y el sonambulismo, toda vez que en los mismos la actividad o in-  
actividad se realizan sin voluntad del sujeto, los cuales aplicados  
al delito de deserción, se observa la imposibilidad de que se den -  
en éste caso, toda vez que por lo que respecta a los mismos es muy-

---

(14) Celestino Porte Petit. Importancia de la Dogmática Jurídico --  
Penal. Página 35.

difil, o casi imposible, en el concepto del sustentante, de que se den en el agente, durante cuarenta y ocho horas o más, que es el -- tiempo que exige el tipo, para que se presente el militar sin incurrir en el ilícito de la deserción, razón por la cual se concluye -- que no es posible que se llegue a dar una causa de ausencia de conducta en el delito de deserción.

## 2.- Tipicidad y Ausencia del Tipo.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito, -- cuya ausencia impide su configuración, así el artículo 14 de nuestra carta magna, expresa:

"En los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer por simple analogía y aun por -- mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una Ley exactamente aplicable al delito que se trata".

Lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.

El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales, la tipicidad, es la adecuación de una conducta con la descripción legal formulada en abstracto.

El tipo del ilícito de la deserción de la tropa, lo encontramos en el artículo 255, del Código de Justicia Militar, mientras -- que para los oficiales es el 269 del mismo ordenamiento, la tipici-



dad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha - por la Ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

La tipicidad es la edecuación de la conducta al tipo, que se - podría resumir en la formula: "NULLUM CRIMEN SINE TIPO".

La tipicidad desempeña una función predominante descriptiva, - que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuricidad por concretarla en el -- ambito penal. La tipicidad no sólo es pieza técnica. Es, como secue la del principio legalista, garantía de la libertad.

Para que se lleve a cabo la tipicidad en la desertión, se re-- quiere: a) Que el sujeto activo, sea militar en el servicio activo; - b) que se separe del servicio; c) que dicha separación sea ilegal y que no se justifique en el término que la Ley establece.

Es decir que una conducta concreta, realizada por un militar, - se encuadre al presupuesto que la Ley hace al respecto en sus artí- culos 255 y 269, del Código de Justicia Militar.

Una vez que distinguimos perfectamente entre tipo y tipicidad- es pertinente estudiar al delito de desertión en cuanto a la clasi- ficación de su tipo, atendiendo al analisis que realiza Fernando -- Castellanos, quien nos presenta el siguiente cuadro sinoptico:

Por su composición.	Normales	Se limitan a hacer una descripción objetiva.
	Anormales	Además de factores objetivos con tienen elementos subjetivos o -- normativos.
	Fundamentales o bá-- sicos	Constituyen la esencia o funda-- mento de otros tipos.
Por su ordena-- ción metodoló-- gica.	Especiales	Se forman agregando otros requi-- sitos al tipo fundamental, al - cual subsumen.
	Complementados	Se constituyen al lado de un ti-- po básico y una circunstancia o-- peculiaridad distinta.
En función de su autonomía	Autónomos o inde-- pendientes.	Tienen vida por si
	Subordinados	Depende de otro tipo.
	Casuísticos	Prevé varias hipótesis; a veces-- el tipo se integra con una de - ellas (alternativos); otras con-- la conjunción de todas (acumula-- tivos).
Por su formu-- lación	Amplios	Describen una hipótesis única, - que puede ejecutarse por cual--- quier medio comisivo.
	De daño	Protegen contra la disminución o distribución del bien.
Por el Resulta-- do	De peligro	Se tutelan los bienes contra la-- posibilidad de ser dañado.

a).- El tipo normal, se limita a hacer una descripción objetiva, es decir, se refiere a situaciones puramente objetivas, se con-

cretiza a lo prohibido y no hace referencias o explicaciones, mientras que en el tipo anormal se hace necesario establecer una valoración, ya sea cultural o jurídica, se desprende que el tipo del ilícito de deserción es anormal, porque, para que se realice éste, puede referirse a cualquiera de las cuatro fracciones de su tipo, siendo el caso para la tropa, y en las diez fracciones del tipo para los oficiales y no específicamente en una de ellas, además de que el contenido de cada una de ellas, requiere una valoración cultural o jurídica.

b).- El tipo fundamental o básico, anota el Profesor Mariano Jiménez Huerta:

" Que la naturaleza idéntica del bien jurídico-tutelado, forja una categoría común, capaz de servir de título o de rúbrica a cada grupo de tipos: Delitos contra el honor, contra el patrimonio, etc., constituyendo cada agrupamiento -- una familia de delitos (15).

Así se concluye que el delito de deserción, es un tipo fundamental o básico, porque integra la espina dorsal, del grupo de tipos, cuyo título o rúbrica es la de: Delitos contra la existencia y seguridad del ejército.

---

(15) Mariano Jiménez Huerta. La Tipicidad. Página 96, Editorial Porrúa, México, 1955.

c).- El tipo especial, es formado por el tipo fundamental y -- otros requisitos, cuya nueva existencia, excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial.

El tipo de deserción no es fundamental, ya que para que se realice no necesita requisitos que excluyan la aplicación del tipo básico, es decir, si la conducta delictiva realizada por un militar, encuadra perfectamente en el tipo de deserción, se dá éste y no -- otro tipo que lo excluya.

d).- El tipo complementado, se integra con el fundamental y -- una circunstancia o peculiaridad (deserción llevándose el fusil) ,-- la diferencia entre los tipos esencial o especial y fundamentado o complementados, consiste en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los segundos presuponen su presencia, a la cual -- se agrega como aditamento, la norma donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad.

Los especiales y los complementados, pueden ser agravados o -- privilegiados, según resulte un delito de mayor entidad. Así el que deserte de la escolta de prisioneros, estará en el supuesto del tipo complementado y agravado; para el tipo complementado privilegiado es por ejemplo: Cuando el militar falta sin motivo legítimo a la revista de administración, al cual se le sanciona con la pena de -- dos meses de prisión en un cuartel o buque sin perjuicio del servicio. Este ilícito es menos grave a la Nación siempre y cuando se --

realice en tiempo de paz, de ahí la diferencia entre agravado y privilegiado.

e).- Tipo autónomo o independiente, son los que tienen vida -- propia, sin depender de otro tipo, en el caso del tipo de deserción sí es autónomo, porque no depende de ningún otro tipo.

f).- Tipo subordinado, es aquel que depende de otro tipo. Por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida en razón de éste, al cual no solo complementan , sino se subordinan. El tipo de deserción no se subordina ante ningún otro tipo ya que es autónomo o independiente.

g).- De formulación casuística, son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de - ejecutar el ilícito, esta forma de tipo es la que corresponde al i- lícito de la deserción, ya que el legislador del 33, de esta centu- ría, año en que empieza a regir el Código Militar vigente, ya que - son varias las formas de cometer tal delito, como lo podemos obser- var en los artículos 255 y 269 de dicho ordenamiento.

Este tipo casuístico, se clasifica en: a) Alternativamente for- mados y b) Acumulativamente formados. En los primeros se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de e -- llas, en el caso de la deserción, se entenderá realizada si el agente vulnera cualquiera de los supuestos de las cuatro Fracciones, del artículo 255, en el caso de que sea tropa, o de los diez del artícu

lo 269, para el caso de los oficiales. En los acumulativamente formados se requiere el concurso de todas las hipótesis, forma que no se da en el delito de deserción.

h).- De formulación amplia, a diferencia de los tipos de formulación casuística, se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución, algunos autores la llaman "de formulación libre", es decir, el sujeto activo llega al mismo resultado -- por diversas vías, cosa que no se da en el tipo de deserción ya que es de tipo casuístico.

i).- De daño y de peligro, si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución, el tipo se clasifica como de daño ; de peligro cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado. El tipo de deserción es de daño, ya que disminuye la seguridad del ejército.

Concluimos que el tipo de deserción es anormal, fundamental, complementado, autónomo, casuístico y de daño.

Ausencia de tipo y de tipicidad. Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. Para el delito que comentamos, los elementos del tipo son: que el agente o sujeto activo, sea militar en servicio activo; que se separe del servicio; que dicha separación sea ilegal y que no se justifique en el término que la Ley establece. Si falta alguno de los elementos que mencionamos la

conducta no se encuadra en el tipo de deserción y se dá lo que cono-  
cemos como atipicidad.

La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al -  
tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

La ausencia de tipo, se presenta cuando el legislador, delibe-  
rada o inadvertidamente, no describe una en el carálogo de los deli-  
tos.

Antijuricidad y causas de justificación. La antijuricidad es -  
un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para -  
dar una idea positiva, sin embargo, comúnmente se acepta como anti-  
jurídico, que es lo contrario al derecho.

Lo antijurídico es una expresión desaprobadora que requiere es-  
clarecimiento a fondo, porque tanto lo justo como lo injusto, han -  
sido enturbiados por pretendidas exigencias de moral y de políti --  
ca.

Tendremos que reconocer que primero es lo injusto y que lo an-  
tijurídico es su contratio. Esta es la COMMUNIS OPINION, ya que así  
piensan principalmente Beling , Sauer, Fischer y Zimmerl.

Según Guillermo Sauer, lo injusto y lo antijurídico son lo mis-  
mo, afirma que lo injusto abarca la valoración y el concepto, y lo-  
antijurídico sólo la valoración.

Binding, que trata el asunto más profundamente, dice: Que lo -  
injusto es sólo no derecho, y que lo antijurídico es ya un anti, es

decir antes del derecho, cosa que es imposible.

La antijuridicidad, constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio substancial. Sin embargo Franz Von Liszt, ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad, y consiste en una antijuridicidad formal y otra material.

El caso será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado. (Oposición a la Ley), y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

Según Cuello Calón, hay en la antijuridicidad un doble aspecto : la rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material).

"Para Ignacio Villalobos, la infracción de las Leyes, significa una antijuridicidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad material. Si toda sociedad se organiza formalmente es, para, fijar las normas necesarias para la vida -- del grupo y por ello el Estado proclama sus Leyes, en donde dá forma tangible a dichas normas"

(16)

(16) Ignacio Villalobos. Derecho Penal Mexicano I, Pag.249, 2a. Ed. - Porrúa, 1960.



Como es de notarse el ilícito de la deserción de acuerdo a las teorías citadas anteriormente, va encaminada a transgredir una norma preestablecida por el Código de Justicia Militar, en consecuencia oponiéndose a la Ley, de ésto concluimos que se trata de la antijuricidad formal.

Causas de Justificación.- Como se sabe, la antijuricidad indica lo contrario al derecho y como ya lo expresamos se analiza desde su aspecto negativo, ésto es, cuando concorra alguna circunstancia excluyente de responsabilidad, llamadas también Causas de Justificación, las que el Código de Justicia Militar, contempla en su artículo 119, y que son:

- a).- Legítima Defensa.
- b).- Cumplimiento de un deber.
- c).- Obediencia Jerárquica.
- d).- Impedimento Legítimo.

Las que analizadas en sus elementos, consideramos que no pueden darse en el presente ilícito, toda vez que, por lo que respecta a la Legítima Defensa, en forma por demás obvia, se desprende que un militar, no se va a separar del servicio ilegítimamente por repeler un agresión; por lo que respecta a las otras, el deber de un militar es siempre estar presto para todo servicio, y no existe otro deber legal que lo lleve a separarse de sus obligaciones, y la legislación militar incluso lo constriñe a no abandonar su servicio -

aún cuando vaya en juego su vida propia, o se lo mande un superior - pues en este caso tal orden sería contraria a la Ley, y no se está obligado a guardar la obediencia jerárquica; por lo que se concluye que, la realización de la conducta descrita por el tipo siempre se rá antijurídica.

Imputabilidad y causas de inimputabilidad.- Mientras algunos - autores separan la imputabilidad de la culpabilidad, estimando am - bas como elementos autónomos del delito, hay quienes dan amplio con tenido a la culpabilidad y comprenden en ella la imputabilidad. Una tercera posición, compartida por nosotros, sostiene que la imputabi lidad constituye un presupuesto de la culpabilidad.

Para que un sujeto sea culpable primerodebe ser imputable; pa - ra que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera reali - zarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinar - se en función de lo que conocè; luego de amplitud (intelectual y vo litiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso, la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el dere - cho Penal) se debe considerar como soporte y no como un elemento -- del delito, según pretenden algunos especialistas.

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud - mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo co - nocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en derecho penal, es decir, de realizar actos referidos al derecho penal que-

traigan consigo las consecuencias penales de la infracción.

La imputabilidad se define como: la capacidad querer y de entender en el campo del derecho penal.

Será imputable, todo aquel que posea, al tiempo de la acción, -- las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la Ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana.

La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y de desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

El militar siempre está en condiciones de salud y aptitud mental, ya que periódicamente se les exige se sometan a exámenes médicos, con los que se determina la aptitud para las armas.

Causas de Inimputabilidad.- Para que el militar pueda ser imputable es necesario que tenga capacidad de querer y entender, pues de no existir se dará lo que conocemos como la inimputabilidad la que el Código de Justicia Militar, contempla en sus dos primeras -- Fracciones del artículo 119, que a la letra rezan:

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 inconciencia de sus actos, determinado por el empleo ac

cidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes, o por un estado toxiinfeccioso agudo o agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio.

En el derecho penal común, se conoce también como causa de - - inimputabilidad, el ser menor de dieciocho años, lo que no existe - en nuestra legislación militar como tal, sino que sólo se establece como circunstancias atenuantes de la penalidad, como se observa en el artículo 153, del ordenamiento invocado:

" Los menores de dieciocho años que por cual -  
quier causa estuvieren prestando sus servicios -  
en el ejército, serán castigados con la mitad -  
de las penas corporales señaladas en la presen-  
te Ley, respecto del delito cometido".

Culpabilidad y causas de inculpabilidad.- Una conducta será de lictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable.

Se considera culpable la conducta según Cuello Calón, cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada.

Luis Jiménez de Asúa, define a la culpabilidad como:

"El conjunto de presupuestos que fundamentalmente la reprochabilidad personal de la conducta -

antijurídica". (26)

Porte Petit, la define como:

"El nexa causal y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto". (27)

"La culpabilidad reviste dos formas: Dolo y --- Culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la Ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por un olvido de las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa). También suele hablarse de la preterintencionalidad como una tercera forma o especie de la culpabilidad, si el resultado delictivo sobrepasa a la intención -- del sujeto" (28)

Como resumen a este carácter del delito diremos que se le conoce como la relación psicológica de la causalidad entre el autor-

(26) Luis Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito. Pag. 444 Caracas - 1945.

