

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

PUBLICACIÓN ACADÉMICA DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR
AÑO VII - NÚMERO 11 / JULIO 2018



El Jurista del Fuero Militar Policial
Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

PRESIDENTE DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Contralmirante CJ (R) Julio Enrique Pacheco Gaige

DIRECTOR DE LA REVISTA Y DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR

Contralmirante CJ Carlos Melchor Schiaffino Cherre

EDITOR DE LA REVISTA

Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

CORRECCIÓN DE ESTILO

General PNP (R) Jorge López Zapata

DISEÑO DE PORTADA Y FOTOGRAFÍA

Nicol Huamanchumo Farfán

DIAGRAMACIÓN

Socorro Gamboa García

SECRETARIA

Yasmina Santos Agapito

© EL JURISTA
DEL FUERO MILITAR POLICIAL
*Revista Académica del Centro de Altos Estudios
de Justicia Militar*

Edición julio 2018
Año 7 - Número 11
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2013-15773

Editado por:
FUERO MILITAR POLICIAL
Av. República de Chile 321, Santa Beatriz, Lima Cercado
Teléfono: (511) 6144747
E-mail: caejmp@fmp.gob.pe

Impreso en IMAGIDEAS.COM de Milagros Morales
Calle Pedro Murillo 1064, Pueblo Libre, Lima

Tiraje: 1000 ejemplares

La revista no se solidariza necesariamente con las expresiones
emitidas por los autores. Los artículos firmados no reflejan
necesariamente el punto de vista del Fiero Militar Policial.

IMPRESO EN EL PERÚ
PRINTED IN PERU

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	
<i>Julio Enrique Pacheco Gaige</i> _____	9
NOTA DEL EDITOR	
<i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	11

ARTÍCULOS

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO COMO ELEMENTO INTERPRETATIVO DE LA CONVENCIÓN AMERICANA Y EL VALOR PROBATORIO DE COMISIONES DE LA VERDAD	
<i>Salvador Herencia Carrasco</i> _____	17
EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL USO LETAL DE LA FUERZA RESPECTO A HECHOS Y NORMAS DEL ESTADO PERUANO A LA LUZ DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL E INTERAMERICANA	
<i>Helmut Andrés Olivera Torres</i> _____	37
LAS EMPRESAS MILITARES DE SEGURIDAD PRIVADAS Y EL DOCUMENTO DE MONTREAUX	
<i>Luis Antonio Rocca Erquiaga</i> _____	55
LAS ARMAS AUTÓNOMAS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	
<i>Jorge Luis Palacios Palacios</i> _____	63
¿ES CONSTITUCIONAL LA INFRACCIÓN DISCIPLINARIA DE EJECUTAR ACTOS QUE AFECTAN LA MORAL Y LA IMAGEN INSTITUCIONAL CONTENIDA EN LA LEY N° 29131?	
<i>Luciano López Flores</i> _____	79

EL PROCEDIMIENTO ANTE LOS JUZGADOS DE POLICÍA LOCAL CHILENOS <i>Luis Patricio Ríos Muñoz</i> _____	85
EL DEFENSOR DE OFICIO EN LA JUSTICIA MILITAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA <i>Steven G. Loertscher</i> _____	97
LAS INFRACCIONES CONTRA EL PATRIMONIO MILITAR EN EL DERECHO COMPARADO <i>José Antonio Rodríguez Santisteban</i> _____	113
LOS DERECHOS HUMANOS, DIVERSIDAD CULTURAL Y SISTEMA INTERAMERICANO <i>Henry Eyner Isaza</i> _____	153
EVOLUCIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO <i>Hernán Ponce Monge</i> _____	169

BIOGRAFÍA

BIOGRAFÍA DEL CORONEL RAMÓN ARÍSTIDES DE CÁRDENAS <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	177
---	-----

ANEXOS

PRESENTACION DE LA REVISTA “EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL” N° 10 _____	185
DISCURSO PRONUNCIADO POR EL CONTRALMIRANTE CJ (R) JULIO ENRIQUE PACHECO GAIGE AL PRESTAR JURAMENTO COMO PRESIDENTE DEL FUERO MILITAR POLICIAL _____	189

PRESENTACIÓN

Es muy satisfactorio dirigirme a los lectores de “El Jurista”, para decirles que seguiré impulsando la publicación de nuestra revista, en conformidad con el compromiso que asumí el día de mi juramentación como presidente del Fuero Militar Policial; ocasión en la que dije: “Seguiremos por supuesto con la publicación bianual de nuestra revista “El Jurista del Fuero Militar Policial”, que ya tiene 10 números publicados y se encuentra indexada en la fundación Dialnet de España, debido a la importancia de sus contenidos y la seriedad de la revista.”

Los últimos años se ha trabajado fuertemente en el empoderamiento de la justicia militar en el ámbito internacional, creándose el “Foro Interamericano sobre Justicia Militar” hace seis años, ocupando el Fuero Militar Policial la secretaría técnica por primera vez. Este posicionamiento ha ayudado a la formación y capacitación de nuestros jueces y fiscales, misión que el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar ha cumplido con éxito, firmándose con ese propósito convenios específicos con importantes instituciones nacionales y extranjeras.

En este contexto, “El Jurista” ha jugado un interesante papel académico, posibilitando la mejor formación de los jueces y los fiscales, quienes encuentran en sus artículos información valiosa y, al mismo tiempo, ha hecho que estos vuelquen sus experiencias, publicando en sus fojas artículos relativos al Derecho u otros conocimientos afines.

Es mi deseo, que este número sea recibido por los lectores con el mismo interés que en su momento fueron recibidos los números anteriores.

JULIO ENRIQUE PACHECO GAIGE
Contralmirante CJ (R)
Presidente del Fuero Militar Policial

NOTA DEL EDITOR

REQUIEM ETERNO PARA MIRELLA

El 2 de marzo de este año falleció la doctora Mirella Oré, nuestra compañera de trabajo, dejando entre nosotros un profundo vacío, pero también su ejemplo de superación y su espíritu combativo. Nos hace falta su presencia, extrañamos su dedicación al trabajo y su compromiso con nuestro “Jurista”. Deja una niña, Mahal, en cuyo recuerdo y el nuestro vivirá por siempre. Descansa en paz Mirella.

ROOSEVELT BRAVO MAXDEO
Editor

El Jurista
del
Fuero Militar Policial

■ Artículos

EL DERECHO INTERNACIONAL

HUMANITARIO COMO ELEMENTO INTERPRETATIVO DE LA CONVENCIÓN AMERICANA Y EL VALOR PROBATORIO DE COMISIONES DE LA VERDAD Comentario al caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. HECHOS DEL CASO; III. LAS EXCEPCIONES PRELIMINARES Y LOS REQUERIMIENTOS PARA LA ACEPTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO; IV. LA DESAPARICIÓN FORZADA DE CIVILES EN CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES Y EL USO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL CASO VÁSQUEZ DURAND; Y V. CONCLUSIONES.

RESUMEN

El presente trabajo analiza la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Durand Vásquez y otros vs. Ecuador, relativo a la desaparición forzada de una persona civil peruana ocurrida en Ecuador durante el conflicto del Alto Cenepa. El artículo se centra en los elementos usados por la Corte IDH para interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz del Derecho Internacional Humanitario, así como el valor probatorio que tienen los informes de Comisiones de la Verdad ante tribunales internacionales. Finalmente, se analiza las obligaciones del Estado con respecto a la protección de civiles en situaciones de conflictos armados internacionales.

1 Director de la Clínica de Derechos Humanos del Human Rights Research and Education Centre de la Universidad de Ottawa y candidato a Doctor en Derecho por la misma Universidad. Miembro del Grupo Latinoamericano de Estudios en Derecho Penal Internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Correo electrónico: <she-re045@uottawa.ca>.

ABSTRACT

The purpose of the paper is to analyze the case Durand Vásquez and other vs. Ecuador case, decided by the Inter-American Court of Human Rights in February 2017. The case focuses on the forced disappearance of a Peruvian citizen in Ecuador, during the Alto Cenepa armed conflict between both countries. The paper will analyze the use of International Humanitarian Law to determine the state responsibility under the American Convention on Human Rights, the use of Truth and Commission reports as evidence before international human rights tribunals and the obligations to protect civilians from forced disappearances in situations of armed conflicts.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito del artículo es hacer un análisis de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) con respecto al caso *Vásquez Durand y otros vs. Ecuador*,² decidido el 15 de febrero de 2017. Esta sentencia analizó la responsabilidad internacional de Ecuador por la desaparición forzada de un ciudadano peruano que trabajaba en la frontera peruano-ecuatoriana durante el conflicto armado internacional del Alto Cenepa de 1995.

La sentencia es importante por dos motivos. En primer lugar, consolida la

jurisprudencia de la Corte IDH con respecto al uso de instrumentos del Derecho Internacional Humanitario (en adelante, “DIH”) como criterio interpretativo de la CADH, incluyendo la protección de civiles de ser desaparecidos en el marco de un conflicto armado. En segundo lugar, la sentencia analiza el valor jurídico que pueden tener informes de la Comisión de la Verdad o leyes internas para determinar la responsabilidad internacional de un Estado.

De forma complementaria al análisis jurídico del caso, esta sentencia trata en torno a la vida de un compatriota que, sin tener una participación directa en el conflicto del Cenepa entre el Perú y el Ecuador, terminó siendo víctima de una desaparición forzada. De acuerdo con la sentencia, el Estado ecuatoriano:³

- (i) es responsable por la violación de los derechos a la libertad personal (Art. 7), integridad personal (Art. 5.1 y Art. 5.2), vida (Art. 4.1) y al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 3) de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, “CADH”),⁴ en relación con el artículo 1.1 de la CADH y con relación al Art. I.A) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁵ del señor Vásquez Durand;
- (ii) es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales (Art. 8.1) y a la protección judicial (Art.

2 Corte IDH. *Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador* (2017), Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 332.

3 *Ibíd.*, Puntos Resolutivos de la sentencia, p. 75-76.

4 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, 1144 U.N.T.S. 123, 9 I.L.M. 99 (entrada en vigor el 7 de julio de 1978).

5 *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, 9 de junio de 1994, Serie OEA A-60 (entrada en vigor el 28 de marzo de 1993).

25.1), en relación con el artículo 1.1 de la CADH y el artículo I.B) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada del señor Vásquez Durand y sus familiares.

- (iii) es responsable por la violación del derecho a la integridad personal (Art. 5.1 y Art. 5.2), en relación con el artículo 1.1 de la CADH de los familiares del señor Vásquez Durand.

La primera parte del ensayo hará un breve recuento de los hechos del caso. La segunda analizará las excepciones preliminares presentadas por Ecuador, relativos a la aplicación temporal de tratados y el uso del DIH como instrumento interpretativo de la CADH; y la tercera parte se centrará en la jurisprudencia de la Corte IDH sobre Desaparición Forzada de Personas en el contexto de un conflicto armado. Las conclusiones del caso analizarán las reparaciones ordenadas por la Corte IDH y la importancia de seguir desarrollando la CADH sobre la base de otros instrumentos internacionales.

II. HECHOS DEL CASO

El caso trata sobre la presunta desaparición forzada del señor Vásquez Durand, ciudadano peruano que se encontraba en

Ecuador durante el conflicto armado entre ambos países en 1995, conocido como el conflicto del Cenepa.⁶ En el marco de las hostilidades, el gobierno ecuatoriano decretó un estado de emergencia nacional, estableciendo además que los integrantes de la Fuerza Pública quedaban exentos de responsabilidad penal.⁷

El conflicto del Cenepa se llevó a cabo entre enero y febrero de 1995. La Declaración de Montevideo,⁸ del 28 de febrero de 1995, llevó a un cese al fuego bilateral. Ambos países suscribieron un acuerdo de paz⁹ en octubre de 1998, conocido como el Acta de Brasilia.¹⁰

En el marco del conflicto, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas (en adelante, "ONU"), reportó tres desapariciones de ciudadanos peruanos en territorio ecuatoriano. Dos de las personas fueron detenidas por cargos de espionaje mientras que el tercer caso era relativo al señor Vásquez Durand.¹¹ Similares denuncias de desapariciones fueron reportadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "CIDH").¹²

De acuerdo con el material probatorio presentado en este caso, el señor Vásquez

6 Ibid, para. 60.

7 Ibid, para. 64.

8 *Declaración de Montevideo*, 28 de febrero de 1995. Disponible en: <<http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/exteriores/libro1/1volum/1.02.htm>>

9 Para mayor información sobre la implementación de los Acuerdos de Paz entre ambos países, ver: Fabián Novak, Sandra Namihas, *Perú-Ecuador: Una Experiencia Exitosa de Paz y Buena Vecindad* (Lima: IDEI-PUCP & Fundación Konrad Adenauer, 2010).

10 *Acta Presidencial de Brasilia*, 26 de octubre de 1998. Disponible en: <<http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/exteriores/libro1/2avolum/02acta.htm>>

11 Corte IDH. *Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador*, *supra* 1, para. 66.

12 Ibid, para. 66.

Durand se desempeñaba como comerciante en la frontera peruano-ecuatoriana.¹³ El 27 de enero de 1995, el señor Vásquez Durand ingresó a Ecuador vía Huaquillas. Dado el conflicto existente, al día siguiente decidió regresar al Perú.¹⁴ El 30 de enero de 1995, él se comunicó con su familia diciendo que tenía que regresar a Ecuador para trasladar mercancía al Perú. Esa fue la última vez que su familia tuvo contacto con él.¹⁵

Según los testimonios recibidos por parte de otros comerciantes, el señor Vásquez Durand fue detenido por agentes del Servicio de Inteligencia de Ecuador mientras hacía los trámites migratorios el 30 de enero de 1995.¹⁶ Algunos testimonios recogidos en la sentencia colocan al señor Vásquez Durand en el cuartel militar Teniente Ortiz, siendo esta la última vez que se tuvo información de haberlo visto con vida.¹⁷

La Corte IDH advierte en este caso que existen discrepancias sobre el movimiento migratorio y detención del señor Vásquez Durand.¹⁸ Sin embargo, la Comisión de la Verdad del Ecuador, creada en mayo de 2007 para investigar las violaciones a los derechos humanos ocurridas entre 1984 y el 2008, incluyó en su informe final un

capítulo sobre los hechos del Conflicto del Cenepa.¹⁹ En el informe final, publicado en junio de 2010, se encuentra el caso del señor Vásquez Durand, estableciendo que fue víctima de tortura, desaparición forzada y privación ilegal de la libertad.²⁰

Desde su presunta detención por autoridades ecuatorianas, los familiares del señor Vásquez Durand realizaron gestiones ante la CIDH, la ONU, organismos de sociedad civil y el gobierno peruano.²¹ El 12 de mayo de 1995, el Perú notificó a la CIDH sobre la situación de veintinueve peruanos desaparecidos, incluyendo al señor Vásquez Durand. Sin embargo, la respuesta del gobierno de Ecuador fue que no tenían registro de su detención.²² Luego que la CIDH ordenara medidas cautelares, el gobierno de Ecuador informó que el señor Vásquez Durand había ingresado al país el 27 de enero de 1995, regresando al Perú el 30 de enero del mismo año.²³

La Comisión de la Verdad de Ecuador retomó la investigación con respecto a la desaparición del señor Vásquez Durand. Luego de publicado su informe final en junio de 2010, el gobierno ecuatoriano adoptó,²⁴ en diciembre de 2013, una Ley

13 Ibid, para. 67.

14 Ibid, para. 68.

15 Ibid, para. 69.

16 Ibid, para. 70.

17 Ibid, para. 70.

18 Ibid, paras. 71-72.

19 Ibid, para. 73.

20 Ibid, para 73.

21 Ibid, paras. 79-81.

22 Ibid, para. 82.

23 Ibid, para. 85.

24 Ibid, paras. 74-78.

para Reparación de Víctimas y Judicialización²⁵ mientras que la Fiscalía General creó una Dirección de la Comisión de la Verdad y Derechos Humanos.²⁶ A pesar de las diligencias realizadas por las autoridades ecuatorianas, no ha habido avances en el caso y esta investigación sigue a cargo de la Fiscalía Provincial de Machala.²⁷

Los familiares del señor Vásquez Durand sometieron la petición inicial ante la CIDH el 9 de marzo de 1995. Veinte años después, el 23 de marzo de 2015, la CIDH aprobó el informe de admisibilidad del caso, siendo remitido el caso a la Corte IDH el 8 de julio de 2015.²⁸

La Corte determinó²⁹ la responsabilidad de Ecuador por la desaparición forzada del señor Vásquez Durand, por violación a las garantías judiciales y protección judicial, así como por la afectación del derecho a la integridad personal de sus familiares.³⁰

III. LAS EXCEPCIONES PRELIMINARES Y LOS REQUERIMIENTOS PARA LA ACEPTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Como se ha establecido en la introducción del artículo, el fondo del caso se

centra en la desaparición forzada del señor Vásquez Durand, la falta de garantías judiciales e implementación de medidas de derecho interno, así como la afectación a la integridad personal de los familiares de la víctima. Sin embargo, antes de entrar al fondo del asunto, la Corte IDH debió analizar excepciones preliminares y una consideración previa que son de importancia para entender el tratamiento de los casos de desaparición forzada en conflictos armados internacionales, así como el valor probatorio de normas internas para determinar la aceptación de la responsabilidad internacional del Estado.

