

CARACTERÍSTICAS DEL ENJUICIAMIENTO PENAL MILITAR MEXICANO*

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Propósito*. II. *El enjuiciamiento militar como jurisdicción especial*: a) *División de la jurisdicción*. b) *Bases jurídicas*. c) *Naturaleza del fuero militar*. III. *Preponderancia del elemento militar*. IV. *Consideración jerárquica*. V. *Ejercicio de la acción penal*: a) *Principios en cuanto a la necesidad de ejercitarla*. b) *Sistema del derecho común*. c) *Sistema del Código de Justicia Militar*. VI. *Exclusión de la reparación del daño*. VII. *Peculiaridades del procedimiento sumario militar*. VIII. *Extraterritorialidad de la jurisdicción penal militar*.

I. PROPÓSITO

Bajo el rubro "Características del enjuiciamiento penal militar mexicano", nos proponemos realizar el somero análisis de las notas que definen y singularizan al procedimiento penal de este fuero, en contraposición con el común. Sabido es que ambos, conjuntamente con el enjuiciamiento para menores y el reservado a empleados y funcionarios con motivo de la comisión de delitos oficiales, constituyen los procedimientos que recoge nuestro régimen de lucha contra la delincuencia.¹

Por otra parte, hemos de observar que en este trabajo sólo haremos referencia al enjuiciamiento militar en México, lo que no impide tener en cuenta que las notas que revisemos sean características también del enjuiciamiento de guerra en otros países, por cuanto derivan todas, en esencia, de las peculiaridades inherentes al instituto castrense, comunes en todas las latitudes.²

* Publicado en *Criminalia*, año xxxii 1966, núm. 11; y, posteriormente, en García Ramírez, Sergio, *Estudios penales*, México, Escuela Nacional de Artes Gráficas, 1977, pp. 7-30, de donde lo hemos tomado. En el asterisco final, el autor proporciona los datos de la actualización legislativa de su artículo.

¹ El fuero de guerra sólo opera en el ámbito punitivo. El principio de igualdad ante la ley y la exclusión de privilegios, han traído aparejada, como obvia consecuencia, la extensión de la ley y de la jurisdicción comunes a las contiendas civiles en que sea parte un militar. Aún más, como líneas adelante se indica en el texto, el fuero militar no abraza indiscriminadamente todas las conductas delictivas en que haya incurrido un miembro del ejército.

² Anota De Pina que "la jurisdicción castrense ha tenido hasta nuestros días un carácter

II. EL ENJUICIAMIENTO MILITAR COMO JURISDICCIÓN ESPECIAL

a) *División de la jurisdicción*

La jurisdicción, potestad estatal de aplicar el derecho resolviendo acerca de relaciones jurídicas controvertidas (litigios³) es susceptible de diversas clasificaciones. Empero, ahora sólo nos interesa la que se plantea a la luz del distinto número de relaciones sobre las que aquélla versa.

La jurisdicción puede ser general, especial o excepcional. La primera atrae a su conocimiento un número indefinido de relaciones jurídicas y constituye regla de la que las otras dos categorías son meras excepciones. La jurisdicción especial, a su vez, puede conocer sólo de ciertas relaciones jurídicas, previamente limitadas en atención a clases de personas, profesiones o conflictos. Finalmente, la jurisdicción excepcional conoce sólo de una relación controvertida, específicamente señalada, y se ejerce por tribunales establecidos *ad hoc* y generalmente *ex post facto*.⁴

Recordemos que el artículo 13 de nuestra ley fundamental destierra tanto las

notoriamente privilegiado, que la había hecho odiosa como justicia de clase". *Manual de derecho procesal penal*, Madrid, Editorial Reus, 1a. edición, 1934, p. 297. En la actualidad, empero, ha perdido su carácter privilegiado, para convertirse en un orden jurídico de mayor rigor, apoyado en necesidades evidentes. Las constituciones modernas suelen recoger, al igual que la mexicana, y de modo prácticamente uniforme, la posibilidad de la justicia militar.

³ Hablamos aquí de litigio en el amplio sentido, aplicable al campo del proceso penal, en que Alcalá-Zamora se refiere a esta noción: "conflicto jurídicamente trascendente, que constituye el punto de partida o causa determinante del proceso". *Derecho procesal penal*, en colaboración con Ricardo Levene (h), Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft Ltda., t. 1, n. 3, 1945, p. 7. En cambio, Carnelutti, a quien se debe el magistral emplazamiento del litigio en el panorama del derecho procesal, lo entiende como "conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro". *Sistema de derecho procesal civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, UTEHA, t. 1, 1944, p. 44.

⁴ Ugo Rocco indica que "ordinaria o general es la jurisdicción que mira a todas las relaciones de cierta categoría; especial o particular es la que mira a especiales o particulares relaciones jurídicas". La especial se distingue de otras en atención al sujeto, al objeto o al título. Como ejemplo de la jurisdicción especial en orden al sujeto, Rocco cita a la militar. *Teoría general del proceso civil*. Trad. Felipe de J. Tena, México, Editorial Porrúa, 1a. edición, 1959, p. 75. Sobre tribunales especiales (noción que entre nosotros no deja de ser confusa, en virtud del inadecuado uso que de ella hace el artículo 3 constitucional), *cfr.* Pallares, *Tratado de las acciones civiles*. 2a. edición, Ediciones Botas, México, 1945, p. 129; Lozano, *Tratado de los derechos del hombre*, México, Imprenta del Comercio, de Dublán y Compañía, 1876, p. 228; Burgoa, *Las garantías individuales*, 2a. edición, México, Editorial Porrúa, 1954, p. 215; García Ramírez, "Inconstitucionalidad del juicio arbitral", *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 53, t. xiv, enero-marzo de 1964, pp. 36-39. Rectificamos ahora la opinión que en este último trabajo manifestamos sobre la naturaleza de los tribunales especiales. Con demasiado apego a la errónea terminología constitucional, quisimos distinguir entre fuero y tribunal especial. En doctrina (y en una de las acepciones de fuero) son la misma cosa. Donde la Ley Suprema dice "tribunales especiales", se debe entender, sencillamente, "tribunales excepcionales".

leyes privativas, como los tribunales especiales. No obstante, la terminología constitucional, el examen de los precedentes históricos, políticos y sociales de este precepto, así como el estudio de los propósitos del Constituyente y del sistema general de la ley, llevan a concluir que, en realidad, la Constitución prohíbe la existencia de tribunales excepcionales o por comisión, cuya mera posibilidad atentaría contra los principios democráticos y la igualdad ante la ley.

En consecuencia, la Constitución no veda el funcionamiento de jurisdicciones especiales. Más aún, ella misma las establece; así, las jurisdicciones para menores (implícita en el artículo 18 *in fine* y, además, apoyada por la posibilidad de tribunales administrativos), administrativa (artículo 104, I), constitucional de responsabilidades (artículos 109 y 111) y laboral (artículos 123, A, XX, y B, XII).⁵

La noción de jurisdicción especial es indispensable para el estudio del enjuiciamiento militar, ya que éste se encuentra limitado, conforme veremos al hablar de la naturaleza del fuero de guerra, por razón de la materia (delito) y de la profesión (militar).

b) Bases jurídicas

La historia del derecho penal y del procedimiento penal es la relación de una profunda desigualdad entre los hombres y de un constante esfuerzo, hoy victorioso, para alcanzar la igualdad. En épocas aún no remotas se multiplicaron las jurisdicciones y los fueros, de carácter fundamentalmente protector, sustrayendo a ciertas clases de individuos de la potestad decisoria de los tribunales ordinarios.