(27) Porte Petit. Importancia Dogmática Jurídico Penal. Pag. 49 Ed. 1945

(28) Fernando Castellanos Tena. Lineamientos elementales de Derecho Penal.

y el resultado , es decir, que existen delitos intencionales e imprudenciales, atendiendo precisamente al Juicio psicológico que se forma en el agente para cometer el delito, o sea los primeros son aquellos en los que existe la intención dolosa por parte del agente para incurrir en la conducta delictiva, y los segundos serán aquellos en los que se incurre en dicha conducta por imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o cuidado; al respecto se puede afirmar que tal y como está descrito; al tipo del delito de deserción, el mismo puede admitir las dos formas, aunque al respecto se ha manifestado que este delito lleva implícito el dolo, o sea la intención del agente para incurrir en el mismo, sin embargo basta analizar las conductas que requiere el tipo sobre todo las omisiones, como son por ejemplo, el quedarse en tierra al zarpar la unidad, en este caso el agente puede incurrir en esa conducta, al no tomar sus providencias para estar en su unidad a tiempo, para zarpar en ella, o sea que actuaría por imprevisión negligencia o falta de cuidado.

Inculpabilidad.- La inculpabilidad como aspecto negativo del elemento anteriormente analizado llegamos a concluir que será cuando falte la relación psicológica entre el agente y el resultado o sea cuando se anule a las formas antes descritas de la culpabilidad o sea el Dolo y la Culpa en sí, al respecto se han señalado como principales causas de inculpabilidad el Error, la inculpable igno-

rancia, el temor fundado y el Impedimento insuperable de los cuales nuestra legislación militar sólo contempla las dos últimas en su artículo 519.

La primera de las causas de inculpabilidad anteriormente mencionadas consiste en que el agente tenga una idea falsa de los elementos del resultado, ésto es que exista en sí el error pero que este sea esencial o decisivo en relación al propio resultado, como sería el caso de apoderarse de una cosa creyéndola propia en este caso se anula totalmente la relación psicológica del agente por no existir ni dolo ni imprudencia.

En el caso concreto del delito de desertión se considera que no es posible que esta causa de inculpabilidad se dé, toda vez que no cabe concebir un tipo de este error para separarse del servicio militar sin causa justificada.

Respecto a la inculpable ignorancia que consiste en ejecutar un hecho que no sea delictuoso por sí mismo sino sólo por cierta circunstancia del ofendido que el acusado ignore; en el de desertión la ofensa va dirigida a la existencia y seguridad del ejército y la misma no puede decirse que se ignore por todos y cada uno de los elementos que lo componen llegándose a la conclusión lógica de que no puede darse esa circunstancia como causa de inculpabilidad en el delito de desertión.

Por último como hemos dicho el Código de Justicia Militar en -

su artículo 119 incluso al temor fundado y el impedimento insuperable de los cuales consideramos que, únicamente podría darse esta última como causa de inculpabilidad, el militar sea apresado o sufran un accidente que lo imposibilite para presentarse a su servicio; en este caso no existe la intención de separarse del servicio pues la misma está viciada por tal impedimento insuperable.

Condiciones objetivas de punibilidad.- Dentro del examen dogmático de todo delito es necesario tal como lo hemos venido haciendo-examinar todos y cada uno de sus elementos, de los cuales en concepto del sustentante para que exista el delito en general basta con que se reúnen los elementos anteriormente mencionados, sin embargo, autores como el maestro Porte Petit incluyen también como elemento del delito las Condiciones Objetivas de Punibilidad que son aquellas circunstancias que de existir o de darse estas condiciones se proceda en contra del infractor de éstas la más clara, lo es la querrela, la que en caso de no darse la misma y la ley lo exija para proceder en contra del infractor, el mismo quedará impune, a esta misma querrela se refiere el Código de Justicia Militar en la parte final de su artículo 57 sin embargo única y exclusivamente la contempla en relación a los delitos de los Fueros Común o Federal y al ser el delito de deserción un delito esencialmente Militar, lógico es que no le sea aplicable de ninguna manera por lo que se concluye que en este ilícito no se requiere de ninguna Condición Objetiva de



Punibilidad para proceder en contra de los infractores pues lo mismo debe de hacerse de oficio.

Punibilidad.- Esta ya se ha analizado en el capítulo segundo de este trabajo en todos y cada uno de sus aspectos que la misma -- presenta, o sea que este elemento consiste en la pena que se impone al infractor, y por lo que respecta a su aspecto negativo o sea las excusas del derecho penal militar, éste no contempla la existencia de ninguna de estas excusas por lo que siempre se procederá en contra del infractor, imponiéndole la pena correspondiente.

## CAPITULO TERCERO

### EL DELITO DE DESERCIÓN EN EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR VIGENTE

#### 1.- La Deserción de la Tropa.

a).- Atenuantes.

b).- Agravantes.

#### 2.- Deserción de los Oficiales.

a).- Comentario.

b).- Atenuantes.

c).- Agravantes.

El delito de deserción en el Código de Justicia Militar vigente.

#### Breves Consideraciones.

El Código de Justicia Militar vigente, en el Título VIII, clasifica los delitos contra la existencia y la seguridad del Ejército en los cuales en el Capítulo IV incluye a los delitos de DESERCIÓN e INSUMISIÓN; por lo que hace al primero de los ilícitos citados, que es el que interesa al presente trabajo, dicho ordenamiento cae en lo que se ha venido mencionando, de no definir en forma clara y precisa tal delito, agravada ésta situación con la circunstancia de que, como se ha afirmado, sus antecedentes inmediatos si definían al delito, y en lugar de seguir con la tónica de esos ordenamientos como lo fueron la Ley Penal para la Armada de 1897, y la Ley Penal de 1901, este ordenamiento retrocedió hasta la Ley Penal para los desertores de 1857, y no definió la conducta delictiva como deserción, y encuadra en forma casuística, una serie de conductas que encuadran o que constituyen el ilícito, atendiendo en primer lugar a la jerarquía y en segundo a diferentes circunstancias que atenúan o agravan la pena, así encontramos que en primer término se refiere a la deserción del personal de tripulación.

#### 1.- La deserción en la Tropa.

En el artículo 255, del Código de Justicia Militar, tipifica una serie de conductas diversas, cometidas por la tripulación, que-

constituyen el delito de deserción, preceptuando que:

"La deserción de los individuos de tropa que no estuvieren en servicio, se entendera 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!

Como puede observarse, en la fracción anterior la deserción se consuma, cuando el individuo de tropa se encuentra ausente, sin motivo legítimo, en el momento de la revista de administración, revista que debe efectuarse en forma mensual, por éste sólo hecho el sujeto activo del delito ha cometido deserción, en virtud de que, se entiende que se ha separado ilegalmente del servicio militar y si está en intención dolosa de separarse del servicio, se puede probar sin necesidad de que transcurran las veinticuatro horas, no es necesario recurrir a dicho lapso, el que, sólo se hara valer como prueba, a falta del hecho preciso y revelador de aquella intención dolosa.

"II.- Cuando faltaren sin impedimento justificad<sup>o</sup> por tres días consecutivos a las listas de diana y retreta de las fuerzas a que pertenez-

can, o a las dependencias de que formen parte".

Al igual que la fracción anterior, señala el plazo de tres -- días de faltar a las listas de diana y retreta, como prueba para -- demostrar la separación ilegal del servicio militar, por lo que se -- entiende consumada la desertión hasta fenezca este plazo, sin que -- el militar se presente, y si llegare a hacerlo antes de vencido ese -- plazo, no existirá delito, precisamente porque la conducta no se -- encuadra al tipo legal descrito, no ocurriendo como en el Código de Justicia Militar Español que tipifica además el delito de faltista, considerándolo como un ilícito menos grave que el de desertión.

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

Como se observa en esta fracción, la desertión se consuma, pa-  
ra los marinos, en el momento en que se quedan en tierra, a la sali-  
da del buque a que pertenezcan, cuando tengan conocimiento de ella,  
es decir que se les haya comunicado dicha situación, entendiéndose-  
que faltan a bordo del barco, con la intención de separarse del ser-  
vicio, toda vez que si están enterados de que su unidad va hacerse-  
a la mar, están obligados a estar en ella cuando ocurra tal cosa, -  
pués de lo contrario están demostrando que no desean incorporarse a

su servicio, o sea que, desean separarse ilegalmente del servicio militar.

"IV.- Cuando se separen del servicio sin permiso del superior que tenga facultad 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 este el barco a que pertenezcan y en campaña, a cualquier distancia de la plaza buque o punto militar".

En esta última fracción se hace valer como medios de prueba de la separación ilegal del servicio militar, la distancia de su separación del campamento o guarnición, o bien el tiempo de la misma -- (una noche), sin el correspondiente permiso del superior que tenga facultad para concederlo, la primera en tiempo de paz, será de más de veinte kilómetros de distancia del campamento, cuarenta de la guarnición, o quince del puerto en donde este el barco a que pertenezcan, tal cosa nos parece ilógica, porque el legislador se refirió a la distancia que se podía recorrer en aquel tiempo, ya que no existía transporte como hoy en día, actualmente veinte kilómetros, cuarenta o quince, se recorren en una fracción de minutos y dicha distancia es mínima en relación del punto militar a la vivienda de-

los militares; y cuando el Código se refiere a estar en campaña, cometiendo el ilícito de deserción, el militar que se separe a cualquier distancia del punto militar, nos parece muy acertada ya que lo que se pretende es la seguridad de las fuerzas armadas.

En el precepto legal transcrito existen cuatro formas distintas para cometer el delito de deserción, y de las mismas se infiere el denominador común al ilícito, que es la SEPARACION ILEGAL DEL -- SERVICIO MILITAR, por esta razón, es que se insiste sobre la necesidad de que tal ilícito sea definido por el tipo, o sea que a concepto del sustentante, se prefiere que el tipo sea de formulación libre y no casuística, de esta manera se sugiere que este precepto legal se redacte de tal modo que, comprenda en su contenido todas las conductas que impliquen la separación ilegal del servicio militar, pudiendo quedar en los siguientes términos: Comete el delito de deserción el militar que se separe ilegalmente del servicio militar -- a falta de cualquier otra prueba que acredite esa separación, se -- entenderá demostrada la misma en los siguientes casos. . .

Asímismo puede apreciarse en este numeral que las conductas -- que tipifica como deserción, ya habían sido previstas desde la Ley Penal para los desertores de 1857, en su artículo primero, y que la conducta tipificada en la fracción IV, del numeral transcrito, desde el año 1882, ya se prevenía en la Ordenanza General del Ejército, en el artículo 3586, fracción II, que prevenía, considerar como --

desertor al que se separa a más de cuátro leguas de su guarnición-- por lo que se considera no estar muy equivocado el sustentante al -- mencionar que existe cierto anacronismo en el Código de Justicia -- Militar vigente, toda vez que, se puede aseverar que el hecho de -- alejarse quince, veinte o cuarenta kilómetros del lugar de adscripción, no significa en si que pueda existir la separación ilegal del servicio, sino que para este fin debe de concurrir el animus necandi en el infractor, o sea que el alejamiento de la adscripción, lo sea precisamente con el animo de desertar.

En los artículos 256 y 257, se establecen las penalidades que han de aplicarse a los militares cuya conducta se adecúe a lo previsto por el artículo 255, esto es, atendiendo a diversas circunstancias, tales como la presentación voluntaria, al término de la -- misma, o bien si fueren aprehendidos, agravando tambien la pena por el hecho de ser condenado por varios de los delitos tipificados en el artículo 255, o por reincidencia, así en esta forma se dispone:-- que a los desertores se les castigará en tiempo de paz; 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, o con tres meses de prisión en un cuartel o buque, sin perjuicio del servicio, si dicha presentación la efecturen después del plazo señalado anteriormente y por último con la



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

Por su parte el artículo 257, establece que los individuos de tropa que debieren ser condenados al mismo tiempo por varios delitos a que se refiere el artículo 256, o por uno sólo de ellos, cuando lo hubieren sido ya por otro de ese mismo género, en sentencia irrevocable pronunciada con anterioridad, se les castigará con cuatro meses de prisión en un cuartel o buque sin el perjuicio del servicio, si se presentaren voluntariamente dentro del término de -- ocho días contados desde aquel en que se hubieren realizado su separación ilegal del servicio militar, y con la de seis meses de prisión en un cuartel o buque, sin perjuicio del servicio, si esa presentación la hicieren después del plazo mencionado, y por último -- 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.

Se deduce de lo anterior, que en el legislador si existió la idea de asentar la esencia del delito de desertión, toda vez que, -- el mismo hace referencia a la separación ilegal del servicio militar; y con relación a la presentación voluntaria dentro de los ocho días o después de ellos, deben contarse, como expresa el artículo a partir del día siguiente en que se realiza la separación ilegal del

del servicio militar, cuando ese momento se puede precisar, y en -- caso contrario, a partir del momento en que la Ley entiende consuma do el delito.

En sí se puede afirmar, que, en los preceptos mencionados, pa- ra establecer la penalidad, el legislador atendió al mayor e menor- daño causado al servicio militar con la separación ilegal del in- fractor, ya que, si el ánimo de separarse del servicio es en forma- total, la penalidad es mayor, y si ese ánimo de separarse durante - una temporada, menor o mayor que ocho días, esa misma penalidad es- menor o mayor a aquella.

Por otra parte, los ordenamientos legales que analizamos, - -- atienden a la jerarquía que ostente el infractor, ya que, en el ar- tículo 258, señala las penas de tropa que sean clases, ésto es, Sar- gento y Cabo desertores, pena de prisión y destitución del empleo - para el caso en que sean aprehendidos, pena de prisión y suspensión del empleo, para cuando se presenten voluntariamente, siendo el tér- mino de la suspensión igual al de la pena de prisión, debiendo ade- más, en uno y otro caso prestar servicio en calidad de soldados, -- estas penas se fundan en la mayor responsabilidad y sentido de la- disciplina militar, es decir el sistema militar es ejemplificativo, o sea a mayor grado, mayor será la pena impuesta por la legisla - - ción militar.

Es de hacerse notar, que de hecho existe una mala técnica en -

el artículo 257, del Código de Justicia Militar, ya que hace una --  
remisión a los delitos a que se refiere el artículo anterior y se --  
ve claramente que no tipifica delito alguno, sino que establece --  
penas para los delitos que si tipifica el 255, y atendiendo al prin --  
cipio general de derecho consagrado en el artículo 14, de nuestra --  
carta magna de NULLA POENE SINE LEGEM, sino existe una penalidad --  
aplicable exactamente al delito de que se trata, no podrá imponerse --  
ésta, en consecuencia se puede afirmar que el precepto comentado no --  
tiene aplicación desde el punto de vista estrictamente jurídico, --  
siendo de necesidad inmediata, promover las reformas que requiere --  
dicho ordenamiento y en mi concepto debe quedar con lo que se re --  
fiere el artículo 255.