En esta sección se analizarán tres elementos: (i) la aplicación temporal de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; (ii) el uso del DIH como elemento interpretativo de la CADH; y (iii) el valor probatorio de Comisiones de la Verdad para determinar la responsabilidad internacional del Estado.

a. El ámbito temporal de la aplicación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas³¹ fue

25 *Ley de Reparación de Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos de Ecuador*. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 143 del 13 de diciembre de 2013.

26 Corte IDH. *Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador*, *supra* 1, para. 86.

27 *Ibid*, para. 91.

28 *Ibid*, paras. 1-3.

29 Ver: Corte IDH. *Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador*, *supra* 1, Puntos Resolutivos de la sentencia, p. 75-76.

30 El presente artículo no desarrollará la sección relativa a la afectación de la integridad personal de los familiares del señor Vásquez Durand. La Corte IDH determinó esta responsabilidad pues de acuerdo a su jurisprudencia, los familiares de las víctimas de desapariciones forzadas sufren una afectación directa a su integridad psíquica y moral. Ver: Corte IDH. *Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador*, *supra* 1, páginas 182-185.

31 *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, 9 de junio de 1994, 33 I.L.M. 1429 (entrada en vigor el 28 de marzo de 1996).

ratificada³² por Ecuador el 27 de julio de 2006, entrando en vigor para dicho país el 26 de agosto del mismo año.³³ Dado que los hechos del caso se llevaron a cabo en enero de 1995, el gobierno ecuatoriano argumentó que la Corte IDH no podía conocer de presuntas desapariciones cometidas once años antes de haber ratificado dicho instrumento.³⁴

Este argumento fue rechazado por la Corte IDH dado que uno de los elementos constitutivos de este crimen es su carácter permanente³⁵ “mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”,³⁶ de acuerdo a lo establecido en el Art. III de dicho tratado.³⁷ En esta línea, la Corte IDH determinó que “(...) a partir de la fecha en que entró en vigor para el Estado rigen para el Ecuador las obligaciones del tratado y, en tal virtud, es aplicable a aquellos hechos que

constituyen violaciones de carácter continuo o permanente, que iniciaron antes de la entrada en vigor del tratado y persisten aún después de esa fecha (...)”³⁸

Si bien no aparece en el expediente del caso, probablemente la estrategia de defensa del Estado fue basarse en lo establecido en los Elementos de los Crímenes³⁹ del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.⁴⁰ En este caso, los Elementos de los Crímenes establecen que dicho tribunal solo tendrá competencia para casos cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto.⁴¹ Sin embargo, esta decisión ha sido sumamente criticada puesto que es una limitación que no se contempla en otros tratados existentes sobre la materia, ni en sistemas regionales como universales de protección de derechos humanos. Este tipo de limitaciones incluso irían contra el

32 El Departamento de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos contiene información sobre la ratificación y entrada en vigor de tratados internacionales suscritos en el marco de este organismo regional. Con respecto a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, consultar: <<https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-60.html>>.

33 Corte IDH. *Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador*, *supra* 1, para. 23.

34 *Ibid*, para. 19.

35 Ver: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), Fondo, Serie C, No. 4, para. 155.

36 Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 6: Desaparición Forzada de Personas* (San José: Corte IDH, 2015).

37 El Art. III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece lo siguiente: ARTICULO III.- Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

38 Corte IDH. *Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador*, *supra* 1, para. 25.

39 *Elementos de los Crímenes*. Adoptado en el Primer Período de Sesiones de la Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Nueva York, 3 a 10 de septiembre del 2002.

40 *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 17 de julio de 1998, U.N. DOC. A/CONF.183/9 (entrada en vigor el 1 de julio de 2002).

41 Artículo 7 (1) (i)- crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas. En: Elementos de los Crímenes, *supra* 33.

carácter de *Ius Cogens* que tiene la prohibición de desaparición forzada de personas.⁴²

b. El Derecho Internacional Humanitario como elemento de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos

Una segunda excepción preliminar presentada por el Estado de Ecuador fue con respecto al uso del DIH para analizar el caso del señor Vásquez Durand.⁴³ De acuerdo con los representantes del Estado, la Corte IDH no podía utilizar los Convenios de Ginebra o sus Protocolos Adicionales de 1977, pues se encuentran fuera de los derechos reconocidos por la CADH. Además, se alegó que los hechos relativos a la presunta

desaparición del señor Vásquez Durand habían ocurrido fuera del marco de las hostilidades del conflicto del Alto Cenepa.⁴⁴

Dado el carácter internacional del conflicto entre ambos países, los Convenios de Ginebra establecían obligaciones a ambas partes. La Corte IDH ha determinado⁴⁵ en su jurisprudencia el valor de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales de 1977 para determinar la responsabilidad internacional del Estado.⁴⁶ Hasta la fecha, este examen⁴⁷ se ha dado en el marco de conflictos armados internos para casos principalmente sobre Colombia⁴⁸, Guatemala,⁴⁹ El Salvador⁵⁰ y también para el Perú.⁵¹ La relevancia del presente caso es que se trata de

42 Ver: Antônio Augusto Cançado Trindade, 'Enforced Disappearances of Persons as a Violation of *Ius Cogens*: The Contribution of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights' (2012) 81 Nordic Journal of International Law 507.

43 Corte IDH. *Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador*, *supra* 1, paras. 27-32.

44 Ibid, para. 27.

45 Ver: Salvador Herencia Carrasco, 'Implementation of War Crimes in Latin America: An Assessment of the Impact of the Rome Statute of the International Criminal Court' (2010) 10 International Criminal Law Review 461.

46 Ver: Juana María Ibáñez Rivas, 'El derecho internacional humanitario en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos' (2016) 36 Revista Derecho del Estado 167.

47 Ver: Laurence Burgorgue-Larsen, Amaya Obed de Torres, 'War in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights' (2011) 33 Human Rights Quarterly 148.

48 Entre otros, ver: Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia* (2005), Serie C, No. 134; Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia* (2007). Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 163; Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* (2012), Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones Serie C, No. 259; Corte IDH. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia* (2013), Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 270; Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia* (2014), Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 287.

49 Entre otros, ver: Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala* (2009). Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 211; Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (2000), Fondo. Serie C, No. 70; Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003). Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 101.

50 Entre otros, ver: Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador* (2004). Excepciones Preliminares. Serie C No. 118; Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* (2012), Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 252.

51 Entre otros, ver: Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú* (2015). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 292.

un análisis de las normas de DIH en el marco de conflictos armados internacionales.

Sobre esta excepción preliminar, existen dos puntos a desarrollar. En primer lugar se debe precisar si la Corte IDH puede utilizar otros instrumentos internacionales para establecer las obligaciones de un Estado de acuerdo a la CADH. En segundo lugar, cuál es el valor de las normas de DIH para determinar la responsabilidad del Estado por supuestas violaciones a las normas de la CADH.

Sobre el primer punto se debe tomar en cuenta que la CADH fue adoptada en 1969 y entró en vigor en 1978.⁵² Desde aquel entonces, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha tenido un avance significativo, no solo en el reconocimiento de nuevos derechos sino, también, en la

utilización de diversas fuentes para precisar las obligaciones internacionales de los Estados.⁵³ Por ejemplo, el bloque de constitucionalidad⁵⁴ o control de convencionalidad⁵⁵ son conceptos que han tenido un desarrollo⁵⁶ a raíz de la puesta en práctica⁵⁷ de estos tratados internacionales sobre derechos humanos.⁵⁸

La CADH tiene dos protocolos adicionales. Uno, relativo a la abolición de la pena de muerte⁵⁹ y, otro, sobre los derechos económicos, sociales y culturales, conocido como “Protocolo de San Salvador”.⁶⁰ La CADH, así como las Constituciones Políticas de la mayoría de países latinoamericanos, tiene una cláusula abierta en el reconocimiento de derechos. Esto ha permitido a que la Corte IDH pueda desarrollar un marco de protección jurisprudencial. El

52 Ver: Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales* (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004).

53 Ver: Kai Ambos, Gisela Elsner & Ezequiel Malarino (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional- Tomo 1* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010); Kai Ambos, Gisela Elsner & Ezequiel Malarino (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional- Tomo 2* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011).

54 Ver: Héctor Fix Fierro, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi (coordinadores), Fix Fierro, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos* (México: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, 2014).

55 Ver: Eduardo Ferrer Macgregor, *El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional* (México, UNAM, 2013).

56 Ver: Ariel E. Dulitzky, “El Impacto del Control de Convencionalidad. ¿Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?” en: *Tratado de los Derechos Constitucionales* ((Buenos Aires: Abelardo Perrot, 2014), pp. 533-569).

57 Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad* (San José: Corte IDH, 2015).

58 Ver: Christian Steiner, Christian, Patricia Uribe (eds.), *Convención Americana de Derechos Humanos: Comentario* (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014).

59 *Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte*, 8 de junio de 1990, Serie de Tratados de la OEA No. 73.

60 *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Protocolo de San Salvador), 17 de noviembre de 1988, Serie de Tratados de la OEA No. 69, 28 I.L.M. 156 (entrada en vigor el 16 de noviembre de 1999).

derecho a la verdad,⁶¹ la consulta previa de los pueblos indígenas⁶² o inclusive el sistema de reparaciones⁶³ empleado por la Corte IDH son conceptos que encuentran su base en la CADH pero que han tenido que ser construidas jurisprudencialmente. De ahí la importancia de utilizar otros instrumentos internacionales, no solo como guía sino, también, como mecanismo para asegurar una precisión conceptual y terminológica.

En este contexto, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido clara en identificar los puentes entre la CADH y otros instrumentos internacionales. A modo general, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶⁴ establece en su Art. 31 las reglas de interpretación,⁶⁵ precisando que de forma complementaria al contexto

e instrumentos formales del sistema, se tomarán en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Esto quedó resaltado en el caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, al precisar que:

“(…) la Corte ha establecido claramente que tiene la facultad de interpretar las normas de la Convención Americana a luz de otros tratados internacionales, para lo cual en reiteradas oportunidades ha utilizado normas de otros tratados de derechos humanos ratificadas por el Estado demandado, para dar contenido y alcance a la normativa de la Convención. (...) En dicha jurisprudencia, la Corte ha indicado que esta orientación tiene particular

61 Ver: CIDH, *El Derecho a la Verdad en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II.152, Doc. 2 (Washington: CIDH, 2014).

62 Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 11: Pueblos Indígenas y Tribales* (San José: Corte IDH, 2015); Ministerio de Cultura, *Estándares de Aplicación de la Consulta Previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Lima: Ministerio de Cultura, 2016).

63 Ver: Sergio García Ramírez, ‘La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones’, en; Corte IDH, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo 1979-2004* (San José: Organización de Estados Americanos, 2005), p.1-86.

64 *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331 (entrada en vigor el 27 de enero de 1980).

65 El Art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece lo siguiente:
Art. 31 Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección.”⁶⁶

Con base a lo anterior, se puede afirmar que la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido consistente en reconocer la importancia del uso, como medio interpretativo, de otros tratados internacionales, cuyo fin es contribuir a una mejor decisión y aplicación de las disposiciones de la CADH. Este razonamiento y su fundamentación son propios del Derecho Internacional Público y no únicamente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El segundo punto que se debe analizar en este caso es si la Corte IDH puede utilizar normas de DIH para interpretar un caso. Sobre la base de lo expuesto anteriormente, se puede inferir que la respuesta es afirmativa. Sin embargo, la Corte IDH ha sido reticente en utilizar las normas de DIH y su uso ha sido relativamente reciente.⁶⁷

De forma complementaria a lo establecido por la Convención de Viena sobre el

Derecho de los Tratados, el Art. 29.b) de la CADH⁶⁸ también establece un puente con otros instrumentos de derechos humanos. Dado que los derechos y libertades no pueden ser interpretados de forma restrictiva, la propia CADH permite que se pueda usar otros instrumentos internacionales para identificar o precisar su contenido.

En lo que corresponde a las normas de DIH, el caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador* establece que “(...) la Corte puede utilizar las normas del Derecho Internacional Humanitario, ratificadas por el Estado demandado, para dar contenido y alcance a las normas de la Convención Americana.”⁶⁹ Esto fue posteriormente confirmado en el caso de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*:

“Si bien es claro que la atribución de responsabilidad internacional bajo las normas de Derecho Internacional Humanitario no puede ser declarada, como tal, por este Tribunal, dichas normas son útiles para la interpretación de la Convención, al establecer la responsabilidad estatal y otros aspectos de las violaciones alegadas en

66 Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador* (2004). Excepciones Preliminares. Serie C No. 118, para. 119.

67 Ver: Alejandro Aponte Cardona, ‘El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario: Una relación problemática’, en: Kai Ambos, Gisela Elsner & Ezequiel Malarino (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional-Tomo 1*, *supra* note 52, p. 125-170.

68 El Art. 29, literal b) de la CADH establece:

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

(...)

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

69 Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador* (2004). Excepciones Preliminares. Serie C No. 118, par. 119.

el presente caso. Esas normas estaban vigentes para Colombia al momento de los hechos, como normativa internacional de la que el Estado es parte y como derecho interno, y han sido declaradas por la Corte Constitucional de Colombia como normas de *jus cogens*, que forman parte del “bloque de constitucionalidad” colombiano y que son obligatorias para los Estados y para todos los actores armados, estatales o no estatales, que participen en un conflicto armado”⁷⁰.

Si bien en dicha sentencia se establecen las obligaciones a la luz del Art. 3 común a los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II de 1977, la Corte reafirmó los principios del DIH respecto a la protección de civiles, haciendo referencia inclusive a decisiones de tribunales internos. Esto fue reiterado en el presente caso, pues la Corte estableció que tenía la competencia para determinar la responsabilidad internacional de Ecuador por la presunta desaparición forzada del señor Vásquez Durand en el marco del conflicto del Alto Cenepa, utilizando las normas pertinentes del DIH.⁷¹

c. El valor probatorio de las Comisiones de la Verdad ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la aceptación de responsabilidad internacional del Estado

Antes de entrar a analizar el asunto de fondo, la Corte IDH consideró pertinente determinar si la adopción de normas sobre programas de reparaciones por violaciones a derechos humanos en Ecuador podrían ser considerados como una aceptación de la responsabilidad internacional en el caso del señor Vásquez Durand.⁷² Como se estableció en el recuento de los hechos, el informe de la Comisión de la Verdad de Ecuador incluyó el caso del señor Vásquez Durand como de desaparición forzada. La Ley para Reparación de Víctimas y Judicialización estableció un programa de reparaciones en la cual se aceptaba la responsabilidad administrativa del Estado⁷³ y la necesidad de una compensación a las víctimas.

En este asunto, son dos aspectos relevantes que se tuvo que considerar. En primer lugar, determinar cuál es el valor probatorio de los informes de la Comisión de la Verdad ante la Corte IDH. En segundo

70 Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, *supra* note 46, para. 115.

71 Corte IDH. *Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador* (2017), *supra* note 1, para. 32.

72 Ibid, paras. 41-49.

73 El Art. 2 de la Ley de Reparación de Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos de Ecuador establece lo siguiente:

Art. 2.- Reconocimiento de responsabilidad del Estado.- El Estado ecuatoriano reconoce su responsabilidad objetiva sobre las violaciones de los derechos humanos documentadas por la Comisión de la Verdad y reconoce que las víctimas sufrieron vulneraciones injustificables contra su vida, libertad, integridad y dignidad por lo que debe garantizarse, a ellas y la sociedad ecuatoriana, sin dilaciones, el derecho al conocimiento de la verdad de los hechos, a la justicia, la reparación y la no repetición de los hechos ocurridos.

El Estado ecuatoriano será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y, por violaciones de los principios y reglas del debido proceso documentados por la Comisión de la Verdad y reparará de manera integral a las personas que hayan sufrido vulneraciones y violaciones de los derechos humanos.

lugar establecer si dichos informes y las leyes adoptadas para implementar el pago de reparaciones a las víctimas en el ámbito interno, podrían ser equivalentes a una aceptación de responsabilidad, incluyendo frente a casos ante la Corte IDH.

La jurisprudencia de la Corte IDH sobre Comisiones de la Verdad es amplia y de forma constante este tribunal ha reconocido la importancia que éstas tienen para procesos de justicia, memoria y reconciliación.⁷⁴ En el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, la Corte IDH determinó que:

“(…) el establecimiento de una comisión de la verdad, según el objeto, procedimiento, estructura y fin de su mandato, puede contribuir a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad. Las verdades históricas que a través de ese mecanismo se logren, no deben ser entendidas como un sustituto del deber del Estado de asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales o estatales por los medios jurisdiccionales correspondientes, ni con

la determinación de responsabilidad internacional que corresponda a este Tribunal. Se trata de determinaciones de la verdad que son complementarias entre sí, pues tienen todas un sentido y alcance propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que analicen. En efecto, la Corte ha otorgado especial valor a los informes de Comisiones de la Verdad o de Esclarecimiento Histórico como pruebas relevantes en la determinación de los hechos y de la responsabilidad internacional de los Estados en diversos casos que han sido sometidos a su jurisdicción.”⁷⁵

La valoración que la Corte IDH le ha dado a las Comisiones de la Verdad ha sido importante para precisar el contexto y obtener información sobre las circunstancias en las que se dieron violaciones a los derechos humanos, particularmente en el caso de Guatemala.⁷⁶ Sin embargo la Corte IDH también ha hecho la precisión que los informes de las Comisiones de la Verdad, por más importantes que sean internamente, deben ser valoradas con el resto del acervo probatorio presentados en un caso.⁷⁷

74 Entre otros, ver: Francesca Lessa, Tricia D. Olsen, Leigh A. Payne, Gabriel Pereira & Andrew G. Reiter, ‘Overcoming Impunity: Pathways to Accountability in Latin America’ (2014) 8 International Journal of Transitional Justice 75; Eleonora Mesquita Ceia, ‘The Contributions of the Inter-American Court of Human Rights to the Development of Transitional Justice’ (2015) 14 The Law and Practice of International Courts and Tribunals 457; Fredy Cante, Harmut Quehl (eds.), *Handbook of Research on Transitional Justice and Peace Building in Turbulent Regions* (Hershey: IGI Global, 2016).