La desigualdad y la multiplicada distinción de fueros quedaron recogidos por el derecho colonial, traducción fiel del pensamiento jurídico de su tiempo. En cambio, la independencia trajo consigo la abolición sistemática de los privilegios y, consecuentemente, la desaparición de las jurisdicciones especiales y favorecedoras y la sumisión general a los tribunales ordinarios.⁶

Esta trayectoria, empero, no podía ser absoluta. Las necesidades de la vida social —no ya los privilegios involucrados por una organización que declinaba— imponen la existencia de tribunales especiales encargados del conocimiento de

⁵ Coincidimos con la Primera Comisión de Constitución, que, al rendir dictamen sobre el artículo 13, ante el Constituyente de Querétaro, indicó que se conservan “tribunales especiales que juzgen los delitos del orden militar”. *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, t. II, núm. 48, p. 164. En cambio disentimos de la afirmación del diputado Francisco J. Mújica, quien señaló, en su voto particular sobre el mismo artículo, que “el fuero de guerra... da origen al único tribunal especial que conserva nuestra Carta fundamental...”, *Idem*, t. I, núm. 32, p. 596.

⁶ La Constitución de 1824 mantuvo los fueros militar y eclesiástico (artículo 154). Lo mismo aconteció en las Bases Constitucionales de 1836, cuyo artículo 30 de la ley 5 previó los fueros “personales” (ninguno de los dos lo es, en rigor) eclesiástico y militar. Ambos fueros subsistieron en las Bases Orgánicas de 1843 (artículo 9, fracción VIII). En la Constitución de 1857 sólo existía el fuero de guerra (artículo 13), disposición que pasó a la Ley fundamental de 1917 (artículo 13).

causas que, por su misma naturaleza y por pública conveniencia, ha de quedar al margen de los órganos juzgadores ordinarios. Éste es el caso de las jurisdicciones especiales, líneas arriba recordadas, que previene la Constitución, y entre ellas, éste es el supuesto, particularmente, de la jurisdicción castrense.

Recogiendo una larga tradición constitucional, constante en nuestra historia (v. nota 6), la ley suprema de 1917 permitió la subsistencia del “fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar”. Y a esta prescripción, contenida en el artículo 13, se agregó una imperiosa limitación, cuya legitimidad y razón son evidentes: “Los tribunales militares, en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta de orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda”.

La persistencia y el carácter taxativamente limitado de la jurisdicción castrense, en materia penal, han sido reconocidos, de modo prácticamente uniforme por las constituciones extranjeras.

c) *Naturaleza del fuero militar*

El artículo 13 citado habla de fuero. También los artículos 109, 110 y 114 de la propia Constitución se refieren al fuero. Sin embargo, el sentido de la expresión es bien distinto en cada caso. Al hablar de fuero, los artículos referentes a responsabilidad de altos funcionarios aluden a la inmunidad de éstos, es decir, al obstáculo que impide, en tanto no se remueva, el despliegue normal de la jurisdicción ordinaria con respecto a las personas amparadas por el fuero.⁷ En cambio, para el artículo 13 fuero no es otra cosa que jurisdicción especial, concebida como hace poco la entendimos.

Lógicamente, la especialidad de una jurisdicción puede estar determinada de

⁷ La jurisdicción tiene un límite personal en el de inmunidad de que gozan ciertas personas, por obra del derecho interno o del derecho internacional. A diferencia de la inviolabilidad, que en definitiva es irresponsabilidad o impunidad (ejemplo: artículo 61 constitucional), y que puede resumirse en una situación de incapacidad penal, como algunos autores quieren (Manzini a la cabeza), o en excusa absolutoria, como otros piensan, o en mera exención de la ley penal, la inmunidad es sólo obstáculo al desenvolvimiento normal de la jurisdicción con respecto a una persona. Es posible reconocer las siguientes inmunidades: a) Del presidente de la República. b) De otros funcionarios. c) Por reciprocidad internacional (resultante del artículo 5, fracción 3, del Código Penal). d) De dignatarios extranjeros (v. artículo 148, fracción 1, del Código Penal). e) De otros diplomáticos, funcionarios internacionales y magistrados de la jurisdicción internacional. f) De inculpado y testigos, en virtud de las limitaciones impuestas por la extradición o por el viaje al extranjero de testigos que declararán en el proceso seguido al imputado a quien se extrajo del territorio nacional. g) De militares (v. artículo 61 del Código de Justicia Militar). h) Miembros de la administración de justicia, empleados y funcionarios públicos (v. artículo 70 de la Ley de Responsabilidades) y agentes del Ministerio Público. Sobre los anteriores extremos, *cf.*, nuestro trabajo “Los límites objetivos, subjetivos y territoriales de la jurisdicción penal en el derecho mexicano”, de próxima aparición en la *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, año 1, 1966, del Instituto Mexicano de Derecho Procesal.

muy diverso modo: en atención a la persona (menores), en vista de la materia (relaciones laborales), en orden a la función (responsabilidad de magistraturas). En cuanto a la profesión militar, nos corresponde indagar, pues, cuáles son los elementos que fijan la especialidad de la jurisdicción castrense.

A nuestro juicio, el militar es un fuero a un tiempo material y profesional. Es profesional, porque sólo puede extenderse a los individuos pertenecientes al ejército, según prescribe el artículo 13 de la Constitución y se desprende del artículo 157, fracción II, del Código de Justicia Militar (CJM).⁸ Evidentemente, la pertenencia al ejército no es una característica de la persona, sino una nota de relación profesional. Nada importa, a este respecto, que la comisión de un delito militar por un civil sea sancionada conforme a las leyes militares, porque la naturaleza del fuero no está determinada por la ley aplicable al caso (concepto sustantivo que no es el considerado por el artículo 13), sino por la jurisdicción que conoce del mismo (concepto orgánico y procesal).^{9 10}

⁸ En consecuencia, los tribunales castrenses conocerán de los delitos militares cometidos por miembros del ejército en servicio activo, cualquiera que sea la clase de éstos. Pero "en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército (artículo 13 constitucional). En consecuencia, no conocerán de los delitos perpetrados: a) Por quienes nunca han pertenecido, ni pertenecen al ejército, y b) Por quienes ya no pertenecen al instituto armado. Éste es un evidente efecto del carácter fuertemente restrictivo que con claridad atribuye al fuero militar el artículo 13 mencionado, tanto en su letra, como en su espíritu. Por ello nos parece inaceptable la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al establecer que "la circunstancia de que el acusado de un delito del orden militar cause baja en el ejército con posterioridad a la comisión de este delito, no quita su competencia a los tribunales del fuero de guerra para conocer del proceso respectivo, puesto que la naturaleza del delito no puede variar por circunstancias ajenas al hecho que lo constituye" (t. VIII, de la 5a. época, ejecutoria del 8 de julio de 1920). En efecto, no varía la naturaleza del delito; pero sí cambia la calidad del delincuente, y debe tenerse en cuenta que no sólo aquél factor, sino también éste determina la intervención jurisdiccional del órgano militar. Sostener lo contrario llevaría, por ejemplo, a pensar análogamente que el tribunal constitucional de responsabilidades (cámaras legisladoras erigidas en jurados de acusación y de sentencia) deben conocer de los delitos oficiales cometidos por altos funcionarios durante el tiempo de su encargo, a pesar de que en el momento en que se les persigue ya no sean... altos funcionarios. Tampoco creemos que deba considerarse militares, para los efectos del enjuiciamiento castrense, a los miembros de la reserva mientras no han sido llamados al servicio activo. Nuestra opinión carece de apoyo en la ley militar; pero creemos que interpreta fielmente el sentido del artículo 13 constitucional, que siempre ha de entenderse en forma restrictiva y en favor de la más amplia "civilidad" de la jurisdicción. Desde un punto de vista práctico, esto resulta tanto más evidente en un país con conscripción obligatoria en el que, por lo mismo, es elevadísimo el número de individuos que pertenecen a la reserva (v. artículo 5o. de la Ley del Servicio Nacional, de 1940). Nos parece evidente que el homicidio cometido por un paisano miembro de la reserva ante tropa formada o ante la bandera no caería bajo el conocimiento del consejo de guerra, por más que sean militares los delitos comunes perpetrados en esta situación (artículo 57, II, d, del CJM), justamente porque se requiere que tales delitos sean cometidos por militares, y no debe entenderse que el paisano miembro de la reserva lo sea para los efectos del restrictivo enjuiciamiento militar.