Por otra parte se encuentra que al establecer las reglas para --  
imponer penalidades a los individuos de tropa que cometan al mismo --  
tiempo varios delitos encuadrados en la desertión, no establece en --  
forma precisa si se trata de una acumulación formal, además de que --  
no requiere en sí a la comisión de los ilícitos, sino al hecho de --  
que el sujeto, sea condenado, por lo cual consideramos que es con --  
fuso este ordenamiento, reiterando la necesidad de que se reforme --  
este precepto por las razones asentadas, debiendo de quedar en la --  
forma siguiente: "En caso de que se cometa este delito en dos de --  
sus aspectos con una misma conducta, se le castigará con la pena de --  
. . . . . y en caso de que se cometa habiendo sido condena --

do por otro igual, se le castigará con la pena de. . . . .".

a).- A continuación de los numerales anteriormente comentados- el Código de Justicia Militar, establece diversas reglas para atenuar o agravar la pena, según las circunstancias que hayan concurrido en la comisión del ilícito, así tenemos que el artículo 259, establece que, cuando un individuo de tropa (soldado raso) comete el delito de deserción, pero justifica que no le fueron leídas, cuando menos una vez al mes las disposiciones penales relativas a la deserción, o bien que no fuerón asistidos en el rancho, ración de vestuario correspondiente, además de que, habiendo presentado queja no se les hubiere hecho justicia, y que no hayan desertado tres o más individuos, sera una circunstancia atenuante, imponiéndosele sólo un mes de prisión.

Como puede observarse en éste numeral, si se establecen circunstancias atenuantes de la pena, atendiendo precisamente al hecho de que, el individuo infractor desconozca las disposiciones legales o bien se hubiere visto en la necesidad de desertar por el mal trato de que hubiese sido objeto, aunque son criticables relativamente la primera de las reglas, por el principio general de derecho, de que Ignorantia Lex non Excusat, sin embargo se acepta por el hecho de que el derecho militar no es comunmente conocido, sólo los que han tenido trato directo con él, pueden afirmar que lo conocen y solo en forma relativa, precisamente por el carácter o naturaleza--

suigeneris de que es objeto.

En el artículo 263, se establecen circunstancias atenuantes para los soldados que desertan estando de guardia o centinela, habiendo sido nombrados para esos servicios antes de los cuatro meses de instrucción, mismos que empezarán a contar a partir del día en que hayan sentado plaza en su corporación, se les aplicará el mínimo de la pena, estableciendo la misma situación para los marinos; es de hacerse notar que esta disposición no toma en cuenta el contenido del artículo 175, del Reglamento para el Servicio Interior de los Cuerpos de Tropa, en consecuencia se considera que existiendo esta regla debe desaparecer la contenida en el artículo 263 del Código de Justicia Militar, ya que como se ha dicho existiendo esta disposición en el Reglamento comentado, si el Comandante contraviene este precepto, su conducta se encuadra en lo dispuesto por el artículo 293, del Código Castrense, ésto es por tratar a un inferior de un modo contrario a las prescripciones legales, cometiendo en tal caso el delito de Abuso de Autoridad, resultando por tal motivo inoperante lo dispuesto por el artículo 263 comentado, ya que está prácticamente legalizando la situación antijurídica de los Comandantes, razón por la cual somos de la idea de que debe de derogarse este precepto.

b).- AGRAVANTES.

En la misma forma que se establecen circunstancias atenuantes, también se establecen circunstancias agravantes. Así si un individuo

se separa del servicio militar estando desempeñando algún servicio , la pena será mayor , si se deserta estando franco y ésto es natural toda vez que, si el bien jurídico que tutela este ilícito, lo es en la existencia y seguridad del ejército, lógico es que se vea en mayor peligro dicho bien si además de separarse del servicio militar , abandona actos propios del mismo en el momento de estarlo desempeñando, aunado todavía a que esos actos sean un servicio de armas, así tenemos el ejemplo de que un centinela que deserta en el momento de estar desempeñando ese servicio, y ante esta situación, todas las instalaciones militares quedan totalmente desprotegidas, es por ésto que el legislador atendiendo a esas razones, en el artículo 260 del Código Castrense, dispuso que, los individuos de tropa que deserten efectuando su separación ilegal del servicio militar en tiempos de paz, y cuando estén desempeñando actos propios de ese mismo servicio y distintos de los especificados en el artículo siguiente, (que posteriormente analizaremos) serán castigados con la pena de dos años de prisión si el servicio de que se trate fuere de armas, y con la de un año si fuere económico del cuartel, buque, o cualquier otro que no sea de armas, agregando además que los Sargentos y Cabos, sufrirán en todos esos casos la destitución de empleo.

En la misma forma que en la del precepto anterior mencionado, vemos que el legislador estableció diversas reglas para imponer penas diversas a los desertores que cometan el delito, separándose

de la escolta de prisioneros, estando de guardia y se lleven al caballo, la mula, la montura o cualquier otra arma, el que estando de centinela, el que lo haga escalando u horadando los muros o tapias del cuartel; estableciendo penas que van de tres a cinco años de -- prisión, disponiendo también que a las clases se les imponga la destitución del empleo.

Como se aprecia en este precepto, al igual que en todos los -- que tipifican este ilícito, se destaca también la esencia de la deserción que, como lo hemos venido mencionando es la separación del servicio militar y en cada una de las Fracciones de éste artículo -- se dá a entender que esa separación se ve agravada, por la circunstancia de encontrarse al cometer el delito desempeñando algún servicio específico, así en la Fracción I, el delito consiste en separarse en forma ilegal de la escolta de prisioneros, y será en el acto en que ocurra esa separación cuando se consume el delito. Lo mismo puede decirse de las siguientes Fracciones: en la II, el delito consiste en separarse del servicio de guardia, o de la escolta de -- municiones, o separarse simplemente del servicio militar, llevándose el caballo, mula, etc., en la III, el delito consiste en separarar se del servicio militar llevándose el fusil, carabina, etc., en la IV, la infracción consiste en separarse del servicio militar estando de centinela, la V, consiste en separarse del servicio militar -- escalando u horadando los muros o tapias del cuartel o puesto mili-

tar, etc., en la VI, la desertión consiste en separarse del servicio militar estando en una fortaleza o plaza fuerte.

Es de hacerse notar que en este precepto y en el anterior el legislador trató de ser demasiado casuístico, en su afán de imponer una penalidad adecuada al perjuicio que sufra el servicio militar, toda vez que todos y cada uno de los actos enunciados en el último de los numerales transcritos no son otra cosa que actos del servicio, en -- consecuencia, se puede deducir que prácticamente existen disposiciones contradictorias, ya que por una parte se establece una penalidad de un año de prisión para el que deserte abandonando un servicio de armas, y por otro lado se establece una pena de tres o cuatro años de prisión si se deserta de la escolta de prisioneros o estando de guardia, y se establece también una pena de seis años si se deserta estando de centinela; ante esta situación llegamos a la conclusión de que se debería de aplicar la regla general de derecho, de estar a favor del reo, por lo que la regla aplicable sería la contenida en el artículo 260, ésto es la pena menor, o bien en dado caso atendiendo también la regla especial, debería de aplicarse aquella que específicamente y en forma exacta al hecho, sea aplicable, siendo ésta la contenida en el artículo 261, aunque desde luego debemos de considerar que el legislador trató de enmendar esa confusión, cuando refirió en el artículo 260 a los individuos que desertaran abandonando un servicio distinto al especificado en el artículo 261.



Por lo anterior, consideramos que, a efecto de evitar este tipo de conflicto de leyes, debe de establecerse un tipo general que contenga todos los posibles servicios que puedan desempeñarse en el momento en que se cometa el delito de desertión, y de esta manera es necesario suprimir la disposición contenida en el artículo 261, para dejar única y exclusivamente el artículo 260, que podría quedar en los siguientes términos :

"Serán castigados los militares que deserten en tiempo de paz, y en el momento de estar desempeñando actos del servicio con las siguientes penas:

I.- Si el servicio es de armas de....a ....años de prisión.

II.-Si es económico, o de cualquier otro tipo de ....a....años de prisión.

Dejando desde luego un amplio arbitrio al Juez".

La siguiente disposición legal hace referencia a los Comandantes de la escolta o de la Guardia que desertan estando en el desempeño de esas funciones, en los casos previstos por las Fracciones I y II, del artículo anterior, el que desertare estuviere desempeñando las funciones de Comandante de la escolta o de la Guardia, será castigado con la pena de cuatro años de prisión o con la de seis según que estuviere comprendido en la I ó II, de esas mismas fraccio -

nes. Independientemente del anterior comentario, consideramos que es esta disposición si es necesaria debido a que se refiere precisamente a los Comandantes de los servicios que tienen una especial responsabilidad.

Cuando cometen el delito de desertión en campaña, en la misma -- forma se agrava la penalidad si se comete cuando se sale de la República o cometiendo el ilícito fuera de ella, situación que la encontramos en los artículos 264, 265 y 266, en éste último precepto se -- refiere el Código de Justicia Militar, a cuando se separen del servicio estando de faenas que sea consecuencia de un naufragio o suceso peligroso, en donde basta para cometer el delito, separarse durante -- dos días.

Consideramos que en este precepto el legislador no incluyó a -- los militares que se encuentran en tierra, ya que el mismo se refiere únicamente a los marinos, como se deduce del hecho de que habla -- únicamente de naufragio o suceso peligroso para la embarcación, y éste puede presentarse no sólo a bordo de una embarcación sino también en tierra como pudiera suceder cuando un ciclón, terremoto o cual -- quier otra fuerza de la naturaleza hiciere peligroso un cuartel o -- simplemente un convoy militar que llegara a tener un accidente, motivado por esta situación anormal de la naturaleza.

Creemos que es pertinente hacer notar que en los artículos 272, 273, 274 y 275, se establecen reglas generales aplicables tanto a la

deserción para Oficiales como a la deserción para la tripulación ya que en los mismos prevén la situación para los que desertaren frente al enemigo, marchando a contrario, esperándolo a la defensiva, bajo su persecución o durante la retirada, en estos casos tanto a los Oficiales como a la tripulación, se les impondrá la pena de muerte.

Continúan estos preceptos disponiendo que la deserción en actos del servicio o en campaña, se entenderá perpetrada, siempre que para llevarla a efecto se hubiere empleado un medio violento agregando que cuando el autor del delito se ponga fuera del alcance de las armas de sus perseguidores, o eluda tal persecución, o por el simple transcurso de veinticuatro horas sin que el desertor se presente con su inmediato superior o a la fuerza a que pertenezca, por otra parte la deserción frente al enemigo se entenderá cometida en el acto de separarse un militar, indebidamente de las filas, o de un marino del buque o fuerza a la que pertenezca.

Notamos que en estos preceptos la deserción consiste en lo que hemos venido repitiendo, o sea es la separación ilegal del servicio militar, entendiéndose esta separación verificada por algunos de los hechos que señala el Código de Justicia Militar y cuando ésto no sea posible por cualquier otro hecho que revele esa separación ilegal del servicio, hechos que constituyen en sí medios de pruebas tales como el de un medio violento para conseguir la separación ile

gal del servicio, ponerse, el autor del delito, fuera del alcance-- de las armas de sus perseguidores, o eludir toda persecución; la -- esencia del delito, su elemento constitutivo formador, no lo son -- esos medios de prueba, sino única y exclusivamente la separación - ilegal del servicio militar. De ahí que el legislador haya propor- cionado medios de prueba para facilitar la comprobación de dicha se- paración, pero sólo una lista de esas probanzas a manera ejemplifi- cativas, pues el mismo está dejando abierto el camino para valerse- de cualquier otro hecho, distinto de los señalados en los artículos , anteriormente mencionados, que demuestren esa separación.

## 2.- LA DESERCIÓN DE LOS OFICIALES.

De acuerdo con la técnica que establece el Código de Justicia - Militar en el sentido de que, a mayor responsabilidad, mayor penali- dad, lógico es que a los Oficiales que cometieren el delito de de -- serción se les aplique mayor penalidad, regla general que en sí se - puede afirmar contienen los artículos 267, 268 y 269, así como 270 y 271, toda vez que en los mismos preceptos se establecen penalidades- en forma más elevada para los Oficiales que cometen el ilícito comen- tado, así en el artículo 267, se establecen reglas generales aplica- bles que son :

"Los Oficiales que desertaren en tiempo de paz- y en alguno de los casos enumerados en el pre - sente artículo, serán castigados:

I.-El que se deserte desempeñando cualquier comisión distinta de las que se especifican en -- las Fracciones posteriores, si el servicio de -- que se trata fuere de armas, con la pena de -- tres años de prisión; con la un año y seis me-- ses, si aquel fuere economico del cuartel o --- buque, o cualquier otro que no sea de armas; y-- en ambos casos, con la destitución, ya sea que-- no proceda o no como consecuencia de las ante-- riores.

II.- El que deserte de la escolta de prisione-- ros, detenidos o presos o de cualquier otra no especificada en éste artículo, con la de cinco años de prisión o con la de cuatro según que el que se desertare fuere o no comandante de la -- escolta.

III.- El que desertare estando de guardia, o de la escolta de municiones, con la de ocho años -- de prisión, o con la de seis, según el que de-- sertare fuere o no comandante de la gusrdía o -- de la escolta, y

IV.- El que sin estar desempeñando servicio de-- armas desertare al extranjero, con la de siete-

años de prisión, si estuviere desempeñando ese servicio con la de nueve años, y si fuere el --comandante de un punto, fuerza o buque, con la-- de once".

Además del hecho a que nos hemos referido al analizar el artículo 255, del Código de Justicia Militar, consistente en que este ordenamiento adolece del defecto de no definir en esencia el delito de desertión, se observa en el precepto anteriormente transcrito -- que se agrava tal defecto, toda vez que en si, tal numeral da por -- entendido el delito de desertión, cuando en realidad el artículo -- 255, únicamente lo tipifica para los individuos de tropa, por lo -- que en dado caso no establece la forma o las conductas de los ofi-- ciales, que constituyen el delito de desertión, pues este numeral únicamente se concreta a establecer penas según las circunstancias -- en que se cometa el delito, atenuando o agravando tales penalidades de ahí la necesidad imperiosa que se tiene de establecer dentro del Código, la tipificación clara y precisa, como se ha propuesto en el presente capítulo y en esencia el delito de desertión, la que será -- aplicable tanto para oficiales como para la tripulación, pues de -- otra manera se debe aplicar la regla de: NULLUM CRIMEN, SINE LEGEM, y al existir la penalidad pero no el delito, esta se hace totalmen-- te nugatoria.

a).- Comentario.

El Código de Justicia Militar, supone, que los oficiales cometen el delito de desertión, cuando incurren en las conductas previstas por el artículo 255, y decimos supone, en virtud de que, como se ha manifestado, el citado precepto legal tipifica el delito de desertión para los individuos de tropa, pero en si no existe ninguna disposición que establezca claramente que las mismas disposiciones serán aplicables a los oficiales, por lo que es aplicable el principio de NULLUM CRIMEN, SINE LEGEM, sin embargo el artículo 269 menciona que también serán considerados como desertores los oficiales, cuando incurran en alguna de las causales que prevee tal disposición legal, en sus diez fracciones y precisamente de la redacción de este precepto es que se deduce el razonamiento esbozado, puesto que las mencionadas, lo único que hacen es equiparar esas conductas al delito de desertión.