75 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (2008). Serie C No. 186, para. 84, pie de página 37.

76 Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala* (2016). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 328, paras. 72-74.

77 Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador* (2007). Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 166, para. 128.

En lo que corresponde a las Comisiones de la Verdad y el DIH, la jurisprudencia de la Corte IDH, particularmente en los casos contra El Salvador,⁷⁸ les ha dado particular importancia para establecer la existencia de un conflicto armado interno así como de las violaciones a los derechos humanos ocurridas.⁷⁹ En el presente caso, la Corte IDH, reafirmando la importancia de las Comisiones de la Verdad pero reiterando que esta debería ser analizada en su conjunto.

En el caso del señor Vásquez Durand, la Corte IDH tuvo en cuenta su inclusión en la Comisión de la Verdad pero haciendo la precisión de que no existía información posterior a la publicación del informe final que refutara dicha desaparición forzada:

“(...) este Tribunal tomará en cuenta el Informe de la Comisión de la Verdad del Ecuador como un medio de prueba que debe ser valorado junto con el resto del acervo probatorio. Sin embargo, la Corte al mismo tiempo tendrá en cuenta que en el presente caso no existe ninguna investigación o determinación posterior que desvirtúe las conclusiones del Informe de la Comisión de la Verdad respecto a la desaparición forzada de Vásquez Durand.”⁸⁰

De forma complementaria al informe de la Comisión de la Verdad de Ecuador y cómo esta incluyó el caso de la desaparición forzada del señor Vásquez Durand, la Corte IDH tuvo que determinar si la Ley de Reparación de Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos implicaba un reconocimiento de responsabilidad que podría ser aplicable en casos ante tribunales internacionales.

Como se ha establecido anteriormente, el Art. 2 de dicha ley establece que Ecuador “reconoce su responsabilidad objetiva sobre las violaciones a los derechos humanos documentados en la Comisión de la Verdad”⁸¹. Varios Estados latinoamericanos han adoptado planes o programas de reparación para compensar a víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.⁸² Esto implica una forma de reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, de lo contrario no existiría la necesidad de crear este tipo de programas. Al ser estas medidas programas adoptados por el Ejecutivo, la CIDH y las víctimas plantearon la posibilidad de que estas leyes puedan ser equiparadas a un reconocimiento de su responsabilidad, incluyendo en los casos ante la Corte IDH.⁸³

La Corte IDH no aceptó esta petición al considerar que el reconocimiento de

78 Juana María Ibáñez Rivas, ‘El derecho internacional humanitario en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’, *supra* note 45, p. 176-177.

79 Entre otros, ver. Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador* (2012). Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 252.

80 Corte IDH. *Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador* (2017), *supra* note 1, para. 114.

81 Ver: Art. 2 de la Ley de Reparación de Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos de Ecuador, *supra* note 24.

82 Ver: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina* (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011).

83 Corte IDH. *Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador* (2017), *supra* note 1, para. 44.

responsabilidad y allanamiento del Estado en casos contenciosos, deben ser realizados de manera clara y tomando en cuenta las circunstancias bajo las cuales fueron realizadas.⁸⁴ Si bien los programas de reparaciones son indicativos de que el Estado no cumplió con su obligación de protección de derechos humanos, esto no podría ser utilizado o equiparado como aceptación de responsabilidad internacional, salvo que el Estado o la norma concreta así lo haya, determinado.⁸⁵

IV. LA DESAPARICIÓN FORZADA DE CIVILES EN CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES Y EL USO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL CASO VÁSQUEZ DURAND

El aspecto central de la sentencia fue determinar si el señor Vásquez Durand fue víctima de una desaparición forzada por parte de las autoridades ecuatorianas en el marco del conflicto del Alto Cenepa.⁸⁶ Para este propósito, la Corte IDH analizó la obligación de protección de civiles en conflictos

armados internacionales bajo el DIH, para luego determinar si hubo una desaparición forzada en este caso.

Como se estableció en la sección 3.2 del presente artículo, la Corte IDH puede utilizar otros instrumentos internacionales, incluyendo las normas de DIH, para precisar las obligaciones del Estado frente a la CADH. En el caso del señor Vásquez Durand, los instrumentos pertinentes eran los IV Convenios de Ginebra de 1949⁸⁷ y el Protocolo Adicional I de 1977.⁸⁸ Cabe destacar que tanto el Perú como el Ecuador son Estados parte de estos tratados.⁸⁹

El Estado argumentó que el señor Vásquez Durand no estaba protegido por el DIH puesto que era un civil que no se encontraba en la zona de los enfrentamientos militares.⁹⁰ Esto fue refutado por la Corte IDH pues el Art. 6 del IV Convenio de Ginebra establece que la protección de los civiles es una obligación aplicable en todo el territorio del Estado.⁹¹ Llama la atención este tipo de argumentos puesto que esta es una obligación claramente establecida en un convenio internacional del cual Ecuador

84 Ibid, para. 47.

85 Ibid, paras. 48-49.

86 Ibid, paras. 94-140.

87 *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I)*, 75 UNTS 31, 12 de agosto de 1949 (entrada en vigor el 21 de octubre de 1950); *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II)*, 12 de agosto de 1949, 75 UNTS 85 (entrada en vigor el 21 de octubre de 1950); *Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III)*, 12 de agosto de 1949, 75 UNTS 135 (entrada en vigor el 21 de octubre de 1950); y *Convenio de Ginebra Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV)*, 12 de agosto de 1949, 75 UNTS 287 (entrada en vigor el 21 de octubre de 1950).

88 *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo Adicional I)*, 8 de junio de 1977, 1125 UNTS 3 (entrada en vigor el 7 de diciembre de 1978).

89 Corte IDH. *Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador* (2017), *supra* note 1, para. 104, pie de página 133.

90 Ibid, para. 101.

91 Ibid, para. 102.

es parte y no había dudas de la aplicación de las normas del DIH en el conflicto del Alto Cenepa, por tratarse de un conflicto armado internacional. Incluso, esta disposición es aplicable luego de culminadas las operaciones militares.⁹²

Artículo 6 - Principio y fin de la aplicación

El presente Convenio se aplicará desde el comienzo de todo conflicto u ocupación mencionados en el artículo 2.

En el territorio de las Partes en conflicto, la aplicación del Convenio terminará con el cese general de las operaciones militares.

El segundo elemento que la Corte IDH debió resolver⁹³ fue determinar si la prohibición de la desaparición forzada se extiende a situaciones de conflictos armados internacionales. Este delito es una violación al derecho internacional de los derechos humanos y puede constituirse en un crimen de lesa humanidad.⁹⁴ En el caso del DIH, el Protocolo Adicional I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, no incluye la desaparición forzada de personas como una de las infracciones graves que deben ser tipificadas penalmente.⁹⁵

Artículo 147 - II. Infracciones graves

Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario.

Para resolver este aspecto, la Corte IDH acudió al DIH consuetudinario⁹⁶ como muestra para mostrar la evolución del DIH.⁹⁷ Sobre este aspecto, ha resaltado que "(...) aunque sea la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada lo

92 Ver: Art. 6 del IV Convenio de Ginebra.

93 Corte IDH. *Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador* (2017), *supra* note 1, paras. 105-111.

94 Entre otros, ver: Gerhard Werle, Gerhard, Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, Tercera edición (Nueva York: Oxford University Press, 2014).

95 Ver: Art. 147 del IV Convenio de Ginebra.

96 Ver: Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario Volumen I: Normas* (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007), p. 388-392.

97 Ver: Marco Sassòli, Antoine A. Bouvier, Anne Quintin, *How does Law Protect in War?*, Tercera edición (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2011).

que constituye un crimen de lesa humanidad, toda desaparición forzada es una violación del derecho internacional humanitario y del derecho de los derechos humanos”.⁹⁸ Sobre esta base:

“Los tratados de derecho internacional humanitario no mencionan el término “desaparición forzada” como tal. Sin embargo, las desapariciones forzadas infringen, o podrían infringir, una serie de normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario, en particular la prohibición de la privación arbitraria de la libertad, la prohibición de la tortura y de otros tratos crueles o inhumanos y la prohibición del homicidio. Además, en los conflictos armados internacionales, la existencia de requisitos estrictos en cuanto al registro de los datos de las personas privadas de libertad, las visitas y la transmisión de información que les concierna tiene, entre otros, como objetivo prevenir las desapariciones forzadas.”⁹⁹

Por lo tanto, la Corte IDH no solo tiene en cuenta como criterio interpretativo otros tratados internacionales sino también las normas consuetudinarias. Esto es importante puesto que le permite tener una interpretación de las obligaciones de la CADH más dinámica y no condicionada a la adopción de tratados específicos. Cabe destacar que para el Derecho Internacional Público, los tratados y la costumbre internacional son fuentes principales.¹⁰⁰

Una vez establecida la posibilidad de que la Corte IDH analice la responsabilidad internacional del Estado en situaciones de conflictos armados internacionales a la luz de la CADH, este tribunal pasó a analizar los elementos fácticos de la desaparición del señor Vásquez Durand y determinar si ésta constituyó una desaparición forzada.¹⁰¹

La Corte IDH en este caso confirmó su jurisprudencia en torno a la desaparición forzada de personas, estableciendo que este

98 Ver: Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario Volumen I: Normas*, supra note 95, p. 391.

99 Ibid, p. 388.

100 Ver: *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, 18 de abril de 1946, 33 UNTS 993, Art. 38.

ARTÍCULO 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un *litigio ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

101 Corte IDH. *Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador* (2017), supra note 1, paras. 112-132.

es un delito pluriofensivo¹⁰² y una “violación compleja que se prolonga en el tiempo hasta que se conoce la suerte y el paradero de la víctima”.¹⁰³ De acuerdo a la jurisprudencia del mismo tribunal, la desaparición forzada de personas contiene los siguientes elementos: “a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada.”¹⁰⁴

El tratamiento del delito de la desaparición forzada ha estado presente desde la primera decisión de fondo de la Corte IDH.¹⁰⁵ Este delito no sólo viola¹⁰⁶ la libertad personal sino que también afecta los derechos a la integridad personal, vida y el reconocimiento de la personalidad jurídica, entre otros.¹⁰⁷ En el caso *Bámaca Velásquez*, la Corte IDH sintetizó esta noción al establecer lo siguiente:

“La desaparición forzada o involuntaria constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos de la Convención, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia

vida del detenido. Además, coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreado otros delitos conexos.”¹⁰⁸

La violación del derecho a la personalidad jurídica, establecido en el Art. 3 de la CADH,¹⁰⁹ para casos de desaparición forzada no está contenida expresamente en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Esta es desarrollada por la Corte IDH como un elemento adicional para determinar la responsabilidad del Estado. En el caso *Radilla Pacheco*, la Corte IDH reafirmó este planteamiento al considerar los elementos del mismo:

“Este derecho representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate y si los puede ejercer, por lo que la violación de aquel reconocimiento hace al individuo vulnerable frente al Estado o particulares. De este modo, el contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se refiere al correlativo deber general del Estado de procurar los medios y condiciones jurídicas para que ese derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus

102 Entre otros, ver: Corte IDH, *Caso Blake vs. Guatemala* (1998). Fondo. Serie C No. 36, para. 65.

103 Corte IDH. *Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador* (2017), *supra* note 1, para. 112.

104 Entre otros, ver: Corte IDH, *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia* (2014). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 287, para. 365.

105 Ver: Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988). Fondo. Serie C No. 4.

106 Entre otros, ver: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México* (2009). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 209, para. 146.

107 Ver: Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 6: Desaparición Forzada de Personas*, *supra* note 35, p. 21-45.

108 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (2000). Fondo. Serie C No. 70, para. 128.

109 El Art. 3 de la CADH establece lo siguiente:

Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

titulares o, en su caso, la obligación de no vulnerar dicho derecho”.¹¹⁰

En el desarrollo de su jurisprudencia, la Corte IDH ha tenido que decidir casos en los que la responsabilidad del Estado se determinó no solo frente a hechos individuales sino, también, como muestra de prácticas generalizadas o sistemáticas. En el caso *Godínez Cruz*, segunda sentencia de fondo decidida por este tribunal, la Corte IDH delineó cómo esta práctica afectaba las obligaciones mínimas del Estado de proteger y promover los derechos humanos:

“La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención (...)”¹¹¹

En el caso concreto, si bien la desaparición forzada del señor Vásquez Durand no fue parte de una práctica generalizada o sistemática, Ecuador estaba en la obligación,

tanto por el DIH como por la CADH, de proteger a los civiles y ciudadanos extranjeros en todo su territorio. Para que se pueda determinar la responsabilidad del Estado, la Corte IDH ha establecido la posibilidad de usar pruebas circunstanciales o indiciarias al ser “(...) de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas.”¹¹²

En el acervo probatorio del caso,¹¹³ si bien existía una controversia con respecto a las fecha de ingreso del señor Vásquez Durand a Ecuador, la Corte pudo establecer que él fue detenido por autoridades ecuatorianas al reingresar a dicho país.¹¹⁴ Adicionalmente, sobre la base de los testimonios recibidos,¹¹⁵ la falta de registro de su detención¹¹⁶ y la información recopilada por la Comisión de la Verdad de Ecuador, la Corte IDH pudo comprobar que fue detenido y desaparecido en el marco del conflicto del Alto Cenepa.¹¹⁷

Como se estableció en los hechos del caso, la desaparición del señor Vásquez Durand fue notificada a las autoridades competentes y a organismos internacionales de protección de los derechos humanos a inicios de 1995. Desde ese entonces, e independientemente de su inclusión en el

110 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México* (2009), *supra* note 105, para. 156.

111 Corte IDH. *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras* (1989). Fondo. Serie C No. 5, para. 166.

112 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), *supra* note 104, para. 131.

113 Corte IDH. *Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador* (2017), *supra* note 1, paras. 131-132.

114 *Ibid*, para. 125.

115 *Ibid*, paras. 119-120.

116 *Ibid*, para. 124.

117 *Ibid*, para. 132.

informe de la Comisión de la Verdad, las autoridades ecuatorianas no realizaron¹¹⁸ investigaciones de oficio dentro de un plazo razonable o realizado una búsqueda seria de la víctima, por lo que esto resulta en una violación de los derechos a la protección judicial y garantías judiciales.¹¹⁹ Por este motivo, la Corte IDH determinó en las reparaciones que:

“9. El Estado debe continuar y llevar a cabo, en un plazo razonable y con la mayor diligencia, las investigaciones que sean necesarias para identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de la desaparición forzada de Jorge Vásquez Durand, (...).

10. El Estado debe realizar, a la mayor brevedad, una búsqueda rigurosa, sistemática y con los recursos humanos y económicos adecuados, en la cual realice todos los esfuerzos para determinar el paradero de Jorge Vásquez Durand, (...).”¹²⁰

Estas medidas de reparación, a más de veintidós años de su desaparición, son importantes puesto que esto es más importante para los familiares del señor Vásquez Durand que las medidas pecuniarias. Si ya es difícil cumplir con estas medidas en casos de conflictos armados internos, lo cual implica dificultades económicas y personales a los familiares de las víctimas, esta complejidad aumenta cuando se trata de investigaciones que se tienen que llevar a cabo en otro país. De ahí la importancia del apoyo que el Estado

peruano podría dar a los familiares de las víctimas, sea a través de apoyo consular o de coordinaciones diplomáticas.

V. CONCLUSIONES

El caso Vásquez Durand trata sobre la desaparición forzada de un ciudadano peruano en el marco del conflicto del Alto Cenepa entre el Perú y el Ecuador. Como es sabido, desde la firma de los Acuerdos de Paz en 1998, las relaciones entre ambos países están basadas en el respeto y hermandad. Sea a través del flujo migratorio y de inversiones, así como la realización de reuniones periódicas de gabinetes binacionales, el Acta de Brasilia estableció los fundamentos para una paz entre ambos países.

En esta sentencia, la Corte IDH analiza las obligaciones de un Estado en materia de DIH aplicables a conflictos armados internacionales, particularmente en lo que corresponde a la protección de civiles a la luz de la CADH. En este sentido, la Corte IDH pudo haber desarrollado más este marco de protección pues la jurisprudencia del Tribunal Penal para la Ex-Yugoslavia como los elementos desarrollados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional dan mayor precisión sobre las obligaciones concretas para la protección de civiles, así como el tratamiento de la desaparición forzada de personas en situaciones de conflicto. Es poco probable que casos similares al del señor Vásquez Durand deban ser decididos por la Corte IDH en el corto plazo, por lo que aquí se pudo explorar más estas

118 Ibid, paras. 149-167.

119 Ibid, para. 168.

120 Ibid, puntos resolutivos 9 y 10, p. 77.

obligaciones, incorporándolas a los criterios de interpretación y aplicación de la CADH.