⁹ Hemos indicado ya que la voz "fuero" posee muy diversas acepciones. A más de la relativa a inmunidad, puede significar tanto derecho material, como tribunal especial, y aún reviste otros sentidos, que carecen de interés para el presente trabajo. El artículo 13

El fuero de guerra es, además, material, porque su pertenencia se limita en atención a los delitos de que puede conocer. El mismo artículo 13 de la ley fundamental habla sólo de delitos y faltas contra la disciplina militar. A su turno, el artículo 57 del CJM precisa lo que ha de entenderse por tales delitos.¹¹

En torno a estas cuestiones también interesa considerar que la jurisdicción que estudiamos está administrada por militares, a través de los órganos a que se refiere el artículo 10. del CJM, y su actividad debe ser promovida por el Ministerio Público militar (artículo 36 de *ídem*, único titular de la acción en este fuero. Excepcionalmente, sin embargo, la justicia común actúa como auxiliar de la castrense, lo que ocurre en el supuesto previsto por el artículo 31 del propio Código.

La intervención de civiles en el enjuiciamiento militar es mínima, si bien no puede quedar excluida por completo. En este sentido, cabe afirmar que aun cuando la defensoría de oficio es asimismo militar, la defensa del inculpado puede ser también asumida por un civil, considerando para ello el derecho absoluto a la libre defensa que consagra el artículo 20, fracción IX, de la Constitución, y que recogen los artículos 98 y 638 del Código de Justicia Militar.¹² Además, el ar-

se refiere a "tribunales militares" y a "jurisdicción", con lo que aparece claro que maneja el concepto orgánico y procesal, y no el substantivo, de fuero. Al menos, es posible decir que primordialmente viene en cuestión el fuero procesal y secundariamente el material, ya que es posible que la ley aplicable al fondo sea tanto la material (CJM), como la común (v. artículo 57, fracción II, del CJM), lo cual destruye la necesidad del fuero sustantivo. En cambio, el militar que incurra en delitos militares será juzgado siempre por tribunales castrenses, lo cual apoya la necesidad del fuero procesal. No son excepciones a esto último las actividades auxiliares que pueden desempeñar, conforme al artículo 31, los jueces comunes, porque éstos nunca fallan en cuanto al fondo.

¹⁰ En México, el fuero militar es único, a diferencia de lo que ocurre en otros países (España, v. gr.), donde hay distinta jurisdicción para el ejército y para la marina de guerra. Por la fecha de su expedición (1934), nuestro Código de Justicia Militar se refiere siempre a la Secretaría de Guerra y Marina. Hoy día, no obstante la división de secretarías, subsiste la unidad de fuero. Al respecto, conviene recordar que, por acuerdo presidencial de 6 de junio de 1940, se dispuso que "por lo menos uno de los cinco vocales propietarios y uno de los tres vocales suplentes de cada Consejo de Guerra Ordinario serán miembros de la Armada Nacional". *Cfr.*, asimismo, otro acuerdo presidencial de la misma fecha, en que se fijan las facultades y atribuciones que en materia de justicia militar corresponden a la Secretaría de Marina, cuando se trate de miembros de la Armada Nacional o de sus reservas (sobre esto último, v. nota 8).

¹¹ Las infracciones están radiadas del Código de Justicia Militar, al modo que lo están del Código Penal. Sabido es que numerosos códigos punitivos son también códigos de faltas. El artículo 104 del CJM decide que "las infracciones que solamente constituyen faltas serán castigadas de acuerdo con lo que prevenga la Ordenanza o leyes que la substituyan".

¹² En México, el *ius postulandi* no incumbe en exclusiva a los abogados y procuradores, como se reconoce en numerosos órdenes jurídicos extranjeros. En el proceso penal, la libertad de defensa es absoluta, gracias a la fracción IX del artículo 20 constitucional, y no puede quedar sujeta a las restricciones que operan en el sistema del proceso civil, por ejemplo. De ahí que estimemos abiertamente anticonstitucionales tanto los artículos 26 *in fine* y 28 de la ley reglamentaria de los artículos 40. y 50. de la Constitución (Ley de Profesionales), que limitan la libre defensa penal al juicio de amparo, como cualesquiera prácticas forenses consistentes en exigir del defensor el registro profesional (cédula) como licenciado en derecho.

título 21 permite la intervención de civiles, en calidades de juez instructor, secretario y agente del Ministerio Público, en el procedimiento ante los consejos de guerra extraordinarios.

III. PREPONDERANCIA DEL ELEMENTO MILITAR

A lo largo de la historia, y particularmente en el derecho contemporáneo, se ha observado una creciente tecnificación de la administración de justicia. Esto ha llevado a exigir de jueces y magistrados amplia preparación jurídica y también, a veces, capacidad en otros campos del saber humano.

La tecnificación aludida se plantea con más vigor en el ámbito penal, dado que aquí entran en juego consideraciones que escapan a lo meramente jurídico y caen de lleno en los dominios de la antropología, la sociología, la biología, la psiquiatría y otras disciplinas indispensables para el conocimiento del hombre. De ahí, entonces, que Florian sostenga, entre los puntos de diferencia que alejan al proceso civil del penal, el criterio de juicio meramente jurídico que entre en cuestión en el primero, por contraste con las consideraciones éticas, biológicas y sociales que se suscitan en el segundo.¹³

Razones del género de las expuestas han llevado a la especialización, sin duda, deseable, de la judicatura. En este orden de cosas, el Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales no se limita a reclamar del juez penal los requisitos que hacen capaz subjetivamente y en abstracto a cualquier juzgador civil de primera instancia, sino también exige de aquél especialización y práctica en materia penal (artículo 636).

Así las cosas, la carencia de técnica es uno de los argumentos de mayor empuje que se esgrimen en contra de los jurados. El juzgamiento por legos tuvo sentido cuando, como Goldschmidt enseña, el derecho consuetudinario era bien conocido del pueblo y éste podía fácilmente aplicarlo; pero los jurados fueron substituidos por legos al tiempo de robustecerse el poder estatal y progresar el derecho codificado que quedó al margen del conocimiento popular.¹⁴ A esta ra-

¹³ Recuerda Florian que "en el proceso penal el juez ha de juzgar a un hombre y, por lo mismo, inspirarse en criterios ético-sociales... Pero aún hay más. El proceso penal requiere valoraciones de carácter técnico (psicológico, antropológico) y sociológico, como cosa que tiende cada vez más a desenvolverse en torno a la personalidad del justiciable y a la peligrosidad". *Elementos de derecho procesal penal*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, BOSCH, s.f., p. 21. Esto es cierto, aunque se rechaza la radical diferencia entre los procesos civil y penal que preconizaba el profesor de la Universidad de Turín.

¹⁴ Cfr., Goldschmidt, "Problemas jurídicos y políticos del proceso penal", en *Principios generales del proceso*, Buenos Aires, EJEJA, vol. II, 1961, pp. 127-128. No es éste el lugar para exponer las ventajas y desventajas del jurado, materia que ha nutrido abundantísima bibliografía. Lo cierto es que en México se encuentra francamente arrumbado, y sólo el imperativo constitucional (artículos 20, fracción VI, y 111) le conserva una vida precaria. A semejanza de nuestra ley fundamental —aunque con diversidad de concrecio-

zón agréguese que, por influjo del positivismo criminológico, se puso en claro la necesidad de conocer no sólo al delito, sino también al delincuente, problema que importa la definitiva liquidación (ideal, al menos) de los jueces legos en derecho y en otras ciencias.