Artículo 269:

"Serán considerados también como desertores los oficiales:

I.- Que con pretexto de enfermedades u otro motivo, se queden en las poblaciones, sin el correspondiente permiso, cuando, marchen las fuerzas a que pertenezcan.

II.- Que sin la orden correspondiente ni motivo legítimo, no lleguen al punto de su destino con

la debida oportunidad, o se regresen después de emprendida una marcha.

III.- Que sin justa causa se desvien del derrotero que se les hubiere señalado como indispensable en su pasaporte.

IV.- Que se separen una noche del campamento de la guarnición en que se hallen, sin permiso del superior en quién resida la facultad de concederlo.

V.- Que se separen a más de cuarenta kilómetros de distancia de su campamento o más de ochenta de su guarnición, treinta del puerto en donde este el barco a que pertenezcan, en tiempo de paz, y a cualquier distancia de la plaza, buque o punto militar en campaña, sin licencia del superior.

VI.- Que falten al servicio tres días consecutivos, sin motivo legítimo, o se separen durante cuarenta y ocho horas del barco a que pertenezcan sin permiso del superior.

VII.- Que falten al acto de la revista de administración sin causa legítima y no se presenten a justificar dentro de las veinticuatro horas -



siguientes.

VIII.- Que habiendo recibido cualquier cantidad para la marcha, no emprendan esta a su destino-después de tres días de expedido el pasaporte,- en el término que se le hubiere señalado, sin impedimento legal o sin orden ni permiso de la autoridad que corresponda.

IX.- Que disfrutando de licencia temporal dejen de presentarse cuando hubieren sido llamados -- antes de que fenescan el plazo por el que les -- hubiere sido concedida, o sin causa justificada cuando haya expirado dicho plazo.

X.- Que disfrutando de licencia ilimitada no se hubieren presentado después de dos meses de -- haber recibido la orden y los recursos necesarios para ello, en caso de guerra extranjera".

Como se deduce de este precepto, el legislador trató de enmendar su error, al establecer en forma equiparada las mismas disposiciones del artículo 255.

Es conveniente hacer ciertos comentarios que se considerarán --- interesantes; en esta parte del trabajo hicimos notar, que la técnica del Código de Justicia Militar, es en sentido de imponer mayor--penalidad, cuando exista mayor responsabilidad, así pues se deduce--

de los artículos 267, 269 y 270, que efectivamente la penalidad para los oficiales desertores es mayor que la establecida para el personal de tripulación, sin embargo esa diferencia de penalidad constituye a nuestro criterio un abismo que lo separa de la deserción para la tripulación, que hace que las penas que se imponen a los oficiales sean de enorme gravedad, así se encuentra que en casi todos los casos, existe la destitución de empleo, misma que en sus alcances se encuentra reglamentada por los artículos 136 al 141, del propio Código de Justicia Militar y conforme a los cuales constituye la privación absoluta del empleo militar, perdiendo los derechos adquiridos en virtud del tiempo de servicios prestados, quedando inhabilitados para volver a pertenecer al ejército por un término que el propio Juez establecerá sin que pueda ser menor de un año ni mayor de diez, como ejemplo citamos el siguiente: Un Oficial con 29 años de servicios, próximo a retirarse (a los veintinueve años de servicios) con el 100% de sus haberes, si por cualquier causa llegase a desertar ya sea porque no se presente al servicio al vencimiento de su Licencia Temporal, será condenado a la destitución de empleo, de conformidad con el artículo 269, fracción IX, en relación al artículo 270, fracción III y en consecuencia, perderá los derechos adquiridos por sus veintinueve años de servicios, situación que nos parece totalmente en grado extremo severa, toda vez, que tendrá que volver a empezar a generar sus derechos de beneficio

social, para poder obtener un haber de retiro y lógicamente, esa -- persona para ese entonces tendrá una edad, por decir algo de más de cincuenta años, ésto es, casi inútil para pertenecer al servicio activo por haber llegado a la edad límite, es decir, que por esa deserción ha perdido lo obtenido, durante toda su vida, lo que trasciende no sólo a él sino principalmente a su familia, la que jamás podrá -- contar con una pensión. Y si por una parte se justifica que existe esa mayor severidad en las penas, en estos casos no existe tal justificación toda vez que el ejemplo citado como deserción para el personal de tripulación, ni siquiera se tipifica como tal.

Así mismo consideramos prudente insistir en que es un error por parte del Código de Justicia Militar el tipificar el delito de deserción en forma casuística sin que exista una definición clara y precisa de este ilícito, así por ejemplo tenemos el caso que en infinidad de veces se ha presentado en la práctica en muchos Comandantes de Unidades Navales han ordenado a los agentes de la Policía Judicial Militar en funciones ( por estar de servicio de armas) levanten acta de Policía Judicial Militar, a militares que no se presenten al término de sus vacaciones, y al no estar tipificada tal conducta con el Código de Justicia Militar, lógico es que no existe delito, atendiendo al principio de NULLUM CRIMEN, SINE LEGEM, razón por la cual si existiera la disposición a que nos hemos referido no se presentaría tal problema.

## b).- ATENUANTES.

El Código de Justicia Militar, específicamente no se refiere en ninguno de sus presupuestos a alguna atenuante para el delito de deserción cometido por Oficial, pero es de entenderse, que la aplicación de atenuantes para la Tripulación es de aplicación a los Oficiales, aunque el legislador no lo haya tratado, así el artículo 259, - del Código comentado establece: " 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 le fueron leídas cuando sentaron plaza, y una vez al mes por lo menos las disposiciones penales relativas a la deserción . . . . ."

Es decir, a un individuo se le contrata como Oficial ya sea por su prosesión o conocimientos técnicos que tenga, este sujeto no conoce el medio militar, mucho menos el derecho o normas que lo regulan y abandona es servicio ya sea por mal trato o por no adecuarse al sistema, desconociendo los preceptos legales de la deserción, es por eso que el legislador hace referencia a una pena mínima, que a nuestro parecer es aplicable a los Oficiales, aunque con la modalidad que la pena mínima para un Oficial, debe ser diferente a la impuesta a un individuo de tropa, ya que es más grave, que deserte el Oficial que el de tropa, en virtud de que nuestra disciplina militar es -- ejemplificativa.

c).- AGRAVANTES.

En igual forma que lo hizo con los individuos de tripulación , el Código establece, aunque sea en una sola disposición (artículo -- 272) una circunstancia agravante, de la penalidad en el delito de deserción de los Oficiales, consistente en el hecho de que se comete - el delito frente al enemigo marchando a contrario, esperándolo a la defensiva bajo se persecución a la retirada, y por su parte los artículos 273 y 275 establecen reglas aplicables tanto a la deserción- para los Oficiales como la deserción de los elementos de tripulación.

## CAPITULO CUARTO

### NATURALEZA JURIDICA DE LA DESERCIÓN FRANCA

- 1.- Deserción estando franco.
- 2.- Naturaleza Jurídica de la Relación-Laboral. (Contrato de enganche)
  - a).- Servicio Militar Obligatorio.
  - b).- Servicio Militar Voluntario.
- 3.- Rescisión del Contrato de Enganche.
  - a).- Cláusula 5a. Inciso b).
  - b).- Constitucionalidad.
  - c).- Protección al personal de las-Fuerzas Armadas al Amparo de - la Legislación Laboral.
- 4.- Critica Jurídica de la Deserción -- Franca.

1.- DESERCIÓN ESTANDO FRANCO.

Es aquella a la que se refiere el artículo 255 del Código de --  
Justicia Militar, que a la letra dice:

" La deserción de los individuos de tropa que -  
no estuvieren en servicio se entenderá realiza-  
da, a falta de cualquier otro hecho que lo de -  
muestre:

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

II.- Cuando faltaren sin impedimento justifica-  
do por tres días consecutivos a las listas de -  
diana y retreta de las fuerzas a que pertenez -  
can o a las dependencias de que formen parte.

III.- Cuando tratándose de marinos, se quedaren  
en tierra a la salida del buque a que pertenez-  
can, 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 la facultad para concederlo, una no -  
che del campamento o guarnición en que se ha --

llen, 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, bu que o punto militar."

Nuestra norma militar, se refiere a que el individuo comete el delito de desertión franca, cuando está gozando de franquicia (quiere decir que no tiene servicio alguno, que está disfrutando de descanso, etc.) y ya no se presente a su adscripción demostrando con esto, que no quiere seguir prestando sus servicios en el Servicio Activo de las Fuerzas Armadas.

La primera de las Fracciones mencionadas, señala la revista de administración, la cual analiza una vez por mes a cargo de la oficina encargada del personal, en la cual aparecen todos los detalles -- ocurridos en el mes, como, Altas, Bajas, Desertores, etc., si el militar no se presenta durante las veinticuatro horas siguientes es -- porque, como ya lo habíamos dicho no desea seguir laborando como militar.

La fracción segunda se refiere a que falten a las listas de día y retreta; la primera de éstas se refiere a la lista que se pasa al personal por la mañana, y la segunda o se dé retreta significa -- las listas que se pasan por la tarde o por la noche según el caso y-



el lugar de la adscripción. Si el militar falta tres días consecutivos, lógico es pensar que no tiene deseos de regresar, incurriendo en lo que nuestro Código a denominado Delito de Deserción.

Si el marino tiene conocimiento de la salida del buque a que -- pertenezca y no se presenta es porque tiene el ánimo de desertar.

En lo que se refiere a la última de las Fracciones en la actualidad ya no se aplica, toda vez que 20, 40 ó 15 kilómetros, son distancias que se recorren en fracción de minutos debido al transporte moderno.

Este tipo de deserción, se dá a consecuencia de muchas causas , como serían: El no estar de acuerdo con la política del Alto Mando , el no percibir el haber deseado, por no adaptarse al medio castrense malos tratos, etc., pero el aspecto que nos parece de mayor importancia y que es el que interesa para la elaboración de este trabajo, es aquella situación en la que el militar no desea continuar en el servicio activo de las fuerzas armadas y por lo tanto ya no se presenta a su adscripción, desde nuestro punto de vista, está rescindiendo el contrato de trabajo y no desertando como lo previene el Código de -- Justicia Militar en su Capítulo IV, del Título VIII denominado "Delitos contra la existencia y seguridad del Ejército", ya que si firma un contrato de trabajo, denominado en este caso "Contrato de enganche", para las Fuerzas Armadas, y se hace por la vía Administrativa-- necesariamente debemos de pensar que en el momento en que deba fene-

cer la relación de trabajo, debe hacerse por la misma vía y no por la penal como se ha venido haciendo; para un mejor entendimiento de lo anteriormente expuesto se analiza el Contrato de enganche, como sus consecuencias jurídicas así como las formas de rescisión del mismo.

2.1- El Contrato de enganche para las Fuerzas Armadas. La Ley Orgánica de la Armada de México, de 21 de diciembre de 1971 publicada en el Diario Oficial de la Federación de 12 de enero de 1972, en el Título IV, Capítulo II, denominado de reclutamiento, nos indica las bases sobre las cuales gira la forma en que el personal ingresa a la Armada, así el artículo primero del propio ordenamiento nos dice:

"Para ingresar a la Armada de requiere ser mexicano por nacimiento y reunir los requisitos que establece la presente Ley y el reglamento de reclutamiento "

El reclutamiento del personal de marinería se efectuará: por -- conscripción en los términos de la Ley del Servicio Militar Nacional y por enganche voluntario con duración de tres años, de acuerdo con las estipulaciones hechas en los contratos correspondientes.

a).- Servicio Militar Obligatorio.

Dentro de las obligaciones que nos impone nuestra carta magna -- está la de ser llamado al Servicio Militar Obligatorio .

Así la Ley de que se trata, prevee la incorporación al activo --

de individuos que deban prestar sus servicios durante un año de --  
acuerdo con las disposiciones de la Defensa Nacional.

Debido quizá, a que México no tuvo mayor ingerencia en la Segun  
da Guerra Mundial, así como a la escasa organización para la presta-  
ción de este servicio a la terminación de la guerra y posteriormente  
merced a un Oficio Circular, girado por la Defensa Nacional, en la -  
que se dispone que las unidades serán acuarteladas permanentemente y  
la instrucción práctica se impartirá en sesiones dominicales de un -  
mínimo de cuatro horas, deja de ser motivo de temor para los indivi-  
duos en edad de cumplir el servicio, aunado a ésto, la venalidad de-  
determinadas autoridades, hace nugatoria la finalidad de este manda-  
miento constitucional; así observamos que con la mayor naturalidad -  
se infringen preceptos como el artículo 3° del Reglamento de la Ley-  
del Servicio Militar Nacional que a la letra dispone:

" Los mexicanos no exceptuados del servicio, --  
tienen obligación de prestarlo personalmente , -  
sin que exista en ningún caso y por ningún moti  
vo la posibilidad de excluirse mediante pago, -  
reemplazo o substitución"

En fin, la Ley que se comenta, así como su reglamento, regulan-  
en diferentes capítulos la manera en que debe prestarse este servi -  
cio, destacando para los fines que se persiguen en este tema, los re  
feridos a la forma de incorporación al activo de individuos aptos pa

ra el servicio señalados tanto en la Ley como en su Reglamento y --- así los artículos 13 y 14 de la Ley en cuestión, disponen que la Secretaría de la Defensa Nacional fijará cada año de acuerdo con las - posibilidades del Erario Federal, el contingente que deba incorporar se en el activo sin hacer mención expresa de que tipo de mexicano, -- pues anteriormente se señaló que por nacimiento o naturalización, és to es, en contraste con el Capítulo XI, titulado "Del Contingente pa- ra la Armada", el cual dispone en el artículo 91 que:

" La Secretaría de Marina anualmente comunicará a la Defensa Nacional, el contingente de mexica nos por nacimiento que deban incorporarse al ac tivo de la Armada".

Las disposiciones que a este respecto contiene la Constitución son complicadas y a veces contradictorias. Con relación al Ejército y a la Guardia, la Constitución de 1857, hablaba de obligaciones del mexicano, de prerrogativas del ciudadano; en 1898, se introdujeron - algunas reformas y en 1917 se varió de nuevo el sistema en sentido - distinto a los dos anteriores. Para hacer una somera comparación se impone citar los antecedentes legislativos que se anotan:

En la Constitución de 1857, se decía que era obligación del mexicano defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de su patria (artículo 31, Fracción I), los medios para hacer cumplir esta obligación, no quedaban al arbitrio del obli

gado, de suerte que para defender a su patria pudiera escoger entre numerosas actividades y el servicio de las armas, sino únicamente - con éste último.

Esta misma obligación del mexicano de defender a la patria por medio de las armas, era al mismo tiempo una prerrogativa del ciudadano (artículo 35 fracción IV), sin que exista contradicción entre ambos términos, pues la obligación del mexicano es la de defender a su patria y como prerrogativa que además reúna la calidad de ciudadano, al tomar las armas para la defensa de la República en el Ejército o Guardia Nacional.