Más allá del análisis jurídico de esta sentencia o de las obligaciones del DIH aplicables al conflicto del Alto Cenepa, este caso ilustra la situación de incertidumbre que las personas civiles ubicadas en la frontera entre el Perú y el Ecuador vivieron durante los primeros meses de 1995. El relato de la familia por intentar buscar al señor Vásquez Durand no es extraño en los testimonios recibidos por la Corte IDH. De ahí la importancia que las autoridades de nuestro país presten toda la ayuda posible

para encontrar los restos del señor Vásquez Durand y repatriarlos.

Quisiera terminar este artículo con una reflexión personal. En marzo de 1998, se encontraron los restos de un soldado chileno en el cerro Zig-Zag, quien falleció durante el Combate de Chorrillos en 1881. Estos fueron repatriados a Chile en octubre de 2007, lo que fue recibido como un acto humanitario y de amistad. Este tipo de actos simbólicos para nuestras sociedades, pero de especial importancia para los familiares del señor Vásquez Durand, podrían ser un paso más hacia la consolidación de las relaciones de paz entre el Perú y el Ecuador.

EL DERECHO INTERNACIONAL

HUMANITARIO Y EL USO LETAL DE LA FUERZA RESPECTO A HECHOS Y NORMAS DEL ESTADO PERUANO A LA LUZ DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL E INTERAMERICANA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS; III. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO; IV. JUSTICIA INTERAMERICANA RESPECTO A HECHOS VINCULADOS CON EL USO LETAL DE LA FUERZA POR PARTE DEL ESTADO PERUANO; V. JUSTICIA CONSTITUCIONAL, ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y USO LETAL DE LA FUERZA; Y VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN

El autor analiza la forma como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario pueden interrelacionarse, permitiendo comprender los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional peruano. Ello se explicaría porque ambas ramas del Derecho Internacional Público están basados en el principio de humanidad y buscan proteger la dignidad del ser humano; no obstante, puede afirmarse que a pesar de su evolución jurisprudencial, en la cual se puede evidenciar pronunciamientos en los que realiza un uso explícito del Derecho Internacional

¹ Abogado y Magíster en Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente del Centro de Educación Continua de la misma casa de estudios. Agente del Estado peruano en diversos casos tramitados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las opiniones vertidas por el autor no representan la postura del Estado peruano sobre las materias ni los casos abordados en el presente artículo.

Humanitario, la Corte Interamericana de Derechos Humanos nunca ha determinado, en la parte resolutive de sus decisiones, la responsabilidad de un Estado por la no observancia del Derecho Internacional Humanitario; así, sus decisiones están conformes con el principio de competencia al que está obligada. El autor hace referencia a la sentencia de la Corte sobre el caso Chavín de Huántar y el Derecho Internacional Humanitario.

ABSTRACT

The author analyses how international human rights law and international humanitarian law can interact, allowing a better understanding of the pronouncements of the Inter-American Court of Human Rights and the Peruvian Constitutional Court. The explanation for this would be that both branches of public international law are based on the principle of humanity and seek to protect the dignity of the human being. However, it can be said that despite its jurisprudential evolution, in which it is possible to demonstrate statements in which it makes an explicit use of international humanitarian law, the Inter-American Court of Human Rights has never determined, in the resolutive part of its decisions, the responsibility of a State for the non-observance of international humanitarian law. Thus, their decisions are in conformity with the principle of competence to which they are obliged. The author refers to the court's ruling on the Chavín de Huántar case and International Humanitarian Law.

I. INTRODUCCIÓN

Los conflictos armados han acompañado a la historia de la humanidad. La evaluación de los resultados de los mismos y la concientización de las implicancias negativas que ellos traen impulsaron el establecimiento de medidas para la limitación de su desarrollo por medio del Derecho. De allí que el Derecho Internacional Humanitario (en adelante, el DIH), “[...] protege, por un lado, a las víctimas de los conflictos armados y, por otro, limita los medios y métodos de combate, es decir, busca proteger la dignidad e integridad de las personas en el marco de los enfrentamientos armados.”² (Salmón, 2012)

En las últimas décadas, si bien en Latinoamérica no se han desarrollado conflictos armados internacionales, sí se han evidenciado situaciones de conflictos armados internos que podrían plantear el cuestionamiento de si son aplicables las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, el DIDH) o del DIH. Ello ha podido advertirse en algunos casos analizados por la Corte IDH, en cuyos pronunciamientos ha tomado en consideración la actuación de funcionarios y órganos internos –jurisdiccionales o no–, siendo notoria la interacción de lo resuelto por ella y los órganos jurisdiccionales nacionales, lo cual puede ser explicado desde diferentes perspectivas.

Así, por ejemplo, el profesor Marcelo Neves ha apelado al uso del término transconstitucionalismo, para referirse a aquella situación en la cual los problemas que

2 Salmón, E. (2012). Introducción al Derecho Internacional Humanitario (Tercera Ed). Lima: Idehpucp. p. 27. Recuperado a partir de <<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/10/Introducción-al-Derecho-Internacional-Humanitario-2012-3.pdf>>.

pueden ser considerados como constitucionales, cada vez con más frecuencia son conocidos por diversas instancias, implicando tanto a las supranacionales como a las transnacionales, inclusive. En esa interacción, el profesor en mención ha advertido que pueden existir situaciones de conflicto entre lo establecido en la Constitución brasileña y los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH)^{3 4}

Por otro lado, César Landa ha hecho referencia a la existencia de un diálogo entre la jurisprudencia de la Corte IDH y del Tribunal Constitucional⁵, aunque existiendo desde el año 2008⁶ –por parte de este último–, un uso manipulador de lo dispuesto por la Corte IDH, lo cual involucra “[...] una violación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, pero también de [...] [su] [...] propia jurisprudencia [...], en la que este órgano se ha adherido a la posición de la Corte IDH sobre la vinculatoriedad de sus fallos.”⁷

No obstante, si bien de lo señalado se puede comprender –en términos generales– que existe una interacción entre la jurisprudencia de la Corte IDH y de los jueces nacionales, los estudios indicados versan –en esencia– sobre aspectos vinculados directamente al DIDH, no habiéndose identificado un estudio académico similar, en lo que concierne a la aplicación del DIH y, en específico, en lo referente al caso del Estado peruano. Ante ello, en las siguientes líneas, se analizará la forma cómo el DIDH y el DIH pueden interrelacionarse, lo cual nos permite, a su vez, comprender los pronunciamientos de la Corte IDH y del Tribunal Constitucional peruano.

II. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El DIH y el DIDH tienen orígenes distintos, claramente definidos; sin embargo, existe una vinculación íntima entre ellos,

3 Para acreditar tal afirmación, el investigador en mención hace referencia a la Constitución brasileña la cual permite (pero no establece) la prisión civil del depositario infiel, lo cual esta proscrito por el inciso 7) del artículo 7º de la CADH. No obstante, el Tribunal Federal determinó que los tratados sobre derechos humanos aprobados por procedimiento distinto al de la enmienda constitucional si bien son considerados como normas infra constitucionales son normas que están –jerárquicamente– por encima de las normas de rango legal. En ese sentido, lo establecido constitucionalmente es una facultad y no un mandato, y por lo tanto una norma infra constitucional como la CADH puede precisar, válidamente, si es posible ejecutar la prisión por ser depositario infiel o no.

4 Neves, M. (2015). Del Diálogo entre las Cortes Supremas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Transconstitucionalismo en América Latina. En Los Sistemas Interamericano y Europeo de Protección de los Derechos Humanos. Una Introducción desde la Perspectiva del Diálogo entre Tribunales. (pp. 86-91).

5 Landa, C. (2015). ¿Diálogo entre la Justicia Constitucional y la Jurisdicción Internacional? Entre la Incorporación y la Manipulación en los Estándares de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico Peruano. En L. López & Saiz Alejandro (Eds.), Los Sistemas Interamericano y Europeo de Protección de los Derechos Humanos. Una Introducción desde la Perspectiva del Diálogo entre Tribunales. (Primera). Lima: Palestra. pp. 190–194.

6 Es importante tomar en consideración que en el mismo texto, el profesor Landa hace referencia –al año 2015– que esta situación podría cambiar con la recomposición del Tribunal Constitucional, con el ingreso de seis nuevos miembros.

7 Ibid. pp. 194-227.

no solo por formar parte del Derecho Internacional Público, sino porque –como lo afirma Elizabeth Salmón– “[...] [a]mbas ramas tienen como denominador común el principio de humanidad, toda vez que es sobre la base de este que se erige la protección de la dignidad del ser humano y se reconocen los derechos que le asisten en los tratados en materia de DIDH; y, en el marco del DIH, sirve de inspiración para su desarrollo normativo [...]”⁸.

Como puede evidenciarse, la profesora Salmón –para afirmar que existe íntima vinculación entre ambas ramas del Derecho Internacional Público– apela a un principio común: el de humanidad; a pesar que el mismo es de difícil definición y cuyos

alcances serán determinados en parte a propósito del análisis de un caso concreto.

Por otro lado, el profesor Greenwood precisa también que el eje de protección del DIDH y del DIH es la protección del individuo, indicando a su vez que el primero puede ser aplicado tanto en tiempo de paz como de conflicto armado, mientras que el segundo, solo en este último supuesto⁹. Asimismo, el autor en mención precisa adicionalmente que el campo de aplicación del DIDH es mucho más restrictivo que el del DIH, además de que el primero suele hacer referencia al segundo como la norma especial para situaciones de conflictos armados^{10 11}.

Conforme a todo lo expuesto, puede entenderse también al DIH como el

8 Salmón, E. Óp. Cit. p. 270.

9 Al respecto, el autor en mención ha precisado:

“[...] International humanitarian law obviously has much in common with the law of human rights, since both bodies of rules are concerned with the protection of the individual? Nevertheless, there are important differences between them. Human rights law is designed to operate primarily in normal peacetime conditions, and within the framework of the legal relationship between a state and its citizens. International humanitarian law, by contrast, is chiefly concerned with the abnormal conditions of armed conflict and the relationship between a state and the citizens of its adversary, a relationship otherwise based upon power rather than law. It is now clear that human rights treaties are, in principle, capable of application in armed conflict.” (Greenwood, 2008) Greenwood, C. (2008). Basis, Historical Development and Legal. En *The Handbook of International Humanitarian Law* (Fleck, Die, p. xxxix, 770). New York: Oxford University Press. pp. 12-13. Recuperado a partir de <http://discovery.lib.harvard.edu/?hrciid=%7Clibrary%2Fm%2Faleph%7C011447840>.

10 Al respecto, el autor en mención ha precisado:

“That does not mean, however, that human rights treaties in any way supplant international humanitarian law. First, the scope of application of human rights treaties is often more restricted than that of humanitarian law. Thus, Article 1 ECHR requires each state party to secure ‘to everyone within its jurisdiction’ the rights and freedoms in the Convention. In *Banković u Belgium and Others*, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights held that the inhabitants of Belgrade were not within the jurisdiction of the European members of NATO during the NATO aerial bombardment of that city in the 1999 Kosovo conflict, with the result that the provisions of the Convention were not applicable. Nevertheless, the law of human rights and the powers of human rights tribunals have become increasingly important in armed conflicts, particularly in relation to the government of occupied territory: * though even there their field of application may be different from, and more restricted than, that of humanitarian law agreement. Secondly, even where human rights treaties are applicable, they will frequently refer to humanitarian law as the *lex specialis*. Thus, the International Court in its advisory opinion on Nuclear Weapons held that the application of the right to life provision in the ICCPR in time of armed conflict was subject to the relevant norms of humanitarian law.[...]” Loc. Cit.

11 Loc. Cit.

conjunto de normas internacionales que permiten proteger al ser humano, de una manera justa, en el desarrollo de un conflicto armado, cuya correcta aplicación será evaluada a propósito de un caso específico por parte de los respectivos tribunales.

Al respecto, si bien puede resultar claro que la Corte Penal Internacional de Justicia y los tribunales penales internos, conforme a su correspondiente ordenamiento, pueden expedir sentencias y en ellas determinar si hubo o no una contravención a las normas del DIH, podríamos preguntarnos si la Corte IDH, al analizar las controversias referidas a conflictos armados internos, en las que se analice si un Estado cumplió con sus obligaciones internacionales derivadas del Ordenamiento Interamericano de Protección de Derechos Humanos puede tomar en consideración las normas que desarrollan tal rama del Derecho Internacional Público.

Cómo se verá en las siguientes líneas, ello sí ha sido realizado por la Corte IDH, no obstante la forma cómo ha considerado tales normas ha sido objeto de diversos análisis por parte de la comunidad jurídica, tópico que –junto a otros– será abordado líneas abajo y que servirá con posterioridad para poder abordar con mayor detalle, su consideración al derecho nacional.

III. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se encuentra conformado por todas aquellas normas sobre la materia que son vinculantes para los Estados que forman parte del mismo. En ese sentido no solo se encuentran conformados por los Tratados aplicables al SIDH, como –en efecto– lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la CADH), sino que tal sistema se encuentra constituido también por las normas que la desarrollan y que son vinculantes para tales Estados (como el Reglamento de la CIDH y de la Corte IDH), inclusive las normas internas estatales que reflejan un desarrollo de las normas convencionales pero que vinculan únicamente al Estado que la ha incorporado en su Constitución así como en sus normas de rango legal e infra legal.

No obstante, forman también parte importante del SIDH, los pronunciamientos que han realizado los órganos supranacionales del Sistema respecto a las normas antes indicadas, es decir –aunque en distinto grado de vinculatoriedad– entre ellos los Informes emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en

12 Sobre ello, la profesora Salmón bien ha identificado la existencia de controversias resueltas por la Corte IDH y que se encuentran vinculadas con la protección de los derechos humanos, a través de la consideración de los establecido en las normas del DIH, bajo los siguientes términos:

En cualquier caso, conviene anotar que hoy en día algunos órganos creados para vigilar el cumplimiento de las normas del DIDH se han ocupado también de problemas humanitarios a partir de casos concretos que se han encargado de dotar de una orientación pro derechos humanos a la aplicación práctica del DIH (entre otros, La Tablada ante la Comisión Interamericana de derechos humanos; y, los casos Las Palmeras vs. Colombia, Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Masacres de Ituango vs. Colombia, Masacre de La Rochela vs. Colombia y Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, entre otros, resueltos por la Corte Interamericana de derechos humanos [...]. En: Salmón, Op. Cit. pp. 74-75.

adelante, la CIDH) así como las opiniones consultivas y la jurisprudencia de la Corte IDH¹³.

En tal marco, la Corte IDH ha tenido la oportunidad de evaluar la responsabilidad de los Estados sometidos a su competencia contenciosa, en el contexto de conflictos armados, por la vulneración de derechos humanos. De la evaluación de tales casos, resulta innegable que la Corte IDH ha tomado en consideración las normas del DIH al momento de resolver varias de las controversias que han sido de su conocimiento, no implicando ello necesariamente, que haya usado las normas en mención como parámetro para evaluar la vulneración de lo establecido en la CADH o, menos aún, para determinar la responsabilidad de un Estado por el desconocimiento de lo establecido en las normas del DIH.

Con el objeto de abordar debidamente tal punto –referido a la posibilidad de que la Corte IDH pueda determinar la responsabilidad de un Estado por la violación del

DIH–, es indispensable partir de la siguiente idea: que el Ordenamiento Interamericano de Protección de Derechos Humanos establece las competencias que tiene la Corte IDH para determinar la responsabilidad de los Estados en el marco del trámite de una denuncia.

En ese sentido, si bien el artículo 44° de la CADH establece que en el marco del trámite de una denuncia solo puede determinarse la responsabilidad de un Estado por violación de las disposiciones de la CADH, el artículo 23° del Reglamento de la CIDH, reconoce además que por medio del procedimiento de denuncias se puede determinar la responsabilidad de un Estado por la vulneración de otros tratados que forman parte del Ordenamiento Interamericano de Protección de Derechos Humanos¹⁴, sin que haga referencia expresa a la posibilidad de que la Corte IDH pueda determinar la responsabilidad de un Estado por la vulneración de una norma del DIH, en el marco de una denuncia sometida a su competencia.

13 Sobre ello, la profesora Salmón bien ha identificado la existencia de controversias resueltas por la Corte IDH y que se encuentran vinculadas con la protección de los derechos humanos, a través de la consideración de los establecido en las normas del DIH, bajo los siguientes términos:

En cualquier caso, conviene anotar que hoy en día algunos órganos creados para vigilar el cumplimiento de las normas del DIDH se han ocupado también de problemas humanitarios a partir de casos concretos que se han encargado de dotar de una orientación pro derechos humanos a la aplicación práctica del DIH (entre otros, La Tablada ante la Comisión Interamericana de derechos humanos; y, los casos Las Palmeras vs. Colombia, Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Masacres de Ituango vs. Colombia, Masacre de La Rochela vs. Colombia y Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, entre otros, resueltos por la Corte Interamericana de derechos humanos [...]). En: Salmón, Op. Cit. pp. 74-75.

14 Tales tratados son los siguientes:

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.
- El Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.
- La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”.

Tal silencio no debe ser tomado como una habilitación para que la Corte IDH pueda aplicar cualquier norma al resolver una controversia –y, en función a ella, determinar la responsabilidad de un Estado– toda vez que en el Derecho Internacional Público, la voluntad de los Estados sigue siendo piedra angular de su sostenibilidad y, por lo tanto, si es que los mismos no han expresado la posibilidad de que un ente supranacional pueda determinar su responsabilidad por la infracción de una norma específica, como las pertenecientes al DIH, ello no podrá ser realizado. Por otro lado, es importante tomar en consideración el principio de competencia acotado, respecto del cual –a diferencia del principio de libertad que rige a favor de las personas– implica

que ningún ente puede realizar acto alguno que no haya sido habilitado por la norma correspondiente, en vigor por la voluntad soberana de los Estados.