Lo anterior no implica, sin embargo, que se rechace la concurrencia de técnicos (no juristas) en la aplicación del derecho, sino, por lo contrario, la pertinencia de que se les acoja para la mejor y más informada solución de las controversias, desde el ángulo en que se precisa del conocimiento específico de tales técnicos.

El enjuiciamiento militar puede ser examinado a la luz de los desenvolvimientos precedentes. En efecto, en él predomina conforme veremos, la composición de los órganos jurisdiccionales con no juristas, lo cual aproxima los consejos de guerra a los jurados. Pero, por otra parte, los legos en derecho no lo son ya en materia militar, puesto que se trata de miembros del Ejército, y concretamente de militares de guerra, lo cual hace de ellos, en cierto modo, jurados técnicos. Empero, no se trata en esta jurisdicción de pronunciarse sobre materia de técnica militar, sino más bien, en rigor, acerca de cuestiones de derecho punitivo. Si, por una parte, los militares de guerra conocen perfectamente las normas y costumbres del cuerpo armado y se encuentran penetrados por su espíritu, por otra parte son, indudablemente, tan legos en cuanto a la ciencia del derecho (y a las disciplinas auxiliares del derecho penal) como cualquier miembro de un jurado ordinario.³⁵

Observemos que los delitos de más pequeña entidad se libran al juzgamiento de los jueces militares, que son letrados, en tanto que los más graves se entregan al conocimiento de los consejos de guerra, que no están compuestos por juristas.

Conforme al artículo 6 del Reglamento para el Servicio de Justicia Militar, de 1930, sólo “deberán ser abogados con título reconocido oficialmente: el procurador general de Justicia Militar, los magistrados del Supremo Tribunal Militar, los agentes del Ministerio Público Militar, los jueces militares, el jefe del Cuerpo de Defensores y los defensores de oficio, así como los secretarios del Tribunal y de los juzgados”.

nes—, las cartas extranjeras suelen prever la participación de legos en los órganos jurisdiccionales, según lo quisieron ya, *v. gr.*, las enmiendas v y vi (de 1791) de la Constitución de los Estados Unidos.

³⁵ Esta situación no ha dejado de inspirar algunas sugerencias de reforma. En una tesis profesional recientemente elaborada en la Facultad de Derecho se hizo ver la necesidad de que los letrados participen más activamente en la administración de justicia marcial. Así, se propuso la supresión de los consejos de guerra ordinarios y la transferencia de las causas de que éstos conocen a los jueces militares que sí son abogados. Igualmente se propuso que, por lo menos, el presidente y el secretario de los consejos de guerra extraordinarios sean abogados. Al lado de otras reformas, ésta permitiría —se dijo— que el Consejo extraordinario “garantice un mejor juicio, tan indispensable por encontrarse en juego la vida de una persona”. Sámano Piña, Oscar, *Bases para la modificación del Código de Justicia Militar*. Tesis. México, 1965, pp. 264-265.

Los integrantes de los consejos de guerra, tanto ordinarios (artículo 10 del CJM), como extraordinarios (artículo 18 del *idem*) se escogen de entre militares de guerra.¹⁶ Inclusive, cabe que en el procedimiento ante consejos extraordinarios el juez instructor, el secretario y el agente del Ministerio Público sean militares de guerra designados por la autoridad que convoca al Consejo (artículo 21 del CJM). Así, todas las funciones procesales —también la defensa, como líneas abajo veremos— quedan sustraídas a los técnicos del derecho. Como es fácil comprender, la posibilidad de que esto suceda no es precisamente quimérica, dadas las circunstancias, particularmente difíciles y anormales, en que opera el Consejo de Guerra extraordinario. Aun cuando el CJM no lo indica expresamente, es factible que el postergamiento del personal letrado ocurra cuando viene al caso designar defensor de oficio al enjuiciado, ante el Consejo extraordinario, si el propio inculcado se niega nombrarlo.

IV. CONSIDERACIÓN JERÁRQUICA

La capacidad subjetiva en concreto de los juzgadores ordinarios no está determinada, en modo alguno, por problemas de jerarquía entre quien juzga y quien es juzgado. Dicho de otro modo, en el catálogo de relaciones que constituyen impedimentos para el conocimiento de una causa y que destruyen, de este modo, la capacidad subjetiva en concreto, no se toman en cuenta cuestiones de rango que produzcan, fuera del proceso, relación de jerarquía entre el juzgador y el inculcado.

Por propia naturaleza, el ejército es un cuerpo jerárquico. En efecto, la jerarquía es elemento que juega papel descollante en todo cuanto afecta a la vida de la institución y permite el imperio de la indispensable disciplina castrense. La jerarquía, que tan cuidadosamente se defiende a través del régimen de faltas y correcciones y el sistema de delitos y penas, penetra también el ámbito del enjuiciamiento, y no sólo cuando se trata del proceso seguido a un militar nacional, sino también del llevado a cabo en contra de un extranjero.

Tanto los miembros del Consejo de Guerra ordinario (artículo 14), como los

¹⁶ Sobre la distinción entre el militar de guerra y el de servicio, *cfr.*, artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica del Ejército y Armada Nacionales. Recuérdese que son militares de servicio o auxiliares los magistrados del Supremo Tribunal Militar (no, en cambio, el presidente) (artículo 3 CJM), eventualmente uno de los miembros del Consejo de Guerra extraordinario (artículo 18), los jueces militares y los secretarios (artículo 24), el procurador general de justicia militar y los agentes del Ministerio Público bajo su mando (artículo 39) y el jefe de los defensores de oficio, así como los miembros de este cuerpo (artículo 52). En la tesis citada en la nota anterior, Sámano Piña se pregunta: "¿Por qué han de ser los militares de guerra, dedicados a otras actividades, los que se han de encargar de esta función (la jurisdiccional) y no los del Servicio de Justicia, que por su propia especialidad constituyen un personal preparado técnicamente tanto en lo militar, como en lo jurídico?" (p. 22).

del extraordinario (artículo 16), deben poseer categoría militar igual o superior a la del acusado. Inclusive, el artículo 14 dispone que, si no es posible conseguir esta relación de grados, la Secretaría (de Defensa o de Marina), “habilitará con el grado correspondiente a los militares que, estando en aptitud de desempeñar el cargo, tengan grado inmediato inferior al acusado”. Este principio de jerarquía está reiterado en el artículo 90 del CJM. Además, este precepto señala, en la fracción II, que, “cuando se trate de un prisionero de guerra de fuerza considerada beligerante, se atenderá a la categoría militar que tenga el prisionero en el ejército a que pertenezca; si no se puede precisar aquélla, será juzgado como individuo de tropa”.¹⁷

Conforme al artículo 97 del CJM, no puede fungir como defensor quien sea superior al juez o a alguno de los miembros del Consejo que conoce de la causa. Sin embargo, este precepto está en pugna con el 694, de cuya parte final se infiere que el defensor puede ser de categoría militar superior a la del presidente, el cual ostenta, a su vez, rango superior al de los demás integrantes del Consejo (artículo 10). A nuestro juicio, y habida cuenta de que la consideración jerárquica es nota de máxima importancia en el enjuiciamiento militar, conforme hemos intentado demostrar, la antinomia debe resolverse en favor del artículo 97.

V. EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

a) Principios en cuanto a la necesidad de ejercitarla

Sabido es que el Estado puede ejercitar la acción penal a través de un órgano público, o confiársela, por el contrario, a los particulares.¹⁸ En el primer caso, estamos ante el principio de oficialidad, y en el segundo ante el de dispositividad (acciones privada, particular y popular). Pero aun cuando el Estado asuma directamente el ejercicio de la acción penal, que se pone en manos del Ministerio

¹⁷ La falta de la jerarquía adecuada para intervenir en los órganos de la justicia militar, en un caso concreto, no está mencionada por el artículo 788 en la lista exhaustiva de impedimentos (y causas de excusa) que éste contiene. Sin embargo, creemos que el militar debe hacer valer por vía de excusa, llegado el caso, esta incapacidad subjetiva en concreto. A su vez, el inculcado puede esgrimirla en cuantas ocasiones sea necesario, no obstante la limitación que involucran los artículos 744 a 777, porque, de lo contrario, se llegaría a aceptar que puede ser capaz para el conocimiento de una causa justamente aquella persona a quien la ley... niega tal capacidad, ya que no hay forma de excluirla mediante recusación. Es contrario a la economía procesal negar la recusación por causa de jerarquía, y aceptar, en cambio, la reposición del procedimiento por no haber sido legalmente integrado el Consejo de Guerra (artículo 836, fracción VII).

¹⁸ Florian explica que la acción penal, que corresponde al Estado, como titular que es del derecho de castigar, es ejercitada siempre por órganos de aquél, los cuales pueden ser inmediatos o mediatos. Los inmediatos son nombrados por el Estado y dependen de él por la relación de funcionario público; los mediatos son particulares que ejercitan la acción penal en nombre e interés del Estado. *Elementos de derecho procesal penal*, pp. 185 y ss.

Público y, ocasionalmente, de otras autoridades administrativas, lo cierto es que no siempre resulta necesario para la autoridad persecutoria el ejercicio de la acción penal. Esta posibilidad de no ejercicio de la facultad requiriente, nutre al llamado principio de oportunidad en orden al ejercicio de la acción penal, por contraste con el llamado principio de legalidad (o mejor aún, de necesidad) en cuanto al mismo ejercicio.

La legalidad a que nos referimos ahora vincula rígidamente al Ministerio Público y le obliga, de modo inescapable, a ejercitar la acción penal cuando se reúnen las condiciones de dicho ejercicio. Cumplidas éstas, pues, no queda al arbitrio del oficio requerente excitar la actividad de los tribunales o abstenerse de hacerlo. Al principio de legalidad suele vincular la doctrina sólidas ventajas, que, en resumen, podrían cifrarse en el destierro de la arbitrariedad y la eliminación de confabulaciones entre el inculpaado y la autoridad persecutoria.

La oportunidad, en cambio, deja en manos del Ministerio Público (o más genéricamente, del gobierno) resolver sobre la pertinencia de ejercitar la acción penal; pero no ya en vista de las condiciones legales (materiales y formales) de este acto, sino en atención a motivos de conveniencia o razón política, que a menudo harían desaconsejable o aun nociva socialmente, en virtud de las circunstancias, la persecución penal de un delincuente. Al principio de oportunidad se asocia la ventaja de que permite tomar en consideración factores de utilidad pública, que de otro modo quedarían desconocidos e irrelevantes para el Ministerio Público. Por lo demás, se le atribuyen serios riesgos: en efecto, de oportunidad a arbitrariedad media sólo, en las posibilidades de la práctica, un paso breve.¹⁹

¹⁹ Un patente ejemplo de oportunidad, referido por Florian, *Elementos de derecho procesal penal*, p. 182, era el artículo 2 del Código Penal austriaco de 1877, conforme al cual "la acusación pública dejará de producir efectos si el emperador ordena que no se inicie la causa o que cese". Sobre los principios de oportunidad y legalidad, prolijamente examinados por la doctrina, *cfr.*, también Schmidt, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del proceso penal*. Trad. José Manuel Núñez. Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1957, p. 221. Nuvolone observa que, para algunos estudiosos, el principio de oportunidad permite tener en cuenta las exigencias de la defensa social. De ahí que acojan algunas legislaciones de Europa septentrional. Asimismo, ésta es la causa de su recepción en la ley italiana referente a los menores (r. d. l. de 20 de julio de 1934 n. 1404, artículo 14). *Cfr.*, "Legalità, giustizia e difesa sociale, esigenze fondamentali del processo moderno", en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, anno VII fasc., 4 ottobre-dicembre, 1944, p. 982. Además de su aspecto activo, o sea en cuanto al ejercicio de la acción por su titular, la oportunidad también se manifiesta en una vertiente pasiva: inmunidad que impide el ejercicio de acción en contra de determinada persona, necesidad de previa autorización para el ejercicio requirente del M. P. En nuestro concepto, no existe oportunidad pasiva por lo que toca al procedimiento reservado a los altos funcionarios. En efecto, el M. P. puede ejercitar la acción aun sin que exista desafuero parlamentario, si bien el juzgador no debe ir más allá del auto de radicación. Sobre esto, *cfr.* nuestro trabajo citado en la nota 7.

b) *Sistema de derecho ordinario*

La opinión predominante se pronuncia en el sentido de que la ley procesal mexicana ha acogido, en sus prescripciones, el principio de legalidad. Al compartir este criterio, no dejaremos de recordar que nada suficientemente explícito existe en el Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales, a diferencia de lo que acontece en el Código federal, cuyo artículo 134 dispone, imperativa y no permisivamente, el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, cuando se reúnen los requisitos a que alude el artículo 16 de la Constitución.

El imperio del principio de legalidad en nuestro régimen jurídico se refuerza tomando en cuenta que la Ley de Responsabilidades sanciona como delito oficial la conducta consistente en "abstenerse de ejercitar la acción penal, cuando sea procedente conforme a la Constitución y a las leyes de la materia, en los casos en que la ley les imponga (a los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito y Territorios Federales) esa obligación" (artículo 18, fracción XII). Éste sería el supuesto presente si se han satisfecho los extremos del artículo 16 constitucional, conforme al citado artículo 134 del ordenamiento procesal federal.²⁰

c) *Sistema del Código de Justicia Militar*

Las necesidades militares, que en hipótesis de urgencia pueden y deben determinar excepción al ejercicio necesario de la actividad persecutoria, desplazan al principio de legalidad. En efecto, en el CJM el ejercicio de la acción penal está presidido por el principio de oportunidad, y mediatizado, en categórica expresión de oportunidad, por la autoridad militar no persecutoria, ni judicial.

Para fundamentar este aserto, téngase en cuenta que el artículo 36 del CJM, interpretado *a contrario sensu*, permite que el Ministerio Público retire la acción o se desista de ella "cuando lo estime procedente (y hasta aquí la procedencia podría ser, sin duda, puramente fundada en motivos legales, y en consecuencia, idéntica su base a la del desistimiento²¹ en el derecho ordinario), o por orden

²⁰ Alcalá-Zamora considera que la insuficiente regulación de la averiguación previa permite "al Ministerio Público obrar conforme al principio de oportunidad o discrecionalidad en la persecución de los delitos, y no a tenor del de necesidad o legalidad". Este autor entiende que la oportunidad en el derecho mexicano se desprende de los artículos 6 y 8 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, y 19, fracción II, de la Ley Orgánica del M. P. local, así como de los artículos 1 a 3, 133 a 135, 137 y 138 del Código Federal de Procedimientos Penales, y 15, fracción VIII, y 16, fracción II, de la Ley Orgánica del M. P. Federal. *Cfr.*, *Legítima defensa y proceso*, Bilbao, 1965, p. 3 (trabajo incluido en estudios penales, en homenaje al P. Julián Pereda. Universidad de Deusto, Bilbao, 1965).