En el artículo 5° se consagraba la garantía de que: nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento. Por lo que se creyó inconstitucional el prestar el servicio militar obligatorio, además de que esta Constitución no comprendía ninguno de sus preceptos la obligación de servir a las armas, idea que aparece distinta de la vaga y abstracta obligación de defender la independencia, que se pregonaba en el artículo 31 fracción I; en cambio en el artículo 5° consagraba una garantía que como tal era una limitación para la autoridad, en otras palabras el mencionado artículo definía preceptos legales que defendían al individuo frente al Estado, para impedir que éste le impusiera trabajos sin su pleno consentimiento y sin la justa retribución, como sería el servicio militar obligatorio.

AI-0030066

En la Reforma de 1898, el servicio militar obligatorio que es un trabajo personal impuesto con consentimiento o sin él, de quien deba desempeñarlo, se buscó ante todo restringir la garantía individual del artículo 5°. , por eso fue que se agregó a dicho artículo el párrafo siguiente:

"En cuanto a los servicios públicos sólo podrán ser, en los términos que establezcan las leyes respectivas, obligatorio el de las armas y obligatorias y gratuitas las funciones electorales, las cargas conséjiles o las de jurado"

Como complemento de lo anterior el constituyente estimando que no era suficiente la fracción I, del artículo 31, agregó a dicho artículo una fracción intermedia que vino a ser la segunda, por lo que estableció como obligación de todo mexicano la de

"Prestar sus servicios al Ejército o Guardia Nacional, conforme a las leyes orgánicas respectivas".

Así quedó autorizado claramente por la Reforma de 1898 el servicio militar obligatorio, antecedente remoto de la Ley del Servicio Militar Nacional.

En nuestra actual Constitución quedó como obligación del mexicano: alistarse y servir en la Guardia Nacional, conforme a la Ley Orgánica respectiva, para asegurar y defender a la independencia,-

el territorio, el honor, los derechos e intereses de la patria, - así como la tranquilidad y el orden interior (artículo 31, fracción III); así desapareció como obligación del mexicano, la de servir en el Ejército o Guardia Nacional que consignaba la fracción II, del artículo 31 adicionada en 1898. Quedó como prerrogativa del ciudadano.

"Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional para la defensa de la República y de sus Instituciones, en los términos que prescriben las leyes".

(Artículo 35 fracción IV); y como obligación del ciudadano, - tomar las armas (alistarse en la Guardia Nacional) (Artículo 36, fracción II). Las contradicciones que dan lugar a las disposiciones que anteceden, se miran en cuanto a las distinciones que se hacen del mexicano y del ciudadano, ya que de conformidad con el artículo 30 Constitucional, la nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización, agregando a dicho artículo dos apartados en los cuales se determina quiénes son mexicanos en uno y en otro caso; genéricamente podemos decir que la nacionalidad se entiende como un lazo político que une a un individuo con un Estado. (1)

(1) Francisco Ramírez Fonseca. Manual de Derecho Constitucional.

En cuanto a la calidad del ciudadano nos señala el artículo -  
34 Constitucional de la siguiente manera:

"Son ciudadanos de la República los varones y -  
mujeres que teniendo la calidad de mexicanos,-  
reúnan además los siguientes requisitos: I) Ha  
ber cumplido los 18 años, y II) Tener un modo-  
honesto de vivir".

Así servir en la Guardia Nacional es al mismo tiempo obliga--  
ción del mexicano, prerrogativa del ciudadano y obligación del ciu-  
dadano.

La contradicción existente según el maestro Tena Ramírez, por-  
que no todo mexicano es ciudadano, las limitaciones impuestas al -  
individuo deben entenderse en sentido estricto y así como un pre--  
cepto señala una obligación y otro la aumenta, debe aplicarse la -  
que impone la menor obligación, por tanto servir en la Guardia Na-  
cional es obligación del ciudadano pero no del mexicano que no es-  
ciudadano, y aparte del ser obligación del ciudadano, ese servicio  
no puede encontrarse a quien no tenga la calidad de tal, por ser -  
una prerrogativa de quien tenga la categoría de ciudadano.

Contradicción solamente en apariencia, dado que la Guardia Na-  
cional, se compone de los elementos de reserva que van dando cum--  
plimiento a la ley del servicio militar y que sólo pueden ha-  
cer los mexicanos a la edad ciudadana. Por lo que cuando de defen-



der la soberanía nacional se trate, puede optar (como prerrogativa) en servir en aquella, o bien en el Ejército o Armada Nacional.

Por otra parte, el servicio en el Ejército no es una obligación del mexicano puesto que desapareció del texto de la Constitución de 1917, consecuentemente, es en la actualidad una prerrogativa, lo que significa que solo el mexicano tiene el privilegio y el derecho de pertenecer al Ejército con exclusión de todos los extranjeros y de los mexicanos que no sean ciudadanos.

En consecuencia, no se puede obligar a los extranjeros a servir en el Ejército. Aún más, aunque el extranjero lo pidiera no podría ser admitido en el Ejército en tiempo de paz, pues existe prohibición expresa en el artículo 32 constitucional, y por lo que corresponde al servicio de la Armada, se requiere ser mexicano por nacimiento, sin que dicho artículo haga distinción alguna en tiempo de guerra y paz.

El servicio militar obligatorio, pese a que su esencia ha venido desvirtuándose con el pasar del tiempo debido a diferentes factores, como los anotados en renglones anteriores, es una institución de igual carácter que el Ejército, la Armada o Fuerza Aérea, es decir, es una institución nacional y de carácter permanente prevista constitucionalmente para en caso dado hacer frente a una situación en que sea inminente el peligro de perturbación de la paz o se vea amenazada la soberanía del país. Por lo que ésta institu

ción no puede entenderse desligada de aquellas, sino por el contrario formando un todo homogéneo puesto que el personal que se encuadra para prestar su servicio nacional militar, pasa a formar parte de las reservas respectivas, tanto de la armada como del Ejército o de la Guardia Nacional; a éste respecto el artículo 4° de la Ley del Servicio Militar Nacional en su parte relativa nos ilustra indicando que

"Sus obligaciones militares terminarán el 31 de diciembre del año en que se cumplan los 45 años de edad".

En caso de guerra internacional, nos apunta el artículo 6° del propio Ordenamiento

"Los mexicanos de más de 45 años de edad, hasta el límite que exijan las circunstancias pueden ser llamados a servir a la Guardia Nacional de acuerdo con sus condiciones físicas"

Y esto está plenamente justificado, pues es indispensable exigir a todos los nativos, en un país como el nuestro en que cada -- quien se considera con derechos, pero nadie con obligaciones, prestar ciertos servicios al Estado y a la sociedad pues dado nuestro carácter individualista, falta de solidaridad y propenso a exigir todo lo que pueda beneficiarnos del Gobierno o del Estado, de no -- existir estas disposiciones, difícilmente podríamos cumplir esas --

elementales obligaciones que tienden a prepararnos hasta donde sea posible, técnicamente y a base de disciplina, a todos los nacionales para defender la independencia y soberanía de nuestro territorio, función importantísima y que cada día requiere mayor preparación no sólomente por virtud de los adelantos obtenidos en el arte de la guerra, sino porque en todos los países del mundo, lo mismo capitalistas que socialistas, la organización militar ha tomado -- proporciones considerables y los contingentes de sus reservas son cada vez mayores, por lo que sería torpe y quizás insensato no tomar las precauciones indispensables para la defensa de nuestro país.

b) - SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO

En contraposición con el servicio militar OBLIGATORIO, nos encontramos con el servicio militar voluntario, el cual se presta en las Unidades y Establecimientos de la Armada de México, por contrato voluntario (Contrato de Enganche) es decir, en este caso ya no existe una obligación emanada de la Constitución para prestar un servicio personal, sino todo lo contrario: basándonos en la libertad de trabajo que establece el artículo 5º Constitucional como garantía individual, una persona puede dedicarse libremente a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos

Lo anterior en íntima relación con lo dispuesto por el artículo

lo 35 fracción IV, que nos habla de las prerrogativas del ciudadano, que nos dá una idea de como puede una persona optar por el servicio ya sea en el Ejército o en la Armada. Concretamente en ésta última Institución, existen preceptos constitucionales que nos señalan que solamente los mexicanos por nacimiento podrán pertenecer a la Marina Nacional, regulando su ingreso en leyes secundarias -- como es la Ley Orgánica de la Armada de México atenta a lo que dispone el Reglamento de Reclutamiento en su parte correspondiente; la cual en diferentes capítulos nos señala características del personal que forma el efectivo, la manera de reclutamiento, clasificación de especialidades (cuerpos y servicio), el tipo de labores -- que desempeñan de acuerdo con el cargo o la comisión que le sea -- nombrada ya sea en tierra o a bordo de unidades, derivándose de -- ahí las obligaciones, responsabilidades y atribuciones que les --- otorguen las Leyes y Reglamentos aplicables conforme a la jerarquía ostentada, atendiendo en especial al fuero militar que se rige por sus propias leyes y don de atribuciones y obligaciones se encuentran dispersas en infinidad de leyes y reglamentos marciales.

Así el artículo 129 de la Ley Orgánica de la Armada de México, dispone que:

"El personal en activo cumplirá las obligaciones que dé acuerdo con sus jerarquías, cuerpos y --

servicios se establezcan en las leyes y reglamentos aplicables y lo que estipulen los contratos correspondientes"

El artículo 130 por su parte expresa:

"El personal percibirá los emolumentos y prestaciones que establezcan el presupuesto de egresos de la Federación y las disposiciones de seguridad social de las Fuerzas Armadas"

Como podrá observarse, es un servicio similar el que se presta por los trabajadores al servicio del Estado, con pequeñas variantes y diferencias y cambio de terminología; aunque sí con carácter autónomo. Podemos señalar algunas diferencias específicas como lo son: para los delitos cometidos en contra de la disciplina subsiste el fuero de guerra (artículo 13 Constitucional), las Fuerzas Armadas se rigen por sus propias leyes (artículo 123 fracción XIII del Apartado "B"); así también podemos señalar una doble función, es decir, en tiempo de paz de acuerdo con la profesión u oficio es designado para desempeñar comisiones que le sean propias; - en tiempos de guerra, de conformidad con su situación en el activo y su carácter de militar, coadyuvar a la defensa de la patria y soberanía nacional.

Es por tanto un servicio que se presta mediante una declaración bilateral de voluntad (semejante a los trabajadores al servi-

cio del Estado), representada una parte por el propio interesado y por la otra un representante de la Institución, expresada en un -- contrato individual en el que son señaladas las cláusulas bajo las cuales deberá prestarse el servicio.

Dado el carácter autónomo en que se finca el fuero de guerra, el motivo constantemente, como en este caso, se recurra a circulares y disposiciones de carácter puramente administrativo que viene a modificar substancialmente el contenido de la ley y a desvirtuar el espíritu de la misma sin seguirse con anterioridad el procedi-- miento que la Constitución señala para adicionar, modificar o dero-- gar determinados artículos que se consideren innecesarios: así como el presente caso, una simple circular que ordena que los contra-- tos de enganche originales, se tomen en consideración para la con-- tinuidad de su vigencia, sin que tengan término para que aquella -- fenezca contrariando completamente a la ley y las condiciones pro-- pias del Contrato.

Continuando con la Ley Orgánica, en algunas otras disposicio-- nes trata del personal de reclutamiento para alumnos de la escuela de formación de oficiales, el cual es también por contrato volunta-- rio, pero sujeto a cláusulas especiales del contrato en particular de acuerdo con el artículo 84 de la Ley Orgánica de la Armada de -- México:

"El personal civil o militar que ingrese a los

planteles de la armada para efectuar cursos se-  
formación, deberá celebrar contrato en el que -  
se establezca la obligación de servir a la Ins-  
titución un tiempo mínimo igual a la que haya--  
durado el curso correspondiente, contado a par-  
tir de su egreso al plantel".

Disposición que se antoja anticonstitucional, pues si bién es-  
cierto que el Ejército, Armada y Fuerza Aérea, se rigen por sus ---  
propias leyes, no puede hacerse a un lado las prescripciones de la-  
Ley de Leyes en materia de libertad de trabajo, cuando dispone:

"El Estado no puede permitir que se lleve a ---  
efecto ningún contrato, pacto o convenio que --  
tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el  
irrevocable sacrificio de la libertad del hom--  
bre, ya sea por causas de trabajo . . . .".

Contrato de Reenganche.

Por lo que se refiere a este contrato, encontramos una dispo--  
sición que alude expresamente a su celebración, que es el artículo-  
79:

"El personal de clases y marinería podrá reen--  
gancharse si reúne los requisitos de aptitud, -  
buena conducta y si sus SERVICIOS SON NECESA---  
RIOS a juicio del Alto Mando".

Normalmente este contrato; cuando la persona interesada ha manifestado su deseo de continuar en el servicio activo de las armas, se le firma por un representante de la Institución, cuando ha pasado una serie de exámenes médicos, de aptitud, y ha demostrado buena conducta. Este tipo de contrato, se considera como una continuación de sus servicios bajo las condiciones que se señalaron en el contrato inicial y solamente se alude a éste al término de la prestación de servicios, que es por un tiempo igual al del contrato de enganche. Por lo que podríamos decir, que si no es un solo contrato, el de reenganche es accesorio al del contrato inicial.

Contrato de reenganche, ha sido suprimido y solamente se atiende para el cumplimiento de las condiciones iniciales, las Leyes militares y las cláusulas específicas del contrato original.

El contrato de enganche, es el que inicialmente se firma para dar vida a las relaciones jurídicas, entre el interesado y la Institución, así el contrato de reenganche que actualmente se denomina Convenio de Prestación de Servicios por Tiempo Indefinido, el cual se toma como prórroga del tiempo que se estipuló inicialmente.

Este contrato, únicamente tiene relevancia para el personal de tripulación, ya que una vez que han llegado por escala ascendente al grado de oficial, su situación va a ser regulada por disposiciones expresas que se contienen en la ley orgánica de la armada de México; por otra parte si el militar que llega a oficial tiene el -



tiempo mínimo que exige la Ley, será milicia permanente, lo cual -- quiere decir que ya no firmará contrato alguno y que en adelante -- su vida va estar regida única y exclusivamente por las Leyes y Re-- glamentos propios del fuero de guerra, al cual pertenece.

De lo expuesto, se infiere, que el servicio que se presta sin-- interrupción da lugar a una situación especial dentro de la misma -- milicia, como lo indica el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Ar-- mada de México, al hacer la clasificación del personal permanente y auxiliar:

"El personal permanente es el que no requiere -- de formulación periodica de contratos de reen-- ganche para prestar sus servicios"

Por su parte el artículo 52 de la Ley referida, dispone:

"El personal auxiliar prestará sus servicios en forma temporal, previos los requisitos legales-- y solamente cuando el Mando lo considere útil,-- podrá otorgarsele la calidad de permanente".