Al respecto, el profesor Ramelli Arteaga, en su estudio sobre el uso del DIH por parte de la Corte IDH al año 2008, indicó que en la práctica inicial de tal órgano supranacional hubo un uso intenso del principio de competencia para denegar la posibilidad de aplicar el DIH¹⁵, siendo –según el autor– insuficiente tal invocación al no ir aunado a una fundamentación mayor¹⁶. No obstante, el profesor en mención, ha advertido que la jurisprudencia de la Corte IDH ha evolucionado, permitiendo una interpretación expansiva de la CADH, tomando en consideración los alcances del DIH,

15 Para ello se abordó lo desarrollado en el caso Las Palmeras Vs. Colombia, caso en el que la CIDH planteó la controversia solicitando que se declare la responsabilidad del Estado colombiano por la violación del derecho a la vida, consagrado en el artículo 4º de la CAD y el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949. Frente a la excepción de falta de competencia por razón de la materia planteada por el Estado, la Corte IDH la declaró fundada, indicando que no tenía competencia para determinar la responsabilidad del Estado colombiano por la violación de los Convenios de Ginebra de 1949. (Ramelli Arteaga, A. (2009). *El Derecho Internacional Humanitario ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, IX, pp. 40-43).

16 Una de las críticas más polémicas del artículo del profesor Ramelli, se encuentra centrado en el Punto 7 denominado “La distinción entre interpretar y aplicar normas convencionales es artificiosa” y se centra principalmente en criticar una afirmación del caso Las Palmeras Vs. Colombia, que puede sintetizarse en que la Corte IDH afirmó que es competente para interpretar otros tratados diferentes a la CADH pero no está habilitado para resolver en un caso concreto. Al respecto, para el profesor en mención –y sin quedar clara su pertinencia– hace la diferencia entre los términos disposición, norma y posición ius fundamental, para luego explicar el proceso de creación de Derecho que hace la Corte IDH, indicando que tal ente supranacional crea reglas convencionales tomando en consideración las normas del DIDH, pero, para tal autor:

“La inconsistencia que se presenta en esa labor de aplicación del derecho a nuestro juicio, consiste en no ser consecuente en la última parte de dicho proceso al no condenar expresamente, en la parte resolutive del fallo, a un Estado por violar el derecho internacional humanitario, a pesar de haber elaborado una sub regla convencional soportada en aquél. En otras palabras, cuando en un contexto de conflicto armado interno, la Corte en la parte motiva de la providencia interpreta el sentido y el alcance de la cláusula convencional del derecho a la vida de conformidad con el principio de distinción entre población civil y combatiente, y por ende, crear sub reglas convencionales al respecto, pero en la parte resolutive termina condenando exclusivamente al Estado por violar el Pacto de San José, está incurriendo en un defecto de las sentencias, cual es, la incongruencia entre las partes motiva y resolutive del fallo. En tal sentido, bien podría condenar al Estado por vulnerar el artículo 4º de la Convención Americana, entendido de conformidad con el artículo 134 del Protocolo II de Ginebra de 1977.”(Ramelli. Op. Cit. pp. 52-53)

tanto al resolver medidas provisionales¹⁷ así como casos contenciosos¹⁸.

Por otro lado, la profesora Juana María Ibáñez ha señalado que, se puede evidenciar una evolución en la forma cómo la Corte IDH ha considerado a las normas del DIH para resolver las controversias sometidas a su competencia. En ese sentido, puede identificarse una etapa en la que el órgano supranacional hace una referencia a tales normas “en clave” y otra donde hay una referencia explícita a las mismas. En esta última etapa, se identifica un periodo en el cual se hace referencia al DIH como complemento del contenido de los alcances

de los derechos humanos y otro, en el que el mismo está expresamente integrado en el razonamiento de la sentencia de la Corte IDH¹⁹.

Sin perjuicio de ello, advierte la autora mencionada, que no hablamos de etapas preclusivas toda vez que –hasta el año 2016– existen controversias referidas a conflictos armados en las cuales la Corte IDH emitió su decisión, sin que se haya valido del DIH para resolverlas (Ibáñez Rivas, 2016; pág. 171). Asimismo, anota la autora, en lo que se refiere a la aplicación explícita de las normas del DIH para resolver controversias por parte de la Corte IDH, lo siguiente:

No obstante, el autor no profundiza en los motivos por los que considera que por usar una norma no reconocida en la CADH en la argumentación jurídica de una sentencia y determinar que la actuación del Estado no estuvo conforme con una “posición iusfundamental” que se desprende de ella, necesariamente se tiene que determinar su responsabilidad por el desconocimiento de tal posición. En ese sentido, la afirmación del profesor Ramelli no solo resulta inconsistente, sino que –a su vez– al no considerar el principio de competencia en su argumentación, incurre en un error que atribuía a la Corte IDH en el caso *Las Palmeras Vs. Colombia*: el no considerar puntos trascendentales para resolver la controversia.

Mucho menos el profesor Ramelli ha profundizado en las implicancias de la responsabilidad internacional, la misma que acarrea el establecimiento de una reparación por el desconocimiento de un compromiso internacional. Es decir, en materia de responsabilidad y, por ello, de determinación de reparaciones, si es lo mismo determinar la responsabilidad de un Estado por vulnerar únicamente la norma convencional que a su vez se determine su responsabilidad por la vulneración ajena al sistema.

Finalmente, pareciera que el profesor Ramelli abre la posibilidad que la Corte IDH determine la responsabilidad de un Estado por normas e interpretaciones que en principio no le vinculan (como normas de otros Estados) siempre y cuando las mismas hayan sido usadas en la argumentación jurídica, previa a la toma de la decisión.

- 17 Como aquella expedida en el marco del asunto de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, en la cual la Corte IDH calificó la situación de anormalidad que se vivía en Colombia como un “conflicto armado”, pero sin precisar si el mismo se encuentra regulado por el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 o por el Protocolo Adicional II de 1977. Aunque la Corte IDH exigió que el Estado aplique el principio de distinción del DIH a favor de la población civil. Asimismo, la Corte determinó que la zona de Paz de San José era una zona humanitaria. Loc. Cit.
- 18 Como la sentencia del caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, respecto de la cual el autor señala: “[...] en el caso concreto, la Corte consideró que asimismo el Estado había violado sus deberes de protección a la población civil, derivados del derecho internacional humanitario ‘en particular del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y las normas del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional (Protocolo II)’ ” Loc. Cit.
- 19 Ibáñez Rivas, J. M. (2016). El derecho internacional humanitario en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Derecho del Estado*, pp. 170-171-198. <<https://doi.org/10.18601/01229893.n36.06>>.

Igualmente, a pesar de la jurisprudencia más audaz de la Corte, que parece ir más allá de la remisión al DIH en términos de interpretación, las referencias al DIH como complemento del contenido y alcance de los derechos humanos y las obligaciones estatales continúan desarrollándose paralelamente. Por tanto, no hay una regla respecto a los criterios que determinan el uso del DIH por la Corte, aunque sí es claro que dicho uso constituye un hecho real y –nos parece– inevitable que, con el paso del tiempo, ha demostrado no tener punto de retorno²⁰.

De todo lo expuesto, puede afirmarse que a pesar de su evolución jurisprudencial, en la cual se puede evidenciar pronunciamientos en los que realiza un uso explícito del DIH en su argumentación, la Corte IDH nunca ha determinado –en su parte resolutive– la responsabilidad de un Estado por la no observancia del DIH; estando ello conforme al principio de competencia al que se hizo referencia al inicio del presente apartado, siendo un límite convencional que bien ha respetado la Corte IDH, no deslegitimando sus pronunciamientos.

Sin perjuicio de lo concluido, tanto Ramelli como Ibáñez sugieren que existe una aplicación real del DIH por parte de la Corte IDH lo que se traduce en establecer la responsabilidad de un Estado por la infracción de tales normas, aunque no en los puntos resolutivos de una sentencia. No obstante, el primero sugiere que, por una cuestión de coherencia argumentativa, la Corte IDH debería determinar expresamente la

responsabilidad de un Estado por la violación de disposiciones del DIH, cuando se vale de ellas para resolver la controversia.

Sobre esto último, si bien la Corte IDH –como parte de sus competencias implícitas– puede valerse de diversas normas que vinculan a un Estado para brindar contenido a una disposición de la CADH y de aquellas precisadas en el Reglamento de la CIDH; ello no implica que, en caso se tome en consideración normas del DIH, el Tribunal Supranacional en mención pueda determinar la responsabilidad estatal por la mencionada infracción.

Por otro lado, de aceptar y aplicar de forma extensiva la lógica de la tesis que parece proponer el profesor Ramelli respecto a normas distintas al DIH, cuando la Corte IDH se valga de leyes para dotar de contenido a las disposiciones convencionales y se verifique su infracción, debería –según tal indebido criterio– determinar la responsabilidad del Estado, a modo de tribunal nacional, respecto de las cuales tampoco tiene competencia el Tribunal Supranacional, siendo la concreción de tal posibilidad, indebida.

IV. JUSTICIA INTERAMERICANA RESPECTO A HECHOS VINCULADOS CON EL USO LETAL DE LA FUERZA POR PARTE DEL ESTADO PERUANO

Resulta meridianamente claro que existen diversos pronunciamientos en los cuales la Corte IDH ha aplicado el DIH para analizar una situación concreta en la

20 Ibid. p. 172.

que se alega la vulneración de disposiciones de la CADH en el marco de un conflicto armado, no implicando que se resuelva que un Estado incumplió con una disposición del DIH. Ello puede evidenciarse también en el caso peruano, aunque la Corte IDH, solo ha tenido la oportunidad de realizar tal análisis en una oportunidad, respecto a una controversia vinculada al desarrollo de un operativo de rescate de rehenes, ante la toma de la Residencia del Embajador de Japón en Perú por parte del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (en adelante, el MRTA). Al respecto, la Corte IDH evaluó la responsabilidad del Estado peruano por la afectación de las disposiciones de la CADH tomando en consideración las normas del DIH, al expedir su sentencia recaída en el caso *Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*, llamado también “Caso Chavín de Huántar”, en el cual se analizó:

“[...] la conformidad o no de los actos estatales con la Convención Americana en cuanto a si existió o no ejecución extrajudicial en el marco de la operación [Operación Chavín de Huántar] de rescate de rehenes en dos momentos temporales diversos y en distintos ámbitos físicos: por un lado, respecto de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez y, por el otro, respecto de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza [quienes habían tomado la residencia, siendo miembros del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru]. [...]” [Notas en corchetes

agregadas]. [Resumen Oficial de la Sentencia de la Corte IDH]

En tal marco, la Corte IDH advirtió que si bien en el caso resulta pertinente la consideración de las normas del DIH al desarrollarse un conflicto armado interno²¹, también son aplicables las salvaguardas contenidas en la CADH respecto al derecho a la vida las cuales mantienen todos sus efectos, al ser parte del núcleo duro no susceptible de suspensión en ninguna circunstancia²². Asimismo, se remarcó que el DIH brinda elementos para interpretar las normas de la CADH referidas al derecho a la vida, debiéndose aplicar las mismas en un CANI, en función al criterio de especialidad, toda vez que la CADH no tiene normas expresas aplicables en tal situación; he de ahí que la aplicación del artículo 4° de la CADH debe tomar en consideración la aplicación de los principios de proporcionalidad y precaución²³.

En cuanto a la legitimidad del uso de la fuerza, la Corte IDH precisó que “[...] la Corte reconoce que el recurso a la fuerza por parte del Estado se produjo en el marco de una operación de las fuerzas de seguridad con un objetivo preciso: lograr la liberación de los rehenes que habían permanecido retenidos por los miembros del MRTA en la residencia del Embajador de Japón en el Perú desde el 17 de diciembre de 1996. Por ende, resultaba legítimo para el Estado recurrir al uso de la fuerza en las circunstancias del caso concreto [...]”²⁴.

21 Fundamento N° 270.

22 Fundamento N° 271.

23 Fundamentos N° s 272 y 273.

24 Fundamento N° 274.

No obstante, el uso de la fuerza tiene límites que se desprenden del artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra, el mismo que contiene reglas específicas, precisando el sujeto respecto del cual se aplican las salvaguardas, no siendo únicamente aquellos que participaron directamente en las hostilidades sino inclusive los que fueron puestos fuera de combate²⁵. En atención al caso concreto, la Corte IDH precisó que las presuntas víctimas del caso no eran civiles sino integrantes del MRTA, quienes participaron activamente en las hostilidades, pudiendo ser –potencialmente– beneficiarios de las salvaguardas contenidas en el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra, siempre y cuando hubieran dejado de participar en las hostilidades y pudieran identificarse como *hors de combat*²⁶.

Asimismo, se precisa que se constituye la situación de *hors de combat* en los siguientes supuestos: (a) que está en poder de una parte adversa; (b) que no puede defenderse porque está inconsciente, ha naufragado o está herida o enferma; o (c) que exprese claramente su intención de rendirse; siempre que se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse²⁷. De conformidad con lo señalado, la Corte IDH precisó lo siguiente:

“278 [...] según lo establece el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, el Estado debía brindar a las personas que no participaren

directamente en las hostilidades o que hubieren quedado fuera de combate por cualquier razón, un trato humano y sin distinción alguna de índole desfavorable. [...] La práctica del Perú demuestra la aplicación de esta regla a nivel nacional.”

Para evaluar los aspectos indicados en el caso concreto la Corte IDH parte de la idea que no es un tribunal penal que determine la responsabilidad de personas imputadas por la comisión de delitos sino que es un órgano jurisdiccional que evalúa la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento de un compromiso internacional devenido de la CADH²⁸, he de ahí que el caso no buscó determinar la responsabilidad de alguna persona en específico, sino que se analizó si hubo conformidad de los actos estatales con la CADH en cuanto a si existió o no ejecución extrajudicial en el marco de la operación de rescate de rehenes en dos momentos temporales diversos y en distintos ámbitos físicos: por un lado, respecto de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez y, por el otro, respecto de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza²⁹.

Asimismo, la Corte en tal Sentencia analizó la planificación del operativo y de las declaraciones vertidas por quienes iban a ejecutar el mismo, concluyendo que a nivel operacional, existió una planificación que contemplaba la captura de los emerretistas³⁰, por lo que la controversia:

25 Fundamento N° 276.

26 Fundamento N° 277.

27 Fundamento N° 277.

28 Fundamento N° 280.

29 Fundamento N° 281.

30 Fundamentos 282-286.

“287. [...] no gira en torno a la necesidad, proporcionalidad y precaución en el uso de la fuerza. En el presente caso ante la Corte, la controversia fáctica relevante, que indubitadamente tendrá efectos sobre el análisis jurídico en cuanto a una eventual violación al artículo 4 de la Convención Americana, se centra en determinar si Eduardo Nicolás Cruz Sánchez, Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza fallecieron como consecuencia de actos de agentes estatales una vez que se encontraban fuera de combate y, en consecuencia, podían calificarse como *hors de combat* en términos de derecho internacional humanitario o si, por el contrario, murieron cuando tomaban parte activa en las hostilidades o no al momento de los hechos.”

Conforme a lo señalado, la Corte IDH evidenció que no había duda que en la planificación y ejecución del Operativo Chavín de Huántar se había aplicado de forma debida el DIH, por lo que el mismo fue desarrollado de manera legítima en claro respeto al derecho a la vida en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos. Por ello, la controversia radicaba de manera específica en determinar si tres de las presuntas víctimas murieron durante las hostilidades o, de manera ilegítima, cuando tenían la condición de *hors de combat*. Para realizar tal análisis específico, la Corte IDH se valió de lo resuelto por los tribunales penales nacionales en la mencionada controversia, no determinando la responsabilidad del Estado peruano respecto a dos presuntas víctimas, pero sí en lo concerniente a la muerte del señor Cruz Sánchez, bajo los siguientes términos:

313. Al evaluar las pruebas obrantes en el expediente y las circunstancias

particulares en que sucedieron los hechos relativos a la muerte de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez, la Corte considera que su muerte se produjo una vez que se encontraba bajo la custodia del Estado.

[...]

316. [...] la última vez que fue visto con vida, el mismo se encontraba en una situación *de hors de combat* y que gozaba por tanto de la protección que otorgan las normas de derecho internacional humanitario aplicables [...]. [...] una vez que [...] fue capturado con vida, el Estado tenía la obligación de otorgarle un trato humano y respetar y garantizar sus derechos, todo ello de conformidad con el artículo 4 de la Convención Americana, interpretado a la luz del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

317. Es así que se invierte la carga de la prueba y correspondía al Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados, que demuestren en este caso que existió alguna necesidad de utilizar la fuerza por parte de los oficiales que custodiaban a Eduardo Nicolás Cruz Sánchez. Sin embargo, en el presente caso el Estado no proporcionó ante esta Corte una explicación alternativa que sea verosímil y satisfactoria sobre la forma en la que Eduardo Nicolás Cruz Sánchez falleció en las zonas bajo el control exclusivo del Estado. Los elementos indicados por el Estado en cuanto a que Cruz Sánchez habría estado en posesión de una granada en

la mano [...] no logran desacreditar la convicción generada por la evidencia suficiente y variada que indica que la muerte de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez se produjo cuando se encontraba en manos del Estado en calidad de *hors de combat* y como consecuencia de un disparo realizado cuando el cuerpo permanecía casi inmóvil, en contradicción con los principios del derecho internacional humanitario aplicables [...].