²¹ El desistimiento, aceptado ampliamente en derecho mexicano (y según vemos, también por la ley militar), es contrario a la llamada irrevocabilidad de la acción penal. Conforme a este carácter de la acción, el actor no tiene facultad para desistirse de ella una vez que la ha ejercitado; el proceso no tiene otro fin que la sentencia. Empero, a

firmada por el secretario de Guerra y Marina o por quien en su ausencia lo sustituya, orden que podrá darse cuando así lo demande el interés social, oyendo previamente el parecer del procurador general de Justicia Militar". De este precepto resulta, sin embargo, que el Ministerio Público ha ejercitado ya la acción penal, cuya marcha impide el secretario en fuerza del interés social. Así las cosas, la hipótesis planteada por el artículo 36 lleva a dos conclusiones: *a*) La orden del secretario de la Defensa Nacional o del de Marina no impide la consignación, ni actúa en la fase de averiguación previa, sino paraliza el ejercicio posterior de la acción, esto es, su continuación, y *b*) En un sistema fundamentalmente acusatorio como el nuestro, la orden jerárquica traducida en desistimiento, pone fin al proceso y no se limita a suspender temporalmente el procedimiento.²²

Distinta es la situación y diversos los efectos de los artículos 447 a 449, por más que también recojan casos de imperio del principio de oportunidad. Es pertinente recordar que el Ministerio Público no envía directamente al juez instructor el pedimento de incoación, sino lo hace por conducto del comandante de la guarnición (artículo 446). Pues bien, éste puede solicitar a la Secretaría de Defensa o a la de Marina se suspenda el procedimiento (es decir, el ejercicio de la acción) cuando lo estime procedente "por necesidad del servicio" (artículo 447). Y la Secretaría puede ordenar al Ministerio Público, escuchando la petición del comandante, que suspenda el ejercicio de la acción penal por un plazo no mayor de tres meses en tiempo de paz, o indefinido en caso de guerra o de preparación para ésta (artículo 448). De estos preceptos se deduce: *a*) Que la acción penal no llega a ejercitarse, como ocurre en el caso visto en el párrafo anterior, y la orden que la paraliza se produce, obviamente, antes de penetrarse en la fase

favor del desistimiento militan sólidas razones. Esta institución está expresamente reglamentada en el Código Federal de Procedimientos Penales (artículo 138). En el Código del Distrito su régimen es oscuro; sin embargo, creemos que la solicitud a que se refiere la segunda parte del artículo 6 tiene la naturaleza del desistimiento. Considérese, además, que las hipótesis de petición de libertad que encuadra este precepto corresponden a las de desistimiento que determina el artículo 138 federal. El régimen del CJM, sobre la base del artículo 36, es todavía más oscuro.

²² No es fácil convenir acerca del carácter acusatorio o mixto del sistema mexicano. Hablamos aquí del "sistema fundamentalmente acusatorio", en virtud de que las funciones de acusar y de fallar se hallan radicalmente separadas. Empero, el régimen vigente no reúne, es claro, todas las notas que algunos autores suelen atribuir al sistema acusatorio puro. Franco Sodi sostiene que el procedimiento mexicano es exclusivamente acusatorio, a la luz de los imperativos constitucionales. *Cfr.*, *El procedimiento penal mexicano*, 4a. edición, México, Editorial Porrúa, 1957, pp. 114-115. Rivera Silva opina que nuestro derecho ha recogido el sistema mixto, ya que la acusación está reservada al Ministerio Público, *El procedimiento penal mexicano*, 3a. edición, México, Editorial Porrúa, 1963, p. 167, idea que también prohija Piña y Palacios, *Derecho procesal penal*, México, 1948, pp. 51-52. En cambio, De Pina considera que el monopolio de la acusación por parte del Ministerio Público es característica esencial del régimen inquisitivo. *Cfr.*, *Manual de derecho procesal*, pp. 117-118. En realidad, la gran diversidad doctrinal sobre esta materia impide una calificación segura y unánime acerca del carácter del procedimiento penal mexicano.

procesal, y b) Que el no ejercicio de la acción tiene simplemente efectos de paralización o detención del procedimiento; pero no equivale, en modo alguno, al archivo de la averiguación, ni tiene efectos definitivos.²³

VI. EXCLUSIÓN DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO

La doctrina entiende que todo delito, por escasa que sea su importancia, produce un daño social. Semejante daño también se ocasiona en los llamados delitos privados y en los perseguibles a instancia de parte.²⁴ Pero junto al daño público, la conducta o el hecho delictuoso dan nacimiento, con frecuencia, a un daño privado, a una lesión de derecho o de interés del particular ofendido o de sus causahabientes, que también interesa reparar.

En general, la acción para requerir de los tribunales el pronunciamiento acerca del daño privado que es preciso reparar se deja al poder dispositivo de los ofendidos. Pueden éstos, así, recurrir a la jurisdicción para obtener la reparación del daño material y moral que se le ha causado, o abstenerse de hacerlo. Empero, un acento público ha irrumpido también en este terreno.²⁵ En el derecho es-

²³ Esta resolución no tiene equivalente en el procedimiento ordinario. En efecto, no es consignación, sino justamente lo contrario. Tampoco es archivo, porque sus efectos no son definitivos como los de aquél conforme al Código federal (y quizás también en el sistema común o local), ni presenta los fundamentos que para el archivo reclama el artículo 137 del mismo ordenamiento. Finalmente, no es reserva, porque no está en el caso de que las diligencias averiguatorias no arrojen elementos bastantes para hacer la consignación; pero con posterioridad será posible allegar nuevos datos. En la examinada resolución del procedimiento castrense, en cambio, existen datos bastantes para intentar la acción, e inclusive el M. P. ha pedido la incoación del proceso, que la autoridad militar, a su vez, impide. Por lo expuesto, podemos calificar a este acto administrativo como "suspensión del ejercicio de la acción penal".

²⁴ Nuestro derecho no conoce esta distinción, que es posible establecer con apoyo en ordenamientos extranjeros. Los "delitos privados" serían aquellos cuya persecución se reserva a los particulares ofendidos, en ejercicio de la acción privada. En cambio, tratándose de los punibles a instancia de parte, el ofendido u otras personas determinadas por la ley simplemente cumplen un requisito de procedibilidad (querrela mínima, o mejor: denuncia calificada por la persona del denunciante) y el Ministerio Público posteriormente ejercita la acción. Así, en derecho español, la persecución del estupro, la calumnia y las injurias (artículo 104 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) se reserva a la acción privada. En cambio, la perseguibilidad de violación o rapto con miras deshonestas se condiciona a la instancia de la agraviada, sus padres, abuelo o tutor. En México, por fuerza del monopolio estatal de la acción, sólo hay querrela mínima, denuncia calificada o instancia de parte. En derecho castrense, es poco considerable la importancia de la querrela y de los delitos condicionados en su persecución por ésta. *Cfr.*, artículo 51 *in fine* del CJM.

²⁵ Así lo exponía Florian, anotando que el valor público asignado por la ley italiana al resarcimiento quedaba de manifiesto a través de cuatro fenómenos: a) De la acción civil reparadora conoce el juez penal, y no necesariamente el civil, que representaría el fuero normal. b) La obligación de resarcimiento se rodea de especiales garantías. c) La gravedad del daño causado figura entre los índices que se tomarán en cuenta para fijar

pañol, el Ministerio Fiscal ejercita la acción reparadora, sin perjuicio de que el particular asuma directamente su ejercicio, o de que renuncie a la reparación (artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En nuestro sistema punitivo, el Código Almaraz entendió que la reparación del daño forma parte de la sanción pecuniaria y que debe exigirse oficiosamente, en consecuencia, por el Ministerio Público.²⁶ Tras esta dirección marchó el Código Penal de 1931, que también erige a la reparación del daño, cuando es exigible al inculpado, como pena pública adscrita a la pecuniaria (artículo 29).