En el primero de los casos, al completar el tiempo de servi-- cios requeridos por la Ley en las diferentes categorías ya no firma ra ningún contrato. Pero se considera al individuo, sujeto a las -- Leyes y Reglamentos militares a que hace alusión el mismo contra-- to original en una de sus cláusulas, lo curioso del caso es, que -- solamente se atiende a esta condición sin tomarse ya para nada en--

cuenta las demás cláusulas. Por lo que corresponde al segundo de -- los casos de los señalados, siempre se estará a los preceptos dis-- puestos por el contrato de enganche, complementado con las de la -- La Ley Orgánica de la Armada de México, como es el caso del artícu-- lo 56 que a la letra dice:

"Al personal auxiliar se le podrá cancelar an-- ticipadamente su contrato en los términos del -- articulo 117 Fracción IV:

Baja es la separación definitiva y procedera:

Los auxiliares causarán baja cuando dentro -- de la vigencia de su contrato se consideren -- innecesarios sus servicios. . . ."

Limitandonos a determinar la naturaleza jurídica del contrato de enganche y consecuentemente el de reenganche, que como accesorio sigue la suerte principal, se dice que la teoría de la relación laboral no se destruye únicamente su ambito de aplicación es distinta y si en el caso de los obreros es una Institución de Derecho So-- cial, en la relación laboral de los servidores públicos es semejan-- te.

Así en la relación laboral de los militares para con la Insti-- tución que representa al Estado, las partes del contrato que vie-- nen a integrar dicha relación, son por una parte el mismo estado en función de soberano, representada por un militar y por la otra el --

particular que cuando se incorpora pierde ese carácter y se convierte a su vez en un servidor público, que a su vez, también representa al Estado en determinadas ocasiones, y ejerce la soberanía en -- casos especiales . Por lo tanto su esencia es Institucional por --- cuanto rige las relaciones del personal con los organismos representativos del Estado, además es de carácter social laboral, puesto -- que su localización se encuadra dentro del artículo 123 Constitucional en la Fracción XIII, del apartado "B" de la Ley Federal del Trabajo.

### 3.- Casos de Rescisión del Contrato.

Siguiendo nuestra exposición, que toca específicamente a la -- Armada de México, por las razones expuestas en la introducción del -- presente, se señala que tanto el contrato de enganche o inicial como la Ley Orgánica de la Armada en vigor, determinan los casos en -- que puede darse por terminado un contrato de trabajo y consecuentemente las relaciones laborales. En el orden indicado examinaremos -- primeramente la cláusula 5a. del contrato de enganche, la cual se -- refiere a determinadas causas redactadas de la siguiente manera:

"a) - El contratado causará baja de la Armada de México, al vencimiento de tres años de servicios o al vencimiento de cualquiera de sus reenganches;

b) - Anticipadamente al vencimiento de éste --

contrato, cuando no sean necesarios sus servicios, a juicio de la Comandancia General de la Armada;

c) - Anticipadamente también, cuando el contratado lo solicite y la Comandancia General de la Armada se la conceda;

d) .- Por cualquier otro motivo previsto en las Leyes.

Como se observa en el mismo contrato se señalan algunos de los casos en que pueden darse por terminadas las relaciones laborales, pero en última instancia, es la Ley Orgánica la que va a regular su tratamiento jurídico y así se tiene que en el primer caso contenido en el inciso a), que no es propiamente una rescisión, sino periodo por el que se había comprometido el contratado, el artículo 111, de la Ley que se comenta, dispone:

"Licencia Ilimitada es la concede al personal para separarse del servicio activo sin gose de haberes y otros emolumentos. Sólo podrá otorgarsele cuando el personal haya cumplido el tiempo obligatorio de servicios, establecido establecido en esta Ley o en su contrato y previa solicitud".

El segundo caso que es el previsto en el inciso b), se deja a proposito pendiente para ser tratado por separado dada su

importancia.

Por lo que se refiere a la circunstancia señalada en el inciso c), se resuelve de una manera por demás sencilla, nos indica el artículo 117 de la propia Ley: Baja es la separación definitiva y --- procederá a solicitud del interesado que sea aceptada.

Dejando de todas formas que sea en última instancia, la Comandancia General de la Armada el órgano encargado de aceptar o no la solicitud de baja; lo cual deja lugar a la siguiente pregunta: ¿que pasa cuando esa solicitud no es aceptada?. Desde luego que existe - un contrato individual suscrito por el interesado, comprometiendose a desarrollar las actividades propias de su jerarquía y sujetarse a la vida de Leyes y Reglamentos del medio castrense, pero cabe tambien afirmar que a una persona no puede obligarsele en contra de su voluntad a cumplir con dichas actividades, so pena de atentar contra las garantías individuales consagradas en nuestra carta magna.- Ni la Ley Federal del Trabajo, ni la Ley Reglamentaria del artículo 123 apartado "B", encontramos una disposición similar que regule -- esta situación; por consiguiente no puede encontrarse ninguna solución satisfactoria, por lo que en el medio castrense la persona --- afectada por una negativa de ésta naturaleza no le queda otro camino que el desertar del servicio activo.

Por último corresponde analizar el inciso e), de la cláusula que se cita, el cual se remite inevitablemente a la Ley Orgánica y

ésta por su parte a otros ordenamientos, pues señala que el contratado puede ser dado de baja por cualquier otro motivo que este previsto en las Leyes; así la Ley Orgánica de la Armada en el artículo 117 dispone:

"Baja es la separación definitiva y procederá:

I.- Por ministerio de la Ley en los siguientes-  
casos: a) por muerte, b) sentencia ejecutoria -  
que la órdenes, pronunciada por tribunal compe--  
tente del fuero militar".

En éste caso se sigue el procedimiento establecido por el Código de Justicia Militar.

c) Resolución de organo competente de la armada

Este inciso se refiere a la determinación que un Consejo de Honor hace en cuanto a la mala conducta observada por el individuo en cuestión. Y se encuentra complementada por la Fracción III, del propio ordenamiento:

"Tratándose del personal auxiliar y del de tripulación, además de las causas señaladas en los incisos que anteceden, podrá ser dado de baja -  
por observar mala conducta, determinada por el Consejo de Honor de la Unidad o Establecimiento a que pertenezcan".

La fracción II de la Ley que se analiza, se encuentra redacta-

da en la siguiente forma:

"Por acuerdo del secretario de marina o del comandante general de la armada en los siguientes casos: a) ser declarado prófugo de la justicia por el tribunal al que hubiere sido consignado, sin perjuicio del proceso que se le siga y -- siempre que dure esta situación más de tres meses; b) desaparición, comprobada mediante los -- partes oficiales, siempre que transcurran mas - de tres meses".

La Fracción IV es complemento del inciso b), que se había mencionado con anterioridad y al cual se le dedica analisis especial.

Por lo que hace a la terminación de contrato que se prevén en esta Ley, se considerarán fundamentados y justificados en los primeros casos como son: muerte; cómo una pena pena impuesta por el --- organo competente (destitución); resolución de un consejo de Honor (baja por mala conducta). En los demás casos es justificable también ya que una persona que ha sido consignada ante un tribunal -- militar y se evade de éste comete un nuevo delito (en el fuero de guerra) que acumulado al inicial y complementado con la ausencia - del militar, es más que suficiente para dar por terminada una - -- relación de trabajo. La desaparición por más de tres meses, dado - que da lugar a la presunción de muerte, concluye con la relación -

laboral, con una ligera excepción en el medio militar, condicionada a que si el individuo aparece y demuestra que su ausencia fué justificada, es reincorporado al activo.

En la vida jurídica de las Instituciones Armadas, no existe un órgano específico que se encargue de los problemas de tipo laboral del personal con que cuenta, ya que, dado el carácter militar que rige las relaciones de trabajo, éstas van encaminadas concretamente a la conservación de la disciplina y a la realización de los fines que tienen fijadas las fuerzas armadas, por lo que de conformidad-- por lo dispuesto en el artículo 13 constitucional; de acuerdo al -- Reglamento General de Deberes Militares, las faltas contra la disciplina son sancionadas por éste, a diferencia de lo que ocurre en el terreno laboral en general, así pues, los retardos, las faltas-- de asistencia no justificadas, etc., no dan lugar a imposición de descuento en los haberes del personal ni a suspensión, sino por el contrario, se conservan integros.

Normalmente, esto se da en todas las secretarías de gobierno-- en las fuerzas armadas traen como consecuencia la sanción corporal.

En lo que se refiere a los descansos semanales rige lo dispuesto en el Calendario Oficial, el cual señala los domingos y fiestas nacionales.

Por lo que se refiere a vacaciones, existe un reglamento de -- vacaciones; en cuanto al salario (haberes) esta señalado para las -



distintas categorías en el presupuesto de egresos de la Federación-- al igual que en la Ley Federal del trabajo, existen normas protectoras del salario en el Reglamento General de Deberes Militares, señalando en qué casos procede el descuento como una excepción. Como -- ejemplo en el extravío o destrucción de prendas pertenecientes a la Nación, en los demás casos es similar a los trabajadores en general, es decir, por sentencia u orden judicial como en el caso de pensiones alimenticias.

La Ley de Disciplina del Ejército y Armada Nacionales, en capítulo especial, señala algunos casos en los que podríamos considerar como suspensión de la relación laboral, puesto que entre otras de -- las facultades de los Consejos de Honor está el consignar a la Superioridad los casos en que deba aplicarse la suspensión de empleo o -- la destitución del mismo desde luego que como el mismo Reglamento para la Organización y funcionamiento de los Consejos de Honor y la -- misma Ley de Disciplina consigna, esta suspensión o destitución está reglamentada por el Código de Justicia Militar, al cual remiten en -- sus Artículos 36 f. III, respectivamente. Claro está, que esta suspensión o destitución tienen un procedimiento especial en el Código -- mencionado y vienen a constituir una parte de la pena que se impone a un militar cuando no es concomitante con una privativa de Libertad. Esta pena es decretada por un tribunal militar del fuero de guerra -- y trae consigo en la destitución, una inhabilitación para volver al-

Ejército o Armada Nacionales. De lo anterior se desprende que aún -- así, el Consejo de Honor no es un órgano que conozca de conflictos -- de carácter laboral, dada la situación especial en la que se encuentra el personal militar, los problemas que podrían ser llamados de -- tipo laboral por ocurrir dentro del desempeño de servicios ordinarios, se resuelven por diferentes órganos, pero siempre apegados al principio de la disciplina y su conservación: así tenemos que para -- diversos problemas suscitados dentro del Servicio, se cuenta con --- distintos órganos, atendiendo a la mayor o menor gravedad de estos -- mismos problemas.

La Ley Orgánica de la Armada de México vigente, en el capítulo VII nos señala los órganos de Justicia Naval, así tenemos la existencia de la Junta Naval que conoce de las inconformidades del personal de la Armada con relación a postergas, lugares escalafonarios y pasajes a depósito. Para conocer de las faltas graves están los siguientes órganos: El Consejo de Honor Ordinario, que conoce de las faltas del personal de tripulación y Oficiales que no sean comandantes de Unidad; el Consejo de Honor Superior, para conocer de las faltas de los Oficiales que tengan asignada comisión de Comandante de Unidad y de las que se imputen a Capitanes la Junta de Almirantes, para conocer de las faltas graves de Capitanes en Comisión de Comandantes y de la Categoría de Almirantes.

En todos estos casos, las sanciones se resuelven en cambio de --

dependencia, la imposición de correctivos disciplinarios y anotación de sanciones en las Hojas de Actuación, a excepción de los casos señalados anteriormente en que el Consejo de Honor consigna a los infractores al Tribunal competente; este es el caso de hechos que pudieran constituir delitos del fuero militar imputables a este personal, caso en el cual se está a lo dispuesto por el Código de Justicia Militar.

Tal y como lo señala la Ley Orgánica de la Armada de México en vigor, se prevé la existencia de un Tribunal Naval para los delitos típicamente militares, órgano que aún no nace a la vida jurídica, pero que en última instancia tendrá que regirse por las disposiciones del Código de Justicia Militar que sigue vigente a la fecha y aplicable respecto de los Tribunales Militares existentes y es el caso que señala el referido Código en el capítulo IV en relación con el I, al hablarnos de las penas que son: ...III.- Suspensión de empleo o comisión militar; IV.- Destitución de empleo.

En el primer caso podemos hablar de que las relaciones de trabajo quedan suspendidas por el tiempo en que dura dicha suspensión decretada, ya que trae como consecuencia la pérdida del derecho a la remuneración ordinaria, ejercicio del empleo militar con sus consecuencias como la no ministración de vestuario y equipo en general -- las consideraciones que obtiene un militar en servicio activo.

El segundo caso, podemos aventurarnos a asimilarlos a un típico

caso de rescisión, ya que es una privación absoluta del empleo militar, pues se pierden los derechos adquiridos en virtud del tiempo de servicios prestados y quedando inhabilitados para volver a pertenecer al Ejército por el término que se fije en la condena. Desde luego que la inhabilitación de referencia debe quedar establecida en la sentencia, pues el militar destituido no queda inhabilitado permanentemente, caso contrario del que es condenado expresamente, a la inhabilitación de referencia debe quedar establecida en la sentencia, -- pues el militar destituido no queda inhabilitado permanentemente, caso contrario del que es condenado expresamente a la inhabilitación -- que empieza a contarse cuando el militar procesado ha extinguido la pena corporal.

El militar que es condenado expresamente a la inhabilitación -- por sentencia ejecutoria, no tiene otro recurso que el que el mismo Código de Justicia Militar le señala en el artículo 141 que a la letra dice:

" El ejecutivo podrá conceder por una sola vez la rehabilitación, siempre y cuando, justifique ante la Secretaría de la Defensa que ha transcurrido -- la mitad del tiempo por el que hubiere sido im -- puesta la inhabilitación y observando buena conducta. La rehabilitación devuelve al condenado la capacidad legal para volver a servir en el Ejér--

cito"

a).- Cláusula V, Inciso b), del Contrato de Enganche.

Con toda intención quisimos tratar este inciso por separado, -- pues consideramos que por su extensión e importancia merece esta -- distinción, además de la crítica que un tanto en forma velada se hace de esta situación; decimos en forma velada, pues aunque existe la libertad de expresión y en concreto en el aspecto académico esta libertad está manifestada, no dejamos de tomar en cuenta el sitio en -- que como militar se debe cumplir con determinados requisitos que marca la Ley en cuanto a conducta tanto civil como militar; por tanto, -- aunque el caso de reprobación ciertos aspectos que contienen sobre todo de inconstitucional la disposición motivo del tema, la crítica debe -- entenderse como un señalamiento de fallas de las que son partícipe -- no solamente las Instituciones Armadas, sino de las que adolecen -- cualquier organismo de carácter público federal, por tanto si nos atrevemos a señalar aquellas, es con el fin único y exclusivo de lograr algo positivo de la crítica sana y aportar de ser posible alguna luz.