318. Las autoridades judiciales peruanas llegaron a igual conclusión, al determinar que “fue muerto luego de ser detenido” una vez que los ambientes de la residencia ya habían sido dominados y los rehenes habían sido evacuados [...]. De este modo, es posible concluir que se trató de una ejecución extrajudicial [...].

V. JUSTICIA CONSTITUCIONAL, ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y USO LETAL DE LA FUERZA

En el plano normativo, el artículo 137° de la Constitución Política del Perú permite la posibilidad de que el Presidente de la República pueda decretar el estado de emergencia o de sitio, precisando en el caso del primero los derechos humanos que pueden ser objeto de restricción o suspensión. No obstante, como se tiene conocimiento, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de tal norma suprema ha establecido que los derechos reconocidos en ella se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros tratados sobre la materia ratificados por el Estado peruano. He de ahí que para comprender los alcances de tal dispositivo

constitucional tengamos que recurrir al artículo 27° de la CADH, el cual establece qué derechos no pueden ser objeto de restricción en tales situaciones excepcionales.

Al respecto, podríamos señalar que resulta válido aplicar las reglas del DIH frente al uso de la fuerza letal cuando se está en un conflicto armado internacional (en adelante, CAI) o no internacional (en adelante, CANI), siendo correcto que en tales supuestos –según el ordenamiento nacional– se declare el correspondiente estado de excepción. Asimismo, será la legislación nacional la que determine las reglas en las cuales se puede realizar el uso de la fuerza letal en supuestos distintos, de conformidad no solo con el ordenamiento nacional sino con el interamericano de protección de derechos humanos.

Sobre ello, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la competencia de las Fuerzas Armadas para el uso de la fuerza letal en el marco del restablecimiento del orden interno y su relación con el DIH. Al respecto, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 2-2008-PI/TC, se hizo el análisis de validez de la segunda parte del primero y segundo párrafos del artículo 7° de la hoy derogada Ley N° 29166, mediante la cual se establecen las reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional.

Asimismo, conviene precisar que los cuestionamientos expuestos por la parte demandante principalmente estuvieron centrados en (i) la falta de legitimidad de las Fuerzas Armadas para intervenir en situaciones distintas a las sustentadas en declaratorias de estados de emergencia y (ii) la oportunidad en las cual se puede realizar legítimamente el uso de la fuerza letal.

Frente a lo precisado, el Tribunal Constitucional advirtió un problema considerable en parte de la redacción del artículo 7° de la ley en mención, toda vez que el mismo, si bien no se refería expresamente a un conflicto armado interno, utilizaba términos propios del DIH. En ese sentido, el mencionado órgano jurisdiccional mencionó lo siguiente:

60. El principal problema de esta norma es que confunde instituciones propias del Derecho Internacional Humanitario relativo a la conducción de hostilidades en conflictos armados con el uso de la fuerza en situaciones de disturbio o tensiones internas, en la cual es el derecho Internacional de los Derechos Humanos el marco jurídico aplicable.

61. Esta situación lleva a que nuevamente el legislador haya formulado una confusión entre las funciones de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, reconocidas en los artículos 165° y 166° de la Constitución Política. Esto debido a que los términos “en cumplimiento de la misión asignada”, “acto hostil” e “intención hostil” son figuras propias de los Convenios de Ginebra que no resultan aplicables sino en el marco de un conflicto armado.

Conforme a lo señalado, para el Tribunal Constitucional cuando se usa la fuerza ante disturbios o tensiones, se aplican los parámetros del DIDH, mientras que en el caso de conflictos armados se realiza lo propio, pero con el DIH.

Por otro lado, el Máximo Intérprete de la Constitución, al analizar la inconstitucionalidad por conexidad del literal e) del artículo 5° de la Ley N° 29166, el cual

establecía la obligatoriedad del personal militar de aplicar las Reglas de Empleo de la Fuerza al asignarse órdenes para una misión orientada a su participación en acciones vinculadas con el orden interno, hizo la precisión que la interpretación de tal dispositivo tenía que tomar en consideración que las normas del DIH que establecen que el cumplimiento de órdenes de los superiores no es justificación para la no determinación de responsabilidad en contra del personal que lo ejecuta, en situaciones de manifiesta ilegalidad. Sobre ello, en la sentencia en mención se ha precisado:

72. El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos han establecido que el cumplimiento de órdenes superiores no exime de responsabilidad a la persona que lo ejecuta, más aún cuando estas son manifiestamente ilegales. Tanto el Estatuto del Tribunal de Núremberg (artículo 8°), como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículo 28°), entre otros tratados han reconocido esta regla que actualmente tiene el carácter de regla consuetudinaria en el Derecho Internacional.

71. En este caso, la interpretación de dicho principio de obligatoriedad para el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas reconocida en el artículo 5°, párrafo e) de la Ley No 29166 será constitucional en la medida que la orden no sea manifiestamente ilegal o contraria a la Constitución. Esto debido a que el personal militar tiene el deber de controlar las órdenes impartidas, tanto en un aspecto formal a fin de respetar la cadena de mando y los procedimientos establecidos en

los manuales y Reglas de Empleo de la Fuerza sino también en el ámbito de fondo o sustancial.

Adicionalmente, se analizó la inconstitucionalidad por conexidad del artículo 10° de la Ley N° 29166, el cual establecía que el Comandante de la operación está facultado para adecuar las reglas de empleo de la fuerza de acuerdo a las circunstancias o, entre otras razones, por la capacidad del enemigo, bajo los siguientes términos:

“74. En el plano jurídico, el Derecho Internacional Humanitario, a través de los Convenios de Ginebra y demás normas concordantes, emplea el término enemigo puesto que su propósito es regular la conducción de hostilidades en el marco de un conflicto armado. Sin embargo, la Ley en cuestión no regula la conducción de hostilidades que la Constitución ampara bajo la figura del estado de sitio sino la participación de las Fuerzas Armadas en estados de emergencia o en situaciones no contempladas bajo el estado de emergencia tales como el narcotráfico, el terrorismo o la protección de instalaciones estratégicas para el país.”

Conforme a lo señalado, resulta clara la postura diferenciadora que realiza el Tribunal Constitucional sobre los aspectos del uso letal de la fuerza que pueden ser regulados bajo la lógica del DIH o del DIDH. En ese sentido, conforme al Ordenamiento Humanitario, el referido órgano jurisdiccional cerró cualquier posibilidad de aplicar las normas del DIH a supuestos distintos a los CANI y CAI.

La Ley N° 29166, que fue objeto de cuestionamiento por medio del proceso de inconstitucionalidad indicado, fue derogada

por el Decreto Legislativo N° 1095. No obstante, esta última norma fue también materia de un proceso de inconstitucionalidad (Expediente N° 22-2011-PI/TC), en el cual el Tribunal Constitucional realizó diversas precisiones referentes a la pertinencia de la aplicación del DIH a las normas que regulaban el uso de la fuerza letal.

Al respecto, parte de las normas cuestionadas del Decreto Legislativo en cuestión fueron las siguientes:

“Artículo 5.-

[...]

5.1. Cuando la actuación de las Fuerzas Armadas en Estado de Emergencia se orienta a conducir operaciones militares para enfrentar la capacidad de un grupo hostil o elemento de este, rigen las normas del Derecho Internacional Humanitario [...].”

“Artículo 3.-

[...]

f. Grupo hostil.- Pluralidad de individuos en el territorio nacional que reúnen tres condiciones: (i) están mínimamente organizados; (ii) tienen capacidad y decisión de enfrentar al Estado, en forma prolongada por medio de armas de fuego, **punzo cortantes o contundentes en cantidad**; y, (iii) participan en las hostilidades o colaboran en su realización.” [Énfasis agregado]

Uno de los cuestionamientos radicaba en que la definición de grupo hostil precisado en el artículo 3° impugnado no se contraba acorde con el DIH. Sin embargo, el Tribunal Constitucional precisó que para que el actor de un CANI pueda ser considerado como grupo armado debería cumplir

con determinados requisitos³⁰ recogidos en el DIH que, si bien pareciera que tal identidad no se evidencia de la sola lectura del literal f) del artículo 3º, no es menos cierto que el artículo 5º del Decreto Legislativo cuestionado sí establece de forma expresa que debe tomarse en cuenta lo establecido en el DIH³¹.

Por otro lado, y a diferencia del extremo anteriormente indicado, para el Tribunal Constitucional, el literal f) del artículo 3º cuestionado sí resultaba inconstitucional en el extremo que definía como una característica del grupo hostil el que se valga de armas punzo cortante o contundentes para enfrentar al Estado. Ante ello, el supremo intérprete de la Constitución Política del Perú precisó:

374. [...] En concreto, a juicio de este Tribunal, el enunciado dispositivo “punzo cortantes o contundentes en cantidad” resulta incompatible con la exigencia del DIH según la cual “el tipo de armas u otro material militar utilizado, así como el tipo de fuerza empleado, deben ser idóneos para generar hostilidad militar”. Así pues,

resulta evidente que armas de tipo “punzo cortantes” o “contundentes” no reúnen las características que permitirían dotar a quienes las portasen de una potencia armada objetivamente superior a la de la policía, puesto que estos están autorizados a portar armas de fuego y cuentan con entrenamiento.

375. Si a lo anterior se le suma, como se ha desarrollado supra, la lógica de excepcionalidad y temporalidad que caracteriza a cualquier uso de la fuerza, resulta desde todo punto de vista desproporcionado autorizar el recurso a las FFAA para reprimir a un grupo de personas que, en función de los medios que emplean, son incapaces de representar “hostilidad militar”. En tales casos será siempre la PNP la encargada del control del orden interno.

Conforme a lo precitado, los instrumentos punzo cortantes o contundentes en cantidad no pueden ser considerados como idóneos para generar hostilidad militar y por ende, jamás puede ser tomado como criterio para calificar a un grupo como grupo hostil y, que, se apliquen las reglas del DIH.

30 “368. Para que el actor de un CANI sea calificado como grupo armado debe cumplir determinados requisitos, tales como:

- (i) Estar conformado por un número suficiente de personas;
- (ii) tener un grado suficiente de organización y estar bajo la dirección de un mando responsable identificable;
- (iii) el tipo de armas u otro material militar utilizado, así como el tipo de fuerza empleado, deben ser idóneos para generar hostilidad militar;
- (iv) debe ejercer control sobre alguna parte del territorio nacional;
- (v) tener capacidad suficiente para planificar, coordinar y llevar a cabo hostilidades militares; y,
- (vi) tener capacidad para expresar una posición común, negociar y concertar acuerdos tales como el cese del fuego o el acuerdo de paz.”

31 Fundamento N° 370.

Finalmente, el Tribunal Constitucional precisó en los últimos fundamentos de su sentencia, y en consideración del Ordenamiento Humanitario, que los dispositivos cuestionados de la ley en mención no se refieren al ejercicio del derecho a la reunión o participación y, por ello, en tales situaciones no se aplican las disposiciones del DIH³².

VI. CONCLUSIONES

El DIH y el DIDH se encuentran en íntima relación al buscar optimizar el principio de humanidad. Sin su perjuicio, por una cuestión de especialidad, el DIH es aplicable a las situaciones en las que se desarrollan conflictos armados.

He de ahí que la Corte IDH se ha valido del DIH para dotar de contenido a los derechos reconocidos en la CADH, en

situaciones de conflictos armados, sin que ello implique la determinación de responsabilidad del Estado por la vulneración de las normas humanitarias, lo cual resulta correcto. Ta criterio también ha sido aplicado en el caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú, en el cual la Corte IDH tomó en consideración lo resuelto por los tribunales internos y determinó que se vulneró el derecho a la vida de una de las presuntas víctimas, valiéndose de las normas del DIH.

En lo que concierne a la Justicia Constitucional peruana, el Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamientos sobre la validez de normas internas tomando en consideración las normas del DIH que se incorporan al bloque de constitucionalidad, por medio de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

32 Fundamentos N°s 377 al 383.

Luis Antonio Rocca Erquiaga¹

LAS EMPRESAS MILITARES DE SEGURIDAD PRIVADAS Y EL DOCUMENTO DE MONTREUX

SUMARIO: I. CONCEPTOS PRELIMINARES; II. LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADAS (EMSP) O COMPAÑÍAS MILITARES PRIVADAS; III. EL DERECHO INTERNACIONAL FRENTE A LAS COMPAÑÍAS MILITARES PRIVADAS Y LOS MERCENARIOS; Y IV. EL DOCUMENTO DE MONTREUX.

RESUMEN

El autor aborda el tema de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas, su auge en los últimos tiempos, su empleo diverso después de la guerra fría y la aplicación del Derecho Internacional Humanitario a sus actos, que no procede si actúan militarmente en un conflicto armado. Para regular de alguna forma la actuación de esas Empresas, el gobierno suizo y el Comité Internacional de la Cruz Roja, con el consenso de 17 Estados, tomaron la iniciativa de generar un marco regulatorio internacional a través del llamado “Documento de Montreux”, que analiza someramente, desvirtuando la creencia que esas Empresas actúan en un vacío legal.

ABSTRACT

The author addresses the issue of private military and security companies, its boom in recent times, its diverse employment after the cold war and the application of international humanitarian law to its acts, which does

1 Coronel del ejército peruano. Director del Centro de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de las Fuerzas Armadas.

not proceed if they act militarily in an armed conflict. To regulate in some way the actions of these companies, the Swiss Government and the International Committee of the Red Cross, with the consensus of 17 States, took the initiative to generate an international regulatory framework through the so-called "Montreux document", which the article analyzes briefly, distorting the belief that these companies act in a loophole.

I. CONCEPTOS PRELIMINARES

Parece una figura extinta, pero es una realidad que las privatizaciones de la defensa cada vez tienen más protagonismo dentro de la seguridad global, pues en estos tiempos de conflictos se vislumbra como una actividad enormemente atractiva, tanto para empresas como para individuos. Por ejemplo, sólo en la primera década del siglo XXI el mercado de ejércitos privados se disparó hasta convertirse en un negocio que mueve más de 100.000 millones de dólares.

El recurso a empresarios privados en tiempo de guerra no es algo nuevo. La historia refleja que, desde tiempos remotos, se han contado con "ejércitos contratados", o llámese "compañías de mercenarios" con una habilidad o capacidad especial, estando presentes en la mayoría de los conflictos bélicos hasta el siglo XIX aproximadamente.

Su paulatina desaparición estuvo motivada por el creciente poder de los estados, especialmente europeos, que ya no necesitaban de sus servicios al disponer tanto de dinero como de hombres para desarrollar las tareas que realizaban dichos mercenarios.

La situación de "desmercenarización" de los conflictos, continuó hasta el cambio radical que tuvo el mundo al final de

la Guerra Fría. La desaparición de la URSS hizo que el gran conflicto entre estados de los últimos cincuenta años acabase de un día para otro, pero no por ello desaparecieron otros conflictos que habían estado mimetizados por la inmensidad de las tensiones EEUU-URSS. A finales del pasado siglo, las desmovilizaciones militares y la reducción de los gastos militares en medio mundo fueron enormes. Ya no era necesario tener grandes ejércitos preparados día y noche para entrar en una guerra, sino que las necesidades ahora residían en ejércitos pequeños y de gran calidad gracias a la tecnología. En este contexto es cuando empiezan a surgir las compañías militares privadas, especialmente en Norteamérica, mientras que en otras partes del mundo, como en los países en vías de desarrollo, resurge la figura del mercenario.

Los términos "compañías militares privadas" y "mercenarios", aunque en ciertos momentos lleguen a estar muy próximos, son dos conceptos distintos.

La Real Academia Española define mercenario como "Dicho de una tropa: Que por estipendio –por dinero– sirve en la guerra a un poder extranjero". En otras palabras, mientras el soldado, que representa a su nación, está dispuesto a luchar por una causa que es de su comunidad o país, el mercenario lucha para un poder que no es el de su país sino el de cualquier otro solamente con ánimo de lucro, sin un estatus legal reconocido en ningún país y cuyo grado de especialización se deriva más al combate. De allí que sean conocidos también como "soldados alquilados".

En cambio, las compañías militares privadas son empresas dedicadas al ámbito de la seguridad y la defensa, cuyo grado de especialización en un servicio es muy alto y

normalmente trabajan con estados u organizaciones internacionales, en todo tipo de conflictos y escenarios, además de que sus tarifas no son precisamente baratas.

II. LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADAS (EMSP) O COMPAÑÍAS MILITARES PRIVADAS

En los llamados “conflictos de alta intensidad”, el simple despliegue de una fuerza militar o policial es algo complejo, laborioso y con mucho trabajo. Si ese despliegue se produce en un país que no es el propio, la dificultad y el trabajo aumenta aún más.

Es allí donde surgen las compañías militares privadas, como empresas que proporcionan bienes o servicios a fuerzas armadas o policiales en sus despliegues. Estas compañías están especializadas en todos los servicios que se necesitan antes, durante y después de un despliegue militar. Logística, telecomunicaciones, asesoría a mandos, guardia armada, protección de personas y objetos –como convoyes, edificios y otros lugares–, mantenimiento y explotación de sistemas armamentísticos, custodia de prisioneros, capacitación de las fuerzas y el personal de seguridad, vigilancia, enlace y cómo no, fuerza de combate, son ejemplos muy generales de lo que esas empresas facilitan a los ejércitos, bien de manera autónoma o bien de manera complementaria a las labores que el propio ejército o fuerza armada haga en esos aspectos.