La reparación del daño exigible a personas distintas del inculpado se reclama mediante procedimiento incidental, según formas civiles, ante la jurisdicción represiva. Sólo en defecto del uso de este procedimiento preferente se acude a la jurisdicción civil. Así está regulada por los códigos de procedimientos federal (artículo 489) y del Distrito (artículo 532), y no cabía que fuese de otro modo: la reparación a cargo del tercero no podía ser pena pública, o se convertiría en trascendental, proscrita por el artículo 22 de la Constitución.

Con la salvedad que líneas abajo reseñaremos, la ley militar desconoce la reparación del daño. No la concibe como pena pecuniaria y, más todavía, omite a las sanciones de este género en el catálogo de penas que consagra. Tampoco regula procedimiento alguno para reclamar la reparación ante los tribunales militares. El artículo 436, fracción II, del CJM, dispone que éstos “sólo conocerán y decidirán sobre la acción penal que nazca de los delitos de su competencia”. La

la gravedad del delito. d) La condena condicional, la libertad condicional y la rehabilitación se supeditan al resarcimiento. *Cfr.*, *Elementos de derecho procesal*, pp. 208-209. Cuanto expone Florian es fácilmente aplicable, punto por punto, al derecho mexicano, en el cual, además, la “publicización” de la reparación del daño ha ganado considerable terreno, como en el texto se indica.

²⁶ En el Código Penal de Martínez de Castro, la acción reparadora incumbía al particular ofendido, y en este sentido la reglamentaron los códigos procesales anteriores a 1929. El Código Penal de este año innovó en la materia, a través de su artículo 291, diciendo que “la reparación del daño forma parte de toda sanción proveniente de delito”. Empero, el texto de Almaraz no fue consecuente con el nuevo principio que sentaba, conforme lo subraya Carrancá y Trujillo. *Cfr.*, *Derecho penal mexicano*, México, Antigua Librería Robredo, 4a. edición, t. II, 1956, p. 242. Existe controversia en cuanto a esta “publicización” de la reparación del daño y de los procedimientos para obtenerla. Al respecto, se sostiene que, lejos de representar un avance, significa una regresión. En efecto, la pena primitiva asociaba la reparación del daño (que, a veces, era la única sanción inflingida) al castigo, y sólo, poco a poco, se separaron las ideas de pena y reparación de daño. *Cfr.*, Vallimaresco, Alexandre, *La justice privée en Droit moderne. Lib. de Jurisprudence ancienne et moderne Edouard Duchemin, L. Chauny et L. Quinsac, Successeurs*, París, 1926. En cambio, Mac Lean Estenós defiende decididamente la corriente concretada en el código mexicano y afirma que “la moderna teoría del derecho penal admite que la acción penal tiene dos efectos: uno represivo, que corresponde al interés social afectado por el hecho punible, y otro reparatorio del interés personal lesionado por el delito. La acción pública persigue conjuntamente ambos efectos”. *El proceso penal en el derecho comparado*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, editor, 1946, p. 233. Entre los procesalistas mexicanos, Guillermo Colín Sánchez censura la solución plasmada por la ley penal. *Cfr.* *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 1a. edición, México, Editorial Porrúa, 1964, p. 191.

civil debe ejercitarse ante la jurisdicción común y según las leyes comunes. No hay, pues, ni siquiera procedimiento reparatorio incidental.²⁷

Dijimos ya que no es total el desconocimiento de la reparación del daño. En efecto, el mismo precepto arriba citado establece los ingredientes de la reparación. Además, el artículo 438 introduce un acertado principio, inexistente en la ley ordinaria y, sin embargo, muy necesario. Este precepto sostiene que la sentencia absolutoria penal y el indulto extinguen la responsabilidad civil proveniente del delito sólo cuando el acusado obró con derecho, no tuvo participación alguna en el hecho u omisión que se le imputó o éstos no existieron. En los demás casos no se extingue la responsabilidad civil. Aplaudimos la norma militar, porque es debido eximir de responsabilidad civil a quien ha obrado lícitamente, esto es, al amparo de una causa de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, etcétera), y a quien es ajeno a la causa del daño. Con mayor razón es debida la exención en el caso de ausencia absoluta de conducta o hechos típicos. En cambio, no hay motivo para excluir la responsabilidad civil en aquellos casos en que, aun no habiendo delito hay conducta injusta, e ilícito es, por consecuencia, el daño que aquélla causa. Así ocurre cuando funcionan, no ya las causas de justificación, sino las de inimputabilidad. Aquí no hay delito, porque falta el indispensable elemento de la culpa; pero sí hay obrar injusto, del que se debe responder civilmente.²⁸

VIII. PECULIARIDADES DEL PROCEDIMIENTO SUMARIO MILITAR

Las circunstancias de especial urgencia en que ocasionalmente actúa la justicia militar y las condiciones especiales en que se cometen delitos de este fuero, han dado nacimiento a procedimientos sumarios y sumarísimos de guerra. La raíz de estos enjuiciamientos comprimidos está, posiblemente, en el proceso medieval ita-

²⁷ El artículo 122 del CJM sólo señala: prisión ordinaria, prisión extraordinaria, suspensión del empleo o comisión militar, destitución de empleo y muerte. Dejando de lado la arcaica distinción entre las penas privativas de la libertad, observemos que el legislador militar ha revelado mejor criterio penológico que el ordinario, al establecer en veinte años el máximo de la pena de prisión (artículo 130). Apuntemos, sin embargo, que la reducción legal —que apoyamos— de los periodos de prisión no nos parece aconsejable mientras no se cuente con un sistema adecuado de medidas de seguridad. Sobre la pertinencia de la reducción, y, el prólogo del doctor Alfonso Quiroz Cuarón a nuestro libro *Asistencia a reos liberados*, México, Ediciones Botas, 1a. edición, 1966.

²⁸ Por lo expuesto, no estamos de acuerdo con el insigne maestro Carnelutti cuando, al advertir los íntimos vínculos que existen entre los procesos civil y penal, indica que la responsabilidad civil queda excluida cuando en el juicio penal se determina que no hay delito. *Cfr.*, *Sistema de derecho procesal civil*, I, pp. 166 ss. Según Jiménez de Asúa, cuya opinión compartimos, sólo la falta de acción, tipicidad o de antijuridicidad eximiría de responsabilidad. El problema se encuentra regulado en el artículo 20 del Código Penal español y en los códigos de Nicaragua y Venezuela. *Cfr.*, *La ley y el delito*, 2a. edición, Buenos Aires, Editorial Hermes, 1954, pp. 471 ss.

liano, que conoció de procedimientos sumarísimos castrenses, en los que se prescindía de toda forma de juicio y se fallaba y ejecutaba ex abrupto, sin estrépito, ni figura de juicio.

Ejemplo de procedimiento sumario militar es el que se sigue ante los consejos de guerra extraordinarios. Pero ni aquí, ni en ningún caso es posible abolir los derechos que la Constitución consagra (para cualquier hipótesis, menos, claro está, para el supuesto de suspensión de garantías) en favor del inculcado.²⁹ Esto no obsta para que los derechos del imputado se restrinjan al mínimo constitucionalmente posible, en contraste con lo que acontece en el procedimiento común y en el militar que pudiéramos llamar normal u ordinario. En el enjuiciamiento ante el consejo de guerra extraordinario predomina la celeridad, aun cuando no se excluyen los imperativos de comprobación del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad, declaración preparatoria, nombramiento de defensor, auto de formal prisión, audiencia y debate, etcétera, demandados por los artículos 19 y 20 de la Constitución. El plazo para la instrucción es brevísimo: de 24 a 48 horas, que es el periodo de que se dispone para la reunión del consejo, según la convocatoria que expide el jefe militar competente para hacerlo (artículo 699). Además, se excluye la apelabilidad del auto de formal prisión (artículo 701) y de la sentencia (artículo 717). La audiencia no se ha de suspender, en ningún caso, por más de seis horas (artículo 705).³⁰

Fuera del enjuiciamiento castrense, también existe un procedimiento penal sumario: el seguido ante la justicia de paz del fuero común y el federal equiparable a éste, contemplado por los artículos 152 y 307 del Código Federal. Sin embargo, una radical diferencia separa la razón de ser y el criterio atributivo de

²⁹ Salvo en el ya referido caso de suspensión de garantías, el derecho mexicano rechaza de plano, por obra del artículo 14 constitucional, la posibilidad de imponer pena sin previo juicio. La reducción de formas no podría lindar siquiera con la supresión del proceso. En cambio, en el derecho extranjero existen "formas ultraexpeditivas de condena impuestas por el superior sin juicio, ni contradictorio para mantener la disciplina o evitar el desorden y el pánico entre sus subordinados (por ejemplo, en combate o con motivo de incendio, naufragio o hundimiento de buque)". Alcalá-Zamora, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, Imprenta Universitaria, 1947, p. 36.