En párrafos anteriores se ha hecho mención de las Cláusulas que contiene el contrato de enganche para las fuerzas armadas y específicamente para la Armada de México. Dentro de estas Cláusulas queda -- comprendida la 5ª. que consta de varios incisos; a) a que el contratado causará baja de la Armada de México al vencimiento de tres años

de servicios o al vencimiento de cualquier de sus reenganches y b) - ANTICIPADAMENTE AL VENCIMIENTO DE ESTE CONTRATO O SUS REENGANCHES , CUANDO NO SEAN NECESARIOS SUS SERVICIOS, A JUICIO DE LA COMANDANCIA-GENERAL DE LA ARMADA. Comparativamente hemos de examinar la rescisión de las relaciones de trabajo en el medio civil, así como la terminación de las mismas a fin de darnos una idea general que nos permita llegar a una conclusión determinante en el ámbito la Ley Federal del Trabajo en su capítulo IV nos habla de la forma de rescindir las relaciones de trabajo sin responsabilidad para el patrón o el -- trabajador, y así el artículo 47 nos dice: Son causas de rescisión -- de las relaciones sin responsabilidad para el patrón: I.- Engañarlo -- el trabajo o en su caso, el sindicato que lo hubiese propuesto o recomendado con certificados falsos o referencias en los que se atribuyvan al trabajador capacidad, aptitudes o facultades de que carezca.- Esta causa de rescisión DEJARA DE TENER EFECTO DESPUES DE TREINTA -- DIAS DE PRESTAR SUS SERVICIOS EL TRABAJADOR; Fracción XY in fine, el patrón deberá dar al trabajador aviso escrito de la fecha y causa o causas de la rescisión.

Por otra parte en el capítulo siguiente el artículo 53 de la -- ley que se comenta dispone:

" Son causas de terminación de las relaciones de trabajo: I.- el mutuo consentimiento de las partes; II.- La muerte del trabajador. III.- La ter

minación de la obra o vencimiento del término - -  
o inversión del capital; IV.- LA INCAPACIDAD FISI  
CA O MENTAL O INHABILIDAD MANIFIESTA DEL TRABAJA-  
DOR, QUE HAGA IMPOSIBLE LA PRESTACION DEL TRABAJO"

Por su lado la Ley Federal de los trabajadores al Servicio del-  
Estado regula las causas que el nombramiento hecho en favor de un em  
pleado deja de surtir efectos sin responsabilidad para los titulares  
de las dependencias, estando entre otras la fracción IV del artículo  
46 de dicha ley:

" Por incapacidad permanente del trabajador, física  
o mental, que le impida el desempeño de sus labo- -  
res"

Como ha quedado de manifiesto en el caso de la ley Federal del -  
Trabajo cuando el trabajador ha incurrido en una causa de rescisión co  
mo lo es el engaño en cuanto a capacidad de la que carezca, si esta -  
causal no es intentada antes de treinta días de que el trabajador es  
té prestando sus servicios en determinada empresa, deja de ser causa  
de rescisión.

En el caso de incapacidad física o mental o inhabilidad manifiesta del trabajador que haga imposible la prestación, se trata como causa de determinación de las relaciones laborales, dado que puede ocurrir que esta incapacidad haya sido adquirida posteriormente. Aún así el artículo IV de ésta ley dispone que;

" En el caso de la fracción IV del artículo anterior; si la incapacidad proviene de un riesgo no profesional, el trabajador tendrá derecho a que se le pague un mes de salario, y doce días por cada año de servicios, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 162, o de ser posible, si así lo desea, a que se le proporcione otro empleo compatible con sus aptitudes, independientemente de las prestaciones que le correspondan de conformidad con las Leyes"

En uno y otro casos, se busca la aplicabilidad de los principios generales del derecho del trabajo en el sentido de que prevalezca la disposición más favorable al trabajador.

Asímismo, en el caso que se consigna en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado cuando nos habla de incapacidad permanente del trabajador, física o mental, pero que le impida el desempeño de sus labores, es la única forma en que puede ser cesado sin responsabilidad para los titulares, pero en este caso, si está de manifiesto que el trabajador aún en contra de su voluntad se ve impedido de prestar el servicio. Pero si esa misma incapacidad de que trata la Ley citada entendiéndola a contrario sensu es decir, si no es total o de carácter permanente, el trabajador tiene derecho a que se le proporcione el empleo o en su caso uno similar o apropiada y compati-



ble con sus aptitudes. Esta interpretación aunada a la estabilidad - de que gozan los trabajadores al servicio del Estado e instituciones descentralizadas que generalmente se le denomina inamovilidad y que - es más precisa en favor de estos empleados, hace casi imposible, fuera de los casos que señala el artículo 46, que quede al arbitrio o ajuicio de los titulares el cese o la destitución del empleo, ya que - los titulares tienen la obligación de someter los casos que se presenten al Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje cuando se trate - de las causales a que se refiere la fracción V del citado artículo y - en última instancia éste Tribunal será el que dé el fallo definitivo y aún más, si el Sindicato de su dependencia no está conforme con la suspensión del empleado el Jefe de la Oficina puede ordenar su remoción a otra oficina distinta con objeto que siga devengando salario - mientras resuelve en definitiva el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.

De lo expuesto podemos deducir lo siguiente, tanto el trabajador en general al amparo de la Ley Federal del Trabajo, cuenta con normas mínimas protectoras que dimanar directamente de la Constitución General de la República, como los trabajadores al servicio del Estado, -- cuentan con esta protección aumentada en determinados aspectos por -- los logros obtenidos por sus respectivos sindicatos y aunque la constitución, como norma fundamental que rige toda la vida jurídica en -- cuanto a relación laboral se refiere, en el aspecto de relaciones del

personal militar con el Estado, no opera determinadamente. Una de -- las causas puede ser, la disposición de la fracción XIII, contenida en el apartado B).- del artículo 123 Constitucional, que se refiere a que los militares y marinos se regirán por sus propias leyes, pero hacernos la siguiente pregunta: puede una Ley aunque de carácter federal contrariar la jerarquía jurídica superior de la carta magna? y -- aún más una cláusula impuesta en un contrato de enganche?.

Este es el caso de la cláusula 5a. inciso b) del contrato de enganche, en que por una simple disposición de carácter administrativo una persona que ha sido contratada como marinero e incluso como Oficial de la Armada de México independientemente de su especialidad es dada de baja por no ser necesarios sus servicios sin más preámbulos o explicaciones.

Si tomamos nota de lo asentado anteriormente respecto del con -- trato de enganche y en cuanto a su duración, éste es suscrito por el término de tres años, pero en cualquier momento el contratado puede ser dado de baja no es lógico pensar que si una persona ya ha estado prestando sus servicios por espacio de dos años y meses y de pronto -- le comunican su baja, ya la Comandancia General de la Armada ha tenido tiempo suficiente para formarse un juicio respecto de la validez o no de los servicios que se han estado prestando ininterrumpidamente. A mayor abundamiento, un militar tiene una función específica -- que desempeña en cuanto al servicio de las armas se refiere, asímis-

mo por la diversidad de empleos o especialidades con que cuenta la Armada, será posible que un determinado individuo de después de haber vivido en en medio por un lapso considerable no haya adquirido la suficiente experiencia como para desempeñar satisfactoramente alguno de aquellos. Quedó establecido asimismo, el carácter contractual de las obligaciones laborales como puede (sin haber motivo) decidirse por el titular de la Armada unilateralmente la baja de un individuo. Sobre todo, y volviendo al juicio en que se fundamenta esta voluntad, en la milica se cuenta con un documento estrictamente militar, como lo son las Hojas de Actuación y los Memoriales de Servicios, correspondiendo las primeras al personal de Oficiales y los segundos, al personal de tropa, en que se consigna diversos conceptos entre otros, conocimientos y apreciaciones, práctica marinera, conocimientos especiales, puestos que ha desempeñado, especialidad, aptitud para el servicio, cumplimiento del deber así como conducta tanto civil como militar y que son formulados anualmente, remitiéndose a la Comandancia General de la Armada, por lo que esa Superioridad está en la mejor aptitud de conocer y apreciar si una persona ha estado prestando o no su servicio en la forma normal que establecen las leyes y reglamentos militares, aún así los casos a que hacemos referencia son comunes y de suceden a menudo dejando en la más completa indefensión al personal que se ve afectado con una resolución de esta naturaleza.

b).- Constitucionalidad.

En el parrafo segundo del artículo 14 constitucional, queda --  
contenida la garantía de audiencia, al disponer:

"Nadie puede ser privado de la vida, de la li--  
bertad, de sus posesiones, propiedades y dere--  
chos, sino mediante juicio seguido ante los - -  
tribunales previamente establecidos, en el que  
se cumplan las formalidades esenciales del pro-  
cedimiento y conforme a las leyes expedidas con  
anterioridad al hecho".

Se observa claramente, que esta garantía es violada por las --  
autoridades de las fuerzas armadas, ya que al decretar la baja del-  
servicio activo por no ser necesarios sus servicios, estan actuando  
de Mutuo Propio, sin escuchar en defensa al militar, y como conse--  
cuencia de esto me atrebo a afirmar que la conducta realizada por--  
las autoridades correspondientes es inconstitucional.

c).- Protección del personal de las Fuerzas Armadas al Amparo-  
de la Legislación Laboral.

Como ha quedado establecido en capitulos anteriores, el perso-  
nal de las fuerzas armadas, de acuerdo con la fracción XIII del ---  
Apartado "B" del artículo 123 constitucional, se rige por sus - - -  
propias leyes, por lo que toda disposición de carácter laboral con-  
tenida tanto en la Ley Federal del Trabajo como en la Ley federal--

de los Trabajadores al servicio del Estado, no le brinda ninguna -- ayuda eficaz entratándose de problemas de trabajo, así mismo las -- disposiciones contenidas en el apartado B), del artículo 123 Constitucional, en cuanto a los trabajadores federales se refiere; vienen a ser tratadas para el personal armada, en distintas y diversas disposiciones contenidas en otras tantas leyes que regulan todo el aspecto inherente a las relaciones laborales. Así tenemos que la fracción I de dicho apartado que señala la jornada máxima de trabajo -- que es de ocho horas, no se lleva a efecto en las fuerzas armadas , se está a lo que disponen las órdenes de carácter administrativo y locales, atendiendo además a la región por razones de clima, necesidades del servicio, operaciones de alerta, rutinas y costumbres de la dependencia. La fracción II, que dispone que por cada seis días de trabajo se disfrute de uno de descanso por lo menos; en apariencia se lleve a cabo, ya que ésto se hace depender coincidir en que todos los domingos que es generalmente cuando se disfruta del descanso semanal tenga nombrado servicio de guardia y este día comprende las 24 horas. La fracción III, habla de las vacaciones que nunca serán menores de veinte días al año. En este aspecto, el personal - del Ejército se rige por su propio reglamento el cual dispone que -- por cada 6 meses laborados se tiene derecho a 10 días de vacaciones, descontándose los días no laborables. En la armada de México se en -- cuentra igualmente con un reglamento de vacaciones e igualmente esta

blece que por cada seis meses de labores se tiene derecho a 10 días de vacaciones.

La Fracción IV, referente a los salarios, éstos se fijan por medio del Presupuesto de Egresos de la Federación atendiendo a las diferentes jerarquías. La fracción V, que establece que a trabajo igual corresponderá salario igual, sin tener en cuenta el sexo, en la armada se atiende también a los diferentes grados o jerarquías militares. En cuanto a la fracción VI, en que sólo podrán hacerse retenciones, descuentos, deducciones o embargos al salario en los casos previstos en las leyes, también se toma en consideración todo lo anterior, a excepción de un tipo de deducciones que establece el Reglamento General de Deberes Militares por deterioro, destrucción o extravío de prendas o equipo perteneciente a la nación. Por lo que respecta a la fracción VII, que señala que la designación del personal se hará mediante sistemas que permitan apreciar los conocimientos y aptitudes de los aspirantes. En la Armada de México se cuenta con escuelas tanto de formación de Oficiales como de capacitación. La Fracción VIII, se refiere al derecho de escalafón para regular los ascensos en función de los conocimientos, aptitudes y antigüedad. Igualmente tanto en el ejército y Armada se cuenta con escalafón que se controla por el Estado Mayor y se atiende principalmente al tiempo de servicios y antigüedad en el grado; así como también a la aptitud y capacidad física. La fracción IX, ya fue motivo de comentario-

en párrafos anteriores, por lo que corresponde a la fracción X, relativa a los sindicatos y al derecho de huelga; las fuerzas armadas dado su carácter autónomo en cuanto a su legislación, prohíbe expresamente en el Código de Justicia Militar las reuniones tumultuarias -- con el objeto de resistir o impedir el libre ejercicio de funciones -- de una autoridad, en el primer caso; y en el segundo, el artículo 305 del Código referido, dispone que los que en grupo de 5 por lo menos o sin llegar a ese número cuando formen la mitad o más de una fuerza -- aislada, rehusen obedecer las órdenes de un superior, las resistan o recurran a vías de hechos para impedir las, cometen el delito de asonada, sancionado y castigado conforme las disposiciones de este ordenamiento. Por lo que hace a la fracción XI. La Armada de México cuenta con su propia ley de Seguridad Social, pero los diferentes casos a -- los que se refiere la presente fracción en los incisos respectivos, -- es regulado para cada situación por una ley o reglamento distinto, como por ejemplo, en el inciso a) en cuanto a accidentes y enfermedades profesionales, para la indemnización respectiva se atiende a lo -- dispuesto por la Ley de Retiros y Pensiones, enfermedades no profesio-- nales y maternidad, a la Ley de seguridad social, jubilación, invali-- dez, vejez y muerte, igualmente, la ley de Retiros y Pensiones y en -- el último de los casos las dos leyes, citadas complementadas la una -- con la otra. En fin cada caso es tratado de conformidad con la ley -- que prevenga tal o cual situación. En cuanto a la fracción XII, al no

contar las fuerzas armadas por organismo de tipo laboral a quienes -- les corresponda conocer, de conflictos entre sus miembros o con los -- titulares de las dependencias, se está a disposiciones contenidas en -- las respectivas leyes orgánicas, así como a las cláusulas contenidas -- en los contratos de enganche de los cuales ya hablamos en capítulo -- por separado.

Por todo lo anterior podemos concluir, que el personal de las -- fuerzas armadas, no cuenta con una protección a las relaciones laborales que se encuentre fundamentada en la legislación laboral común y -- al no existir tampoco organismos establecidos expresamente para dirimir conflictos de tipo laboral que se puedan presentar entre los militares y los titulares de las dependencias, es frecuente recurrir en -- demanda de protección y amparo de la justicia federal por medio del -- juicio de ampara.