Quienes están detrás de estas empresas o quienes trabajan para ellas a menudo son exmilitares de cierta especialización que se pasan al ámbito privado al licenciarse, muchas veces atraídos por los generosos sueldos que se cobran en dichas compañías, especialmente si se está desplegado en un escenario de conflicto.

También es necesario matizar que al ser tan amplio el ámbito de los servicios de seguridad y defensa, las compañías militares privadas son igualmente variadas. Existen desde las que sólo trabajan con telecomunicaciones o aprovisionamiento de suministros hasta las compañías que son verdaderos ejércitos privados, con helicópteros y vehículos blindados incluidos, además de un armamento ligero de última generación. Todas tienen cabida en multitud de operaciones que han sucedido alrededor del planeta en los últimos veinticinco años.

Por ejemplo, existen empresas militares privadas presentes en países como Irak y Afganistán, prestando servicios de escolta y entrenamiento, o en Colombia, pilotando aviones y helicópteros que localizan y destruyen los cultivos de coca. La mayoría de los contratistas y empresas de este tipo son de origen estadounidense, requiriendo una licencia especial otorgada por su gobierno para poder operar.

Hoy, el término «empresas militares y de seguridad privadas» (EMSP) se ha hecho común para referirse a firmas de compañías militares que son contratadas por Gobiernos, empresas u otros actores no estatales. El personal contratado por las EMSP es también conocido con el nombre de «contratistas». Es posible afirmar que las EMSP son entidades mercantiles con ánimo de lucro y legalmente establecidas; pues proporcionan, de forma abierta y mediante contrato, servicios ligados, directa o indirectamente, al uso de la fuerza armada a un número amplio de clientes, tanto de carácter público como privado; operan en áreas de conflicto armado o inestables en las cuales la acción del Gobierno responsable no está garantizada o es inexistente.

Un asunto relevante es precisamente la utilización del término «militar» para

referirse a algunas de las funciones que llevan a cabo estas empresas privadas: las implicaciones del uso de dicho vocablo están relacionadas con la controversia sobre la limitación de cuáles son las funciones que constituyen la médula de las competencias de los Estados.

Hoy el negocio privado de la fuerza armada vive una época de expansión formidable. Esta prosperidad solo es comprensible si se observan las múltiples ventajas que para sus clientes tiene el empleo de las EMSP. Para los Gobiernos de países occidentales, estas ventajas son variadas: posibilidad de desplegar con carácter inmediato a personal con alta especialización, ahorro económico y evadir limitaciones y responsabilidades constituyen algunas de ellas. También existen ventajas para otras organizaciones e instituciones, sobre todo cuando deben actuar en situaciones en las que la seguridad no se encuentra garantizada, esencialmente debido a la debilidad del gobierno local.

Pero al mismo tiempo, las actividades de las EMSP plantean recelos y controversias. Sus actuaciones, en algunos casos de gran repercusión internacional, han manchado su reputación y planteado dudas acerca de su conducta. Estos recelos se encuentran básicamente enraizados en la falta de control de las acciones de las EMSP y de sus empleados, la carencia de responsabilidad legal por los posibles delitos que estos lleven a cabo y la quiebra de ciertos principios éticos y morales ligados a los fundamentos del Estado de Derecho.

Por otro lado, es sabido que el Estado constituye el único agente en que se puede confiar para el debido control y autorización del uso de la fuerza, lo que constituye la justificación de su monopolio por parte

de los Gobiernos legítimos y su misión fundamental por encima de cualquier otra que puedan llevar a cabo; pero el proceso de privatización de la seguridad conduce al debilitamiento de los mecanismos tradicionales de control de la violencia. Todas estas incertidumbres y dilemas podrían ser minimizados a través de una robusta regulación de las actividades que las EMSP y sus empleados llevan a cabo. No obstante, el aumento exponencial del número de estas empresas, así como del volumen de su negocio, no se ha visto secundado por el desarrollo paralelo de los mecanismos de control necesarios por medio de un cuerpo legislativo sólido, ni a nivel internacional ni estatal. Ante esta situación, se ha apuntado repetidamente que subsiste un riesgo real en el hecho de que unas compañías privadas que actúan en zonas de conflicto o inestables, y que tienen la posibilidad de utilizar la fuerza letal, no se encuentren reguladas de una forma clara y efectiva

III. EL DERECHO INTERNACIONAL FRENTE A LAS COMPAÑÍAS MILITARES PRIVADAS Y LOS MERCENARIOS

Se debe tener presente que, tanto los empleados de las EMSP como los mercenarios, trabajan en escenarios donde se está desarrollando un conflicto armado o una situación de seguridad delicada. Asimismo, tanto unos como otros pueden ir armados, por lo que en un momento dado pueden ocasionar daños a terceros o verse envueltos en un combate real. De acuerdo a ello, ambos tienen un estatus jurídico reconocido ante el Derecho Internacional Humanitario (DIH), muy diferenciado.

Para los individuos contratados por una empresa, que esté contratada a su vez

por un Estado o una organización internacional para prestar un servicio determinado a sus fuerzas armadas, policía, asesores o cuerpo que sea (empleados de una compañía militar privada, contratista de seguridad privada, empresa militar privada, proveedores de servicios militares, etc.), el III Convenio de Ginebra de 1949, en relación al trato de prisioneros de guerra, establece el estatus que este tipo de empleados tienen en un escenario bélico y por tanto, el trato que deberían recibir en caso de ser capturados por fuerzas enemigas. Así, en el artículo 4.4 de este convenio se establece que:

“Son prisioneros de guerra, en el sentido del presente Convenio, las personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo: (...) las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan, teniendo éstas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar al modelo adjunto”

Entonces, partiendo de la figura de que las fuerzas armadas son aquellas que están activamente participando en combate, estos “proveedores” – que es todo lo que en este tratado se entiende por EMSP y sus sinónimos – no pueden participar en dicho conflicto combatiendo, sólo están autorizados por un país en guerra para acompañarlos y prestar sus servicios (excluyendo el combate directo). Por el contrario, si el contratista entra en combate será considerado como mercenario por los captores y perderá automáticamente los derechos derivados del

estatus de prisionero de guerra, cambiando su trato y estatus, lo cual está definido en el DIH, en el artículo 47 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949;

“1. Los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra.

2. Se entiende por mercenario toda persona:

a) que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado;

b) que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades;

c) que, tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas de esa Parte,”

De ello se deduce, que los contratistas que usen la fuerza en una guerra podrían ser considerados, según el DIH, como *combatientes ilegales*, por lo que al ser capturados serían privados de derechos que sí tienen los soldados de un ejército, juzgados y tratados como delincuentes comunes, e incluso sometidos a la pena capital, ya que debido a que no son ciudadanos de ninguna de las partes en conflicto, no podrían esperar ser repatriados al final de la guerra. El caso más conocido, tras la Segunda Guerra Mundial, se dio el 28 de junio de 1976, cuando un tribunal angoleño sentenció a muerte a cuatro mercenarios y a penas de prisión que oscilaban entre los 16 a los 30 años a otros nueve. Los cuatro condenados a muerte,

tres británicos y un estadounidense, fueron fusilados el 10 de julio de 1976.

Sin embargo, en algunos casos, el estatus jurídico de los contratistas militares es dudoso, ya que países como EE. UU. no son signatarios de la totalidad o parte de las convenciones internacionales que definen quién es un mercenario en caso de guerra y cuáles son sus derechos.

En otros casos, si las EMSP son compañías que ofrecen logística, mano de obra y otros servicios para fuerzas militares, sus contratistas son civiles autorizados para acompañar a las tropas en el teatro de operaciones.

El estatus legal de estos contratistas civiles depende de la naturaleza de su trabajo y su nacionalidad con respecto a los combatientes. Se encuentran bajo la protección del IV Convenio de Ginebra y no pueden ser objeto de ataques, salvo en caso de que participen directamente en las hostilidades y mientras dure dicha participación.

IV. EL DOCUMENTO DE MONTREUX

En algunos círculos, las EMSP se consideran un elemento indispensable de las operaciones militares. Desde el fin de la Guerra Fría, la demanda de EMSP ha aumentado hasta tal punto que se han convertido en un sector pujante con una mayor oferta de servicios, algunas incluso con más de 10.000 empleados. Se podría decir que, por su envergadura y la gama de servicios que prestan, constituyen un fenómeno totalmente nuevo.

Las deficiencias de la legislación internacional obligan a analizar cuáles son las opciones posibles para mejorar la regulación de las EMSP. Algunos promueven una mejora en las leyes internacionales

en contra del reclutamiento y uso de mercenarios, de tal manera que pudieran ser aplicadas sobre los contratistas y así lograr una absoluta prohibición de la industria. No obstante, como ya ha sido apuntado, el hecho de que algunas naciones utilicen, sin ningún reparo, los servicios de las EMSP y la dificultad de aplicación de las leyes anti mercenario hace casi imposible la validez de esta alternativa.

La comunidad internacional, como respuesta a la necesidad humanitaria de abordar este fenómeno, ha impulsado múltiples iniciativas diplomáticas para establecer cuál es y cuál debe ser el papel de las EMSP dentro de los conflictos armados actuales. Dado que su personal va armado y que en su cometido se contemplan actividades que se acercan a las de combate, pueden significar eventualmente una amenaza para la población local, además de que corren el riesgo de sufrir ataques.

Hasta ahora, las EMSP apenas se habían tenido que someter al control de los Estados, no existiendo una normativa internacional específica que las regulase. Aunque el DIH sí les es aplicable, se consideró necesario especificar las normas que les incumben y ofrecer asesoramiento práctico sobre cómo tratar con ellas.

Esto motivó que el Gobierno de Suiza y el Comité Internacional de la Cruz roja (CICR), con el consenso de 17 Estados (Alemania, Angola, Australia, Austria, Canadá, China, Estados Unidos de América, Francia, Irak, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Sierra Leona, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Ucrania), el 17 de Setiembre de 2008, lleve a cabo una iniciativa para clarificar el marco regulatorio internacional aplicable a estas empresas, a través de la firma del Documento de Montreux, el cual articula claramente las

obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y buenas prácticas para los Estados relativas a operaciones de las compañías militares y seguridad privadas durante un conflicto armado, y desmonta la creencia generalizada de que los contratistas privados actúan en un vacío legal.

El Documento de Montreux es de carácter intergubernamental, cuya finalidad es promover el respeto del DIH y las normas de Derechos Humanos (DDHH), siempre que las EMSP estén presentes en los conflictos armados. No es jurídicamente vinculante, sino que más bien constituye una recopilación de las obligaciones jurídicas internacionales y buenas prácticas. Además, se abstiene de tomar partido sobre la cuestión de la legitimidad y conveniencia de recurrir a las EMSP en los conflictos armados, un tema de debate sin duda importante y necesario. El Documento de Montreux se divide en dos partes principales:

1. La primera parte identifica las obligaciones pertinentes en las normas internacionales de DDHH y de DIH para los Estados, en particular para los Estados contratantes, territoriales y de origen. También aborda las responsabilidades de las EMSP y su personal, así como la responsabilidad de los superiores. Resalta las 27 leyes internacionales existentes que son de obligado cumplimiento por los Estados, las EMSP y sus empleados en situaciones de conflicto armado.
2. La segunda parte describe las buenas prácticas para la regulación estatal de las EMSP. Esto incluye el establecimiento de regímenes regulatorios transparentes, los términos para la concesión de licencias y las medidas para mejorar la supervisión y la rendición de cuentas a nivel nacional.

Para asegurarse de que solo las EMSP capaces de cumplir con la normativa internacional de DDHH y DIH presten servicios. Se proponen 73 buenas prácticas en las áreas de capacitación, procedimientos internos adecuados y supervisión.

El Documento de Montreux establece, entre otras cosas, que:

1. Todo individuo debe respetar el DIH en cualquier actividad relacionada con un conflicto armado. El personal de las EMSP no es una excepción. Si cometen violaciones graves al DIH, como atacar a la población civil o maltratar a los detenidos, estarán incurriendo en un crimen de guerra que debe ser juzgado por los Estados. Aunque las empresas, como tales, no están sujetas a las obligaciones previstas en el DIH, sus empleados sí lo están.

Por otra parte, el DIH y las normas de DDHH también protegen al personal de estas empresas. La protección a la que tienen derecho dependerá del tipo de actividad que ejerzan, por ejemplo, la mayoría de los empleados de las EMSP desplegados en situaciones de conflicto armado actúan en calidad de civiles, en cuyo caso gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.

2. Los Estados que contratan a las EMSP pueden, en determinadas circunstancias, ser responsables de las violaciones cometidas por los empleados de esas empresas, en particular si estas desempeñan elementos de autoridad gubernamental o actúan bajo las instrucciones o el control de las autoridades estatales. En estos casos, las

normas aplicables al Estado, es decir, no quebrantar el DIH ni las normas de DDHH, son las mismas que si hubiera actuado directamente con sus propias fuerzas militares.

3. Los Estados también tienen la obligación de hacer que se respete la ley: deben velar por que se acate el DIH y, en la medida en que se apliquen a los conflictos armados, las normas de DDHH. Así pues, los Estados deberán adoptar las medidas oportunas para evitar que las EMSP violen el DIH o cometan infracciones que atenten contra los DDHH de las posibles víctimas, como exigir a las EMSP que investiguen a su personal y les proporcionen la formación necesaria. Los Estados también tienen la obligación de enjuiciar los crímenes de guerra y ciertas violaciones graves de las normas de DDHH.

Como se ha mencionado, el Documento de Montreux no crea obligaciones nuevas para los Estados, ni es un nuevo tratado internacional: las reglas reunidas en el Documento de Montreux se originan principalmente en la normativa internacional de los DDHH y del DIH que ya existe. Se esfuerza por garantizar que las EMSP cumplan con esta normativa internacional, en particular -pero no únicamente- cuando las EMSP están presentes en conflictos armados. Especialmente, las

buenas prácticas contempladas en el Documento de Montreux se pueden aplicar a una amplia gama de situaciones de conflicto y no conflicto, pues también ofrece indicaciones prácticas que son válidas para otros contextos.

Un ejemplo de actualidad sería la contratación de EMSP para proteger a los buques mercantes de los actos de piratería. Aunque la lucha contra la piratería se enmarca en el contexto del cumplimiento de la ley y no de un conflicto armado, las declaraciones relativas a la jurisdicción que figuran en el Documento de Montreux son igualmente pertinentes.

En conclusión, se podría decir que el Documento de Montreux, es un documento de suma importancia, ya que en el transcurso del tiempo puede ir constituyéndose como un marco jurídico que sea específicamente aplicable a las EMSP, de manera que quienes se empleen en éstas o las contraten sepan que hay unas obligaciones que actualmente no tienen un carácter vinculante, pero que podrían ir haciendo carrera como Derecho por costumbre, tal y como ha ocurrido con estatutos que no alcanzaron a nacer a la vida jurídica, como por ejemplo las Reglas de la Guerra Aérea de La Haya del año 1923, que nunca entró en vigor, pero que consagran principios que hoy se conocen y son considerados como Derecho consuetudinario por el DIH.

LAS ARMAS AUTÓNOMAS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS; II. ¿QUÉ SON LAS ARMAS AUTÓNOMAS Y QUÉ LAS HACE AUTÓNOMAS?; III. ¿POR QUÉ ES UN TEMA DE DEBATE EN EL DIH?; IV. LAS ARMAS AUTÓNOMAS COMO OBJETO DE ANÁLISIS DEL DIH; IV.1. LA COMPATIBILIDAD DE LAS ARMAS AUTÓNOMAS CON LAS NORMAS DEL DIH; IV.2. EL ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD POR LA VULNERACIÓN DEL DIH POR EL USO INADECUADO DE LAS ARMAS AUTÓNOMAS; IV.3. LAS ARMAS AUTÓNOMAS: LOS LÍMITES TECNOLÓGICOS Y EL DIH; V. CONCLUSIONES; Y VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El autor analiza las responsabilidades que pudieran generarse desde el Derecho Internacional Humanitario (DIH) por el empleo, durante un conflicto armado, de armas autónomas o armamento autónomo, vehículos no tripulados, drones o armas que pueden atacar o defenderse con cada vez menos intervención humana. Responde a la inquietud de los especialistas, si las normas actuales del DIH resultan suficientes para enfrentar la creciente tecnología de guerra y su aplicación en el campo de batalla o resulta necesario desarrollar nuevas normas.

ABSTRACT

The author analyses the responsibilities that could be generated from international humanitarian law (IHL) for employment, during an armed

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y candidato a Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Castilla-La Mancha (España).

conflict, autonomous weapons or autonomous armament, unmanned vehicles, drones or weapons that can attack or defend themselves with ever less human intervention. It responds to the concerns of the specialists, if the current rules of IHL are sufficient to confront the growing technology of war and its application on the battlefield or it is necessary to develop new rules.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El avance científico y tecnológico se ha manifestado en la automatización de las actividades humanas y el progreso del *software* diseñado para asistir al usuario en la toma decisiones y el cumplimiento de labores. El conflicto bélico tampoco ha sido ajeno a este proceso y, como resultado, el desarrollo de sistemas letales de armas autónomas (en adelante, armas autónomas o armamento autónomo), vehículos no tripulados o armas que pueden atacar o defenderse con cada vez menos intervención humana, ha sido una tendencia creciente de la que los drones son el ejemplo emblemático.