³⁰ Contrástese esto con el procedimiento común ante la justicia de paz y su equivalente federal. En aquel caso, la instrucción se practicará en diez días (artículo 306 del *Código de Procedimientos Penales del Distrito*), y en el ordenamiento federal en quince días (artículo 152 del Código respectivo). Asimismo, está excluida la apelación de sentencias absolutorias federales recaídas en procesos seguidos por delitos cuya pena no exceda de seis meses o que estén conminados con sanción no corporal (*rectius*, no privativa de la libertad) (artículo 367, fracción 1, del Código federal). Son también inapelables las sentencias dictadas por los jueces comunes de paz (artículo 310 del *Código de Procedimientos Penales del Distrito*). Esto, empero, es incongruente, ya que sí son apelables otras resoluciones de tales jueces, que en ningún caso podrían revestir, obviamente, la importancia de una sentencia. El legislador no ha olvidado asegurar (aunque, en realidad, no sería necesario decirlo expresamente) que en el procedimiento sumario se respeten los derechos establecidos por la Ley Suprema en favor del imputado (artículo 307 del último Código invocado).

competencia en uno y otro caso. Así, mientras la justicia de paz opera cuando el delito se sanciona, dada su escasa importancia, con penas especialmente benévolas (apercibimiento, caución de no ofender, multa que no exceda de cincuenta pesos y prisión por no más de seis meses), el consejo de guerra extraordinario actúa para el conocimiento de delitos de máxima gravedad, en virtud de las circunstancias en que han sido perpetrados, y que se sancionan con pena de muerte.

VIII. EXTRATERRITORIALIDAD DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

La jurisdicción penal es fundamentalmente territorial, en tanto que en la civil opera con cierta amplitud la dispositividad de los contendientes en cuanto a la selección del juzgador que habrá de fallar sobre el litigio que entre ellos se ha suscitado. La sentencia civil extranjera tiene efectos que no posee la penal. Esta regla de territorialidad, que es encarnación del *jus imperii*, como dice Jiménez Asenjo, siguiendo la doctrina dominante,²¹ debe analizarse en vista de la limitación constitucional del territorio nacional (artículo 42 constitucional, en relación con la Ley de Bienes Inmuebles de la Nación) y de las llamadas ficciones de territorialidad.

Dejando de lado ciertas limitaciones al poder jurisdiccional, tales como el extinto régimen de capitulaciones o jurisdicción consular, y el asilo diplomático tan lozano en nuestra América, y al margen también de la eficacia en el país de pronunciamientos jurisdiccionales extranjeros, que se reconoce para efectos de determinación de la reincidencia o como fundamento de la extradición, hemos de tomar en cuenta dos fenómenos importantes en cuanto a la territorialidad de la jurisdicción, previstos por la ley militar y extraños, en cambio, para el derecho procesal ordinario.

En primer término, y contemplando el caso de tránsito o permanencia de tropas mexicanas en el extranjero, en virtud de acuerdo internacional (otro caso sería en el supuesto de invasión bélica), el artículo 61 dispone que "si el Ejército estuviere en territorio de una potencia amiga o neutral, se observarán, en cuanto a competencia de los tribunales militares, las reglas que estuvieren estipuladas en los tratados o convenciones con esa potencia".

En el marco del derecho internacional, algunos tratados y sentencias han sos-

²¹ Cfr., *Derecho procesal penal*, Madrid, t. 1, Ed. Revista de Derecho Privado, p. 226. De modo prácticamente unánime se reconoce que la jurisdicción emana de la soberanía; a su vez, ésta es territorial; en consecuencia, la jurisdicción penal es territorial. De paso recordemos, por una parte, que el concepto mismo de la soberanía está en franca crisis, y por otra, que hay manifestaciones de extraterritorialidad de la jurisdicción, inclusive la penal. En la línea clásica, el artículo 434 del *Código Bustamante* establece que "ningún Estado contratante ejecutará las sentencias dictadas en uno de los otros en materia penal, en cuanto a las sanciones de ese orden que impongan". El principio está atenuado por los artículos 311 y 436 del mismo instrumento.

tenido la inmunidad absoluta del miembro del ejército o la marina de guerra extranjeros frente a la jurisdicción local, en tanto que otros sólo la han aceptado por lo que hace al enjuiciamiento de delitos cometidos en ejercicio de funciones oficiales o militares.³²

En segundo término, el artículo 74 del CJM se refiere a la constitución del consejo de guerra extraordinario para conocer de delitos cometidos a bordo de un buque de la Armada Nacional, fuera de las aguas territoriales de la República. Esta situación es bien distinta de la prevista por la ley penal común, que sólo se refiere a extraterritorialidad del derecho material en los buques mexicanos que navegan en el mar libre o en aguas territoriales extrañas (artículo 5 del Código Penal). También difiere la hipótesis que ahora examinamos, de la extraterritorialidad de la ley procesal resultante de la actuación de pilotos responsables del manejo de aeronaves y de capitantes y patronos de embarcaciones, en su caso, como auxiliares del Ministerio Público (artículo 40 de la Ley Orgánica del M. P. federal). En el caso del artículo 74 del CJM, hay establecimiento y operación de un órgano jurisdiccional mexicano fuera del ámbito territorial de la República, en sentido estricto, que define el artículo 42 constitucional. La territorialidad, en estos casos, es producto de una ficción, que equipara a las naves, particularmente las de guerra, al territorio del país cuyo pabellón enarbolan.*

³² El artículo 301 del *Código Bustamante* acarrea inmunidad de los miembros del ejército extranjero en tránsito por el territorio propio, así como extraterritorialidad de la jurisdicción extranjera y, en su caso, de la nacional, conforme a la segunda de las direcciones enunciadas: "Tampoco son aplicables las leyes penales de un Estado a los delitos cometidos en el perímetro de las operaciones militares, cuando autorice el paso por su territorio de un ejército de otro Estado contratante, salvo que no tengan relación legal con dicho ejército."

* Este artículo fue publicado en *Criminalia*, año xxxii, 1966, número 11. La legislación militar no ha sido reformada en los extremos principales que aquí se analizan. Ha habido, en cambio, modificaciones en algunas áreas de la legislación común correspondiente, particularmente en orden a las nuevas leyes orgánicas de la Procuraduría General de la República y de la Procuraduría General del Distrito Federal. En este mismo libro (*Estudios penales*, cit. en el asterisco inicial) aparece un comentario a la Ley Orgánica de la Procuraduría del Distrito. Además, en el plano de la legislación común se han producido reformas interesantes. Nos remitimos a nuestros trabajos, *La reforma penal de 1971*, México, Ediciones Botas, 1a. edición, 1971, y *Curso de derecho procesal penal*, 2a. edición, México, Editorial Porrúa, 1977.