Como generalmente en el caso que nos ocupa volviendo a las condiciones estipuladas en la cláusula 5a. inciso b) la resolución por la -- que se determina la baja de un individuo del servicio activo " por no -- ser necesarios sus servicios" , proviene de una autoridad administrativa y no se fundamenta en una ley expedida con anterioridad al hecho -- y por un tribunal previamente establecido, esa actuación se adecúa a -- lo prescrito por la fracción I del artículo 103 constitucional, y 107 -- fracción VII regulado por la Ley Reglamentaria de dichos artículos -- que se denomina Ley de Amparo, y así en el título segundo, capítulo I



de dicha ley al señalar los actos que son materia del juicio, el artículo 114 a la letra dispone ; "El amparo se pedirá ante el juez de Distrito: I... II. Contra actos que no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo" . En estos casos cuando el acto reclamado emana de un procedimiento seguido en forma de juicio, el amparo solo podrá promoverse contra la resolución definitiva por -- violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedi -- miento si por virtud de estas últimas hubiere quedado sin defensa el quejoso o privado de los derechos que la ley de la materia le concede, a no ser que el amparo sea promovido por persona extraña a la -- controversia.

Como podrá observarse, solamente en los casos en que se ve el -- afectado privado de la garantía de audiencia, procede como único recurso el juicio de amparo; pero que de aquellos casos en los que aparentemente se le escucha en defensa, cuando de antemano ya se tiene la resolución en cartena. Nos referimos a los casos que preeven las demás cláusulas contenidas en el contrato de enganche, pues si bien el establecerse que el interesado causará baja además por haberse comprobado que observó mala conducta tanto civil como militar ( mediante la determinación de Consejo de Honor), éste indefectible -- mente así la determina remitiendo las actuaciones a la Comandancia -- General de la Armada, quien es en última instancia la que dictamina -- se gire orden de baja por mala conducta.

A pesar de que, como se indicó anteriormente, la resolución que se dé a un individuo que se somete al Consejo de Honor ya está prede- terminada, al menos se trata de un "tribunal" que está o se estable- ce previamente al conocimiento de los hechos y actúa fundándose en - leyes previamente también dictadas, es decir, los casos que son some tidos al conocimiento del Consejo de Honor ya están previstos en un- reglamento como lo es el Reglamento para la Organización y Funciona- miento de los Consejos de Honor y éste actúa de acuerdo a lo pres -- crito en el mes.

Así las cosas, aún cuando sabemos cual va a ser la determina -- ción de dicho organismo, al menos se le dá un cariz de legalidad y - se dá oportunidad de escuchas en defensa al inculpado, por lo que se considera " que no se ha violado la garantía de audiencia" propia de todo juicio.

#### 4.- Critica a la Deserción Franca.

Se quiso tratar la forma en que el militar se sujeta a la vida castrense y en especial a la relación de trabajo que se da entre un particular y la institución de carácter militar, como sería en este caso la Armada de México, y así partimos de un servicio de carácter obligatorio hasta el servicio voluntario, el cual debe ser remunerado, puesto que es una prestación de servicios personales y para que se de este tipo de servicio es necesario contratarse, de donde se desprende el contrato de enganche, así como la extinción del mismo.

Lo anterior fué para un mejor entendimiento de la separación que hace el militar del servicio activo, estando franco y en tiempo de paz, la cual se da a consecuencia de una negativa de baja, que se hace consistir en que "SE PERJUDICA EL SERVICIO", lo cual no es cierto toda vez que no estamos en tiempo de guerra, ésta separación del servicio activo, el Código de Justicia Militar, lo toma como ilegal y lo tipifica en el artículo 255, dentro de la clasificación denominada "Delitos contra la existencia y Seguridad del Ejército.

El objeto de éste pequeño trabajo, es la de demostrar que la llamada deserción franca no es un delito, y por consiguiente, que la separación que hace el militar del activo de las fuerzas armadas no es ilegítima, toda vez que los mexicanos tenemos la libertad de trabajo, me refiero a esta libertad pero en tiempo de paz, porque--

si se estuviera en tiempo de guerra, no sólo estaríamos sujetos -- al servicio activo por un contrato de enganche sino como una obli-- gación, que es la de defender a la patria.

Es decir, podemos trabajar en donde nos convenga, y si alguna- institución nos prohíbe de este derecho, estará violando la Garan-- tía Individual consagrada en el artículo 5º Constitucional, que a la letra dice:

"A ninguna persona podrá impedirse que se dedi- que a la profesión, industria, comercio o traba- jo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad solo podrá vedarse por deter- minación judicial, cuando se ataquen los dere- chos de tercero, o por resolución gubernativa-- dictada en los términos que marque la Ley, cuan- do se ofendan los derechos de la sociedad. Na- die puede ser privado del producto de su traba- jo, sino por resolución judicial.

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos --- personales sin la justa retribución y sin su -- pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y - II del artículo 123".

En cuanto a los servidores públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las Leyes respectivas, el de las armas y el del jurado, así como el desempeño de los cargos concejiles y las de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito. Los servidores profesionales de indole social serán obligatorios -- y retribuidos en los términos de la Ley con las excepciones que la misma señale.

Esto último se refiere al servicio militar obligatorio, del -- cual ya hablamos de sus características con anterioridad y no de -- la prestación de servicios voluntaria, la cual debe ser retribuida -- y ajustarse a las normas de derecho social.

Para los mexicanos existe la libertad de trabajo y ninguna --- Institución aunque tenga facultad de amañar sus propias leyes, como es el caso de las fuerzas armadas, puede vedar ese derecho que nos confiere la Carta Magna.

Así el artículo 123 en su fracción XIII, del apartado "B", --- establece:

"Los militares, los marinos y miembros de los -  
cuerpos de seguridad pública, así como el per--  
sonal de servicio exterior se regira por sus --  
propias leyes".

De lo expuesto en el parrafo anterior se desprende que de esa-

emanación de leyes, se da amplitud para que la Institución o mejor dicho las autoridades de las mismas cometan arbitrariedades que son anticonstitucionales, y como mero ejemplo, citamos a la rescisión - de contrato que se encuentra plasmado en la Cláusula 5a. inciso b) - del contrato de enganche que manifiesta:

"El contratado causara baja de la armada de México:

b).- Anticipadamente al vencimiento de su contrato o sus reenganches, cuando no sean necesarios sus servicios a Juicio de la Comandancia - General de la Armada de México".

Se ve claramente que este precepto viola la garantía individual consagrada en la Constitución:

"Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los --- tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento conforme a las leyes expedidas con - anterioridad al hecho. . . . .".

Una vez, que conocemos la forma jurídica de contratar al particular en una Institución militar, se sabe que su tramite es administrativo y que en el momento en que deba extinguirse la rela---

relación de trabajo, porque el militar no desea seguir laborando -- en la Institución militar, ya sea por no estar de acuerdo con la -- política, no adecuarse al medio castrense o simplemente por no convenir a sus intereses, el trámite sería que el individuo solicite-- su baja y el alto mando se la conceda.

Pero la realidad es que dicho individuo solicita la baja y la autoridad correspondiente se la niega, con fundamento en que se perjudica el servicio; cabe hacerse la pregunta: ¿En que se perjudica el servicio? Y la respuesta es, que no se perjudica el servicio en nada, por la simple y sencilla razón de que nuestro país no está en guerra, y la nota de que se perjudica el servicio se antoja a -- manera de capricho por parte de las autoridades correspondientes -- y que es con el ánimo de molestar al militar.

Como consecuencia de la negativa de baja, el interezado tiene -- un único camino para separarse del servicio que es la separación -- que llama el Código de Justicia Militar, de ilegal y que se sanciona con penas privativas de la libertad, acto que es anticonstitu--- cional.

Esta separación a la que nos hemos referido una y otra vez, no es ilegítima, puesto que no se comete ningún delito al hacer uso de la Libertad de trabajo que la Constitución confiere a los mexicanos y que la misma se encuentra regulada por el artículo 5º de la Ley -- de Leyes.

Para concluir el presente trabajo se propone:

Que la deserción franca que es la que se contempla en el artículo 255, del Código de Justicia Militar, debe desaparecer de -- la Legislación Castrense, castrense toda vez que es inoperante en -- la actualidad, lo anterior con fundamento en la exposición que se -- hizo con anterioridad.

Y así el militar que no se presenta a su adscripción, dentro -- de los tres días siguientes al en que empeso a faltar, se le de de -- baja, salvo que lo justifique. Esto es de la misma manera que se -- hace en la vida civil, en virtud de que el militar no desea afectar la seguridad del ejército, sino, simplemente rescindir el contrato -- motivo de su estancia en el activo. El cual debe tramitarse por la -- misma vía que nacio a la vida jurídica, es decir, administrativa --- mente y no en forma penal, que es la que actualmente se lleva a ca -- bo.

En cuanto a la separación ilegal del servicio activo de las -- fuerzas armadas, estando de servicio, debe legislarse adecuadamente toda vez que el Código vigente, es una copia fiel de la Legislación española, del siglo pasado, y como es lógico en algunos aspectos ya no tiene aplicabilidad.

Estoy totalmente de acuerdo en que se castigue al militar que -- deserte estando el País en guerra y maxime si desempeña algun ser -- vicio.



Afortunadamente en contra de estós abusos, existe el Juicio -- de Amparo, el cual nos brinda el Amparo y Protección de la Justicia Federal; el problema es que la comunidad que se encuentra en el -- servicio activo, son individuos de poca cultura, los cuales ni si-- quiera saben que existe éste Juicio como protección a las Garantías que la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, nos confiere -- y que ninguna Institución por muy militar que sea tiene facultad de violarlas. Esto es debe respetar la libertad del hombre, y que en -- este caso es la de Trabajo.

## C O N C L U S I O N E S

PRIMERO.- El delito de deserción es un ilícito esencialmente-- castrense, que su comisión entraña un enorme peligro a la Seguridad y Existencia del Ejército, siempre y cuando sea en tiempo de guerra de ahí la necesidad de que exista una legislación clara, precisa y-- que este de acuerdo a la situación que vivimos.

SEGUNDO.- Es necesario adicionar al Código de Justicia Militar una definición clara y precisa del ilícito de deserción.

TERCERO.- Debe de derogarse el artículo 255, que es el que -- contempla a la deserción franca, ya que está separación del servi-- cio activo de las fuerzas armadas, no es más que rescindir el con-- trato de trabajo a voluntad de una de las partes, cosa que debe tra-- mitarse administrativamente y no en la forma que se viene haciendo-- que es la penal.

CUARTO.- Debe reformarse el artículo 257 del Código de Justi-- cia Militar, toda vez que su redacción no concuerda con el conteni-- do del precepto al que hace remisión.

QUINTO.- Es conveniente la reforma de los artículos 260 y 261-- del Código de Justicia Militar, para que en un solo precepto se --

establezcan todas las disposiciones relativas a la deserción.

SEXTO.- Es conveniente la derogación del artículo 263 del Código de Justicia Militar, toda vez que la disposición contenida en el mismo, tiende a legalizar una conducta ilegal de los Comandantes -- de Unidad.

SEPTIMO.- Debe reformarse el artículo 266 del Código de Justicia Militar, a efecto de que su disposición, también incluya a las Unidades en tierra, las que en un momento dado también están expuestas a sufrir algún suceso peligroso por fenómenos de la naturaleza, o incluso por actos del hombre.

OCTAVO.- El 75% de las deserciones encuadradas en el artículo 255 (deserción franca), es a consecuencia de la negativa de baja, -- ya que el único camino que le queda al militar es el de desertar.

NOVENO.- Las relaciones de trabajo entre la institución militar y el individuo, que se contrata en términos generales forma --- parte del derecho social y típicamente del derecho del trabajo.

DECIMO.- La naturaleza Jurídica del Contrato de Enganche para el personal de las fuerzas armadas y consecuentemente el contrato-- de reenganche, se desprende de la relación laboral que no se destruye

ye en ningún momento, únicamente su ámbito de aplicabilidad es destinto, así tenemos que su esencia es institucional por cuanto rige las relaciones del personal con los organismos representativos del Estado, además se destaca su carácter social laboral.

DECIMO PRIMERO.- No se cuenta con organismos especiales que regulen las relaciones laborales en el ámbito militar, los conflictos que se llegan a suscitar, se resuelven por autoridades a las cuales no les compete tal situación y en consecuencia resuelven en una forma contraria al derecho, como sería el caso de no dar la baja del servicio, porque se perjudica a éste. Y por lo tanto debe legislarse al respecto.

DECIMO SEGUNDO.- La cláusula 5a. inciso b), del Contrato de Enganche no es conforme a derecho, en cuanto a su cumplimiento por la flagrante violación que se hace de la Garantía de Audiencia.

DECIMO TERCERO.- El juicio de amparo es el único recurso con el que cuenta el personal que se quiere separar del servicio activo o en su defecto que sea separado del activo de las fuerzas armadas de una manera injusta.

DECIMO CUARTO.- La rescisión de las relaciones laborales, por parte de un militar no debe entenderse como un delito castrense

(deserción franca), sino el goce de un derecho que la propia Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, otorga, y que en éste caso es la garantía que se contempla en el artículo 5° de la Ley de Leyes

## B I B L I O G R A F I A

AMANCIO LANDIN CARRASCO.- Manual de Derecho Penal y Procedi -- mientos Militares. Ministerio de Marina, Dirección de Enseñanza Naval, 1967.

DE QUEROL Y DURAN FERNANDO.- Principios de Derecho Militar Español. Editorial Naval de Madrid.

JIMENEZ DE ASUA LUIS.- Tratado de Derecho Penal. Ed. Losada -- Buenos Aires, 1965.

RAUL CARRANCA Y TRUJILLO.- Derecho Penal Mexicano (Parte General), Antigua Librería Robredo, México 1950.

RAUL CARRANCA Y TRUJILLO.- Código Penal Anotado, Ed. Porrúa -- S.A.

CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP.- Apuntamientos de la Parte -- General de Derecho Penal, 1960.

FERNANDO CASTELLANOS TENA.- Lineamientos de Derecho Penal. México 1969.

IGNACIO VILLALOBOS.- Derecho Penal Mexicano I, 2/da. Ed. Ed.-- Porrúa, 1960.

MARIANO JIMENEZ HUERTA.- La Tipicidad. Ed. Porrúa, Méx. 1955.

G. CABANELLAS DE TORRES, L. ALCALA-ZAMORA.- Diccionario Militar (Aeronáutico, Naval y Terrestre), Tomo IV, Editores Libretos, - Buenos Aires 1963.

### LEGISLACION

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Edito-- rial Porrúa.

CODIGO DE JUSTICIA MILITAR.- Ediciones Ateneo México 1970.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Ed. Porrúa. México - -- 1975.

LEY DE DICIPLINA DEL EJERCITO Y ARMADA NACIONALES.- Ediciones-  
Ateneo, Méx. 1974.

REGLAMENTO GENERAL DE DEBERES MILITARES. Ed. Ateneo Méx. 1969.

REGLAMENTO PARA EL SERVICIO INTERIOR DE LOS CUERPOS DE TROPA.-  
Ed. Ateneo 1969.

ORDENANZA GENERAL PARA EL EJERCITO DE LA REPUBLICA MEXICANA.--  
Del 6 de diciembre. Imprenta de I. Cumplido, Calle del Hospital - -  
Real. número 3.

CODIGO MILITAR DE 1894. Topografía, Litografía y Encuaderna- -  
ción de I, Paz.

CODIGO MILITAR DE 1898. .