Sin embargo, este continuo crecimiento de la inteligencia artificial aplicada al campo militar ha motivado interesantes debates respecto a cómo podría afectar el desarrollo del conflicto armado y si estos cambios pueden ser subsumidos en el actual marco jurídico del Derecho Internacional Humanitario (en adelante, DIH), si es preciso realizar cambios de antemano para mitigar los

efectos innecesariamente dañinos de dichas armas, o si, como afirman los más pesimistas, debemos estar preparados para vernos superados por la crudeza de la guerra y el DIH en un contexto “post-humano”².

II. ¿QUÉ SON LAS ARMAS AUTÓNOMAS Y QUÉ LAS HACE AUTÓNOMAS?

El DIH se articula en base a ciertos elementos como: el combatiente, los objetivos militares, los medios (armas) y métodos (procedimientos) empleados, que derivan en principios tales como distinción, limitación y proporcionalidad³.

Los instrumentos utilizados en el marco de conflicto armado, y que coloquialmente se denominan armas o armamento, son agrupadas en el DIH bajo el concepto de medios de combate, y sobre los que rige el principio de limitación que impone restricciones al tipo de armas que pueden utilizar las partes en el conflicto armado, con la finalidad de evitar sufrimientos innecesarios y males superfluos⁴.

En relación con las armas y su carácter autónomo, es de mencionar que desde el siglo XVI se inventaron armas que, una vez instaladas, podían liberar su poder destructivo con mínima o sin intervención humana, por ejemplo, las primeras minas, posteriormente, esta capacidad evolucionó hasta que a fines del siglo XX nos encontramos ante una “autonomía” tecnológica relativa respecto a

2 Vik Kanwar, “Post-Human Humanitarian Law: The Law of War in the Age of Robotic Warfare”, *Harvard Journal of National Security* 2 (2011), 1-14.

3 José Luis Doménech Omedas, “Limitaciones al empleo del medio y métodos de combate: armas convencionales excesivamente dañinas o efectos indiscriminados. Residuos explosivos y proliferación de armas ligeras”, en *Derecho Internacional Humanitario*, editado por Rodríguez-Villasante y José Luis Prieto (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007).

4 Elizabeth Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario* (Lima, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2012), 68-69.

la intervención humana en funciones mucho más complejas como la navegación, procesamiento de información, fijación de objetivos, etc., y en el siglo XXI presenciamos como esta tendencia se intensifica.

Al respecto, desde la década de 1970 y 1980, se observó un ingente desarrollo de armas que se dividían entre las armas que pueden operar por sí mismas pero requieren de un operador que autorice el ataque, y las armas que podrían seleccionar y ejecutar un ataque con base solo en su programación, como, por ejemplo, los sistemas automáticos de defensa antiaérea⁵. Al respecto, si bien las armas del primer tipo han proliferado, las posibilidades de expansión de las armas del segundo tipo no son tan claros⁶, aunque algunos autores temen un tránsito del control remoto y los vehículos no tripulados a la plena autonomía de un arma que puede atacar sin autorización es tecnológicamente posible⁷.

En efecto, en el presente siglo se han multiplicado las variedades de los denominados sistemas de armas letales autónomas

(*Lethal Autonomous Weapons Systems*) que se ramifican en vehículos no tripulados, submarinos terrestres, y, los más conocidos, vehículos aéreos o drones⁸.

En principio, una definición elemental de las armas autónomas sería aquel armamento que puede desempeñar labores de alta complejidad, capaces de procesar información y adoptar una respuesta adecuada mediante procesos de “*decision-making*”⁹ con mínima o sin dirección externa (léase un operador humano), sino, fundamentalmente, a través de un sistema controlador (hardware y software)¹⁰. En tal sentido, una definición de las armas autónomas relativamente extendida es la siguiente:

“[...] Las armas autónomas (AW) como armas capaces de llevar a cabo una misión con intervención humana limitada o aún sin ella. Dependiendo del grado de implicación de la actividad humana, pueden ser semiautónomas o plenamente autónomas. Además, varía su letalidad. Estos sistemas son capaces de autopropulsión, procesamiento

-
- 5 Vincent C. Muller y Thomas W. Simpson, “Autonomous Killer Robots Are Probably Good News”, editado por Ezio di Nucci y Filippo Santoni de Sio, *Drones and Responsibility: Legal, Philosophical and Socio-Technical Perspectives on Remotely Controlled Weapons* (Londres, Routledge, 2016), 67.
 - 6 Avery Plaw y otros, *The drone debate: a primer on the U.S. of unmanned aircraft outside conventional battlefields* (Londres: Rowman & Littlefield, 2016), 200.
 - 7 Christian Enemark, *Armed drones and the ethics of war: military virtue in a post-heroic age* (Nueva York, Routledge, 2014), 98.
 - 8 Robert Sparrow, “Killer Robots”, *Journal of Applied Philosophy* 24, n.º 1 (2007), 62-63; véase también, Martha Isabel Hurtado Granada, “Los límites del DIH a las armas autónomas”, en *Revista Científica General José María Córdova* 15, n.º 20 (julio-diciembre 2017), 88-90.
 - 9 Charles François (ed.), *International Encyclopedia of Systems and Cybernetics*, Vol. 1 (Munich: De Gruyter, 2004), 51.
 - 10 Neil Davison, “A legal perspective: Autonomous weapon systems under international humanitarian law”, en United Nations Office for Disarmament Affairs, *Perspectives on lethal autonomous weapons systems*, UNODA occasional papers, n.º 30 (noviembre de 2017); véase también: George A. Bekey, *Autonomous Robots: From Biological Inspiration to Implementation and Control* (Cambridge, MIT Press, 2005), 1; Michael A. Goodrich y Alan C. Schultz, “Human-Robot Interaction: A Survey”, *Foundations and Trends in Human-Computer Interaction* 1, n.º 3, (2007), 217.

independiente, y una respuesta autónoma a las circunstancias.

Las AW van desde armas semiautónomas a completamente autónomas, dependiendo de la intervención del ser humano en el proceso de decisión [*man-in-the-loop*]. Adicionalmente, estas varían en su letalidad. Algunas AW operan de manera plenamente autónoma en actividades no letales, como vigilancia y reconocimiento [...] El diseño de las futuras AW les permitirá operar y alcanzar letalmente sus objetivos de manera autónoma, sin intervención humana alguna”¹¹.

Ahora bien, elaborar una definición acabada de las armas autónomas no deja de tener dificultades¹², porque se trata de definir un fenómeno tecnológico en constante evolución.

Además es necesario contextualizar la diferencia entre las armas autónomas y el resto de armas porque no se trata de una diferencia de especie sino de grado, pues ambos tipos de armamento son solo extremos de un continuo con diferentes grados de autonomía¹³ y que no supone una insalvable diferencia técnica y, en lo que al DIH se refiere, tampoco una insalvable diferencia jurídica.

En efecto, la necesidad de entender estos niveles de “autonomía” ha sido advertida por importantes instituciones como la Nasa, el MIT, el *US Army Science Board* y el *US National Institute of Standards and Technology* que proponen clasificar la tecnología autónoma, sea armamento o no, desde 8 hasta 11 escalas. De acuerdo a la escala propuesta por el *US National Institute of Standards* entidad, la escala más baja supone que el operador humano desarrolle toda la labor y la vuelque en una programación mientras que la escala más alta, el nivel 10, de la autonomía es la programación la que decide qué labor y cómo debe ser realizada, e incluso sobre si debe informar de su resultado al operador humano.

En lo relativo a las armas autónomas, las opciones para su independencia frente al operador humano, en el nivel teórico, coinciden a lo sumo con el nivel 7, esto es, la programación planea, prepara y ejecuta la acción bélica y solo comunica al operador humano de lo realizado, y, en el nivel práctico, solo hasta el nivel 5 o 6, la programación planea y prepara la acción bélica pero el operador humano decide si esta se ejecuta o, si ejecutándose, puede suspenderla¹⁴.

Así, la presencia del operador humano, al menos en un nivel estratégico¹⁵, todavía

11 Cesáreo Gutiérrez Espada y María José Cervell Hortal, “Sistemas de armas autónomas, drones y derecho internacional”, *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n.º 2 (2013), 3; Daniela Quelhas, “La prolifération de robots-tués. Quelques problèmes juridiques et éthiques”, *Sentinelles bulletin*, n.º 352 (16 de junio de 2013), p. 4; Mike Guetlein, *Lethal autonomous weapons – ethical and doctrinal implications* (Newport, Naval War College, 2005), accessible en: <http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a464896.pdf> (revisado el 21 de abril de 2018).

12 Tim McFarland, “Factors shaping the legal implications of increasingly autonomous military systems”, *International Review of the Red Cross* 97, n.º 900 (2015), 1317.

13 Ibid. 1316-1319.

14 Sharkey, “Towards a principle”; Peter Asaro, “On Banning Autonomous Weapon Systems: Human Rights, Automation, and the Dehumanization of Lethal Decision-Making”, *International Review of the Red Cross* 94, n.º. 886 (2012), 690.

15 Sharkey, “Autonomous weapons”, 30; Hurtado, “Los límites del DIH”, 90.

es indispensable para el despliegue de armas autónomas como, por ejemplo, lo señalan los manuales de las fuerzas armadas de EUA¹⁶ y el Reino Unido¹⁷. Por lo tanto, en este artículo, referirse a las armas autónomas no se dirige a aquel armamento que a un nivel teórico o en el futuro podría actuar con independencia plena del operador humano, sino al armamento que trasciende el control remoto, porque una vez desplegado puede procesar y responder a la información hasta el punto de estar listo para ejecutar el ataque, pero que necesita la autorización del ser humano para proceder con este.

III. ¿POR QUÉ ES UN TEMA DE DEBATE EN EL DIH?

Mencionar máquinas de guerra capaces de tomar decisiones en el campo de batalla para emular las acciones de los

propios combatientes con una mínima o sin intervención humana puede parecer el argumento de películas como Terminator, o la más sutil: Dr. Strangelove y su “dispositivo automático del fin del mundo”, y no una discusión propia del DIH; empero, aunque todavía no es un debate generalizado¹⁸, como se afirmó en el Parlamento británico, las armas autónomas han dejado de ser un monopolio de la ciencia ficción¹⁹ y, al contrario, han motivado voces de preocupación por parte de la ONU²⁰, la Cruz Roja Internacional²¹, el Parlamento británico en el 2017, organizaciones de la sociedad civil²² e importantes personalidades de la ciencia como Stephen Hawking y Elon Musk²³, quienes han llamado públicamente a la regulación y control de esta nueva tecnología.

Por supuesto, aunque esta tecnología evoluciona rápidamente todavía está lejos de alcanzar a sus contrapartes

- 16 “Autonomous and semi-autonomous weapon systems shall be designed to allow commanders and operators to exercise appropriate levels of human judgement over the use of force”, Departamento de Defensa de los Estados Unidos, *Directiva N°. 3000.09: Autonomy in Weapon Systems*, 21 de noviembre de 2012.
- 17 Cámara de los Lores de Reino Unido, 26 de marzo del 2013, acceso el 24 de abril de 2018, <<https://hansard.parliament.uk/Lords/2013-03-26/debates/13032658000808/ArmedForcesAutonomousWeaponSystems>>.
- 18 Plaw y otros, *The drone debate*, 203.
- 19 “Weapons that can kill without human instruction or accountability are not science fiction, but a worrying potential reality with huge moral consequences”. Cámara de los Lores del Reino Unido, 27 de noviembre de 2017, Véase las preguntas formuladas al Ministro de Defensa del Reino Unido, acceso el 23 de abril de 2018, <<https://hansard.parliament.uk/Commons/2017-11-27/debates/D4281191-DC11-4572-A591-D22C67AA0D17/LethalAutonomousWeapons>>.
- 20 Asamblea General de la ONU, *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial summary or arbitrary executions*, A/HRC/23/47 (9 de abril de 2013), acceso el 23 de abril de 2018, <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A-HRC-23-47_en.pdf>; United Nations Office for Disarmament Affairs, *Perspectives on lethal autonomous weapons systems*, UNODA occasional papers, n.º 30 (noviembre de 2017).
- 21 *Expert meeting on autonomous weapon systems: technical, military, legal and humanitarian aspects* (Ginebra: ICRC, 26 al 28 de marzo de 2014).
- 22 Véase los aportes en la materia de Human Rights Watch (<<https://www.hrw.org/topic/arms/killer-robots>>), el Comité Internacional para el Control de Armas Robóticas – ICRAC (<<https://www.icrac.net/>>), entre otros.
- 23 Stephen Hawking y otros, *Autonomous weapons: an open letter from AI and robotics researchers*, acceso el 23 de abril de 2018, <<https://futureoflife.org/open-letter-autonomous-weapons/>>.

cinematográficas²⁴ y la posibilidad de su uso de forma significativa en un conflicto armado, todavía está lejos; no obstante, con el avance tecnológico los sistemas automáticos continuarán desplazando o sustituyendo al ser humano en diversas funciones del conflicto bélico²⁵, lo que refuerza la actualidad de este debate y la necesidad de asegurar su uso conforme a las normas del DIH²⁶.

Ahora bien, el análisis de este punto desde el DIH se ha planteado dos cuestiones: i) que debido a su rápido desarrollo los juicios legales pueden quedar obsoletos en corto tiempo ante el avance tecnológico, ii) que el carácter auroral de esta nueva tecnología plantea dificultades para su análisis desde el DIH.

En efecto, la historia demuestra que el desarrollo tecnológico puede desbordar la regulación jurídica. Recuérdese, por ejemplo, el fallido intento de prohibir el bombardeo aéreo²⁷, en ese entonces realizado mediante globos; pero también la comprensión de los estrategas, piénsese en la aplicación de tácticas napoleónicas en la Primera Guerra Mundial.

Es así que el DIH, y el Derecho en general, van siempre a la retaguardia del

cambio tecnológico, por lo que las armas autónomas, como toda nueva tecnología, puede plantear dudas o vacíos en su regulación²⁸ que deberán ser complementados por la práctica y casuística, innovación y modificación de la normativa de la materia.

En todo caso, para el DIH no es extraño anticiparse a brindar reglas básicas sobre armamento que todavía no está óptimamente desarrollado o que no es utilizado de forma significativa, pero que plantea una potencial afectación de las normas del DIH, por ejemplo, las armas láser que fueron reguladas en el Protocolo sobre armas láser cegadoras²⁹.

Por consiguiente, se debe al menos debatir seriamente sobre las armas autónomas, y si es necesario emitir nuevas normas para su uso o si basta aplicar o modificar las normas ya existentes en el DIH³⁰ y en ese sentido, Tim McFarland señala:

“Es importantes que estas cuestiones sean abordadas en el futuro cercano, la magnitud esperada de los cambios en la conducción de hostilidades demanda al menos una investigación preventiva, y el incierto período de tiempo para ello representa un grado de urgencia. Además esta es una oportunidad única

24 McFarland, “Factors shaping the legal implications, 1314; Ludovic Righetti, “Civilian robotics and developments in autonomous systems”, en *Expert meeting on autonomous weapon systems: technical, military, legal and humanitarian aspects* (Ginebra: ICRC, 26 al 28 de marzo de 2014), 25.

25 Dan Saxon, “Autonomous Drones and Individual Criminal Responsibility”, editado por Ezio di Nucci y Filippo Santoni de Sio, *Drones and Responsibility: Legal, Philosophical and Socio-Technical Perspectives on Remotely Controlled Weapons* (Londres, Routledge, 2016), 17.

26 Plaw y otros, *The drone debate*, 203; Enemark, *Armed drones and the ethics of war*, 97; Hurtado, “Los límites del DIH”, 89.

27 Véase: Salmón, *Introducción*, 64-65.

28 Sharkey, “Autonomous weapons”, 29; Hurtado, “Los límites del DIH”, 87-88.

29 McFarland, “Factors shaping the legal implications, 1336.

30 Ibid. 1314 y 1339.

para los juristas de prepararse para el advenimiento de nueva tecnología militar, o incluso de influir en el desarrollo de los nuevos sistemas con anterioridad a que estos sean utilizados, en vez de solo señalar su uso inadecuado de manera posterior a los hechos”³¹.

IV. LAS ARMAS AUTÓNOMAS COMO OBJETO DE ANÁLISIS DEL DIH

Como se señaló en un acápite previo, las armas autónomas, como nueva tecnología armamentística, plantean una tensión entre características técnicas que le son únicas pero una naturaleza jurídica idéntica al resto de armas.

Estos dos elementos deberán tenerse en cuenta al analizar los puntos sobre los que trata este artículo: i) la compatibilidad de las armas autónomas como medios bélicos con el DIH, ii) el análisis de la responsabilidad personal por su uso inadecuado, y iii) los problemas tecnológicos actuales de las armas autónomas en relación con el principio de distinción y proporcionalidad del DIH.

IV.1. La compatibilidad de las armas autónomas con las normas del DIH

El DIH se articula en base a ciertos elementos como: el combatiente, los objetivos

militares, los medios (armas) y métodos (procedimientos) de combate, que derivan en principios tales como distinción, limitación y proporcionalidad³².

La regulación de los medios de combate o armamento se encuentra prevista fundamentalmente en el Derecho de La Haya, sin que se excluya la aplicación de algunas reglas del Derecho de Ginebra o del Derecho de Nueva York³³.

Sobre este punto, el DIH ha establecido de manera absoluta la utilización de ciertos tipos de armas o medios bélicos, como por ejemplo, el gas. Esta prohibición se sostiene sobre la imposibilidad de que estos medios se adecuen a las normas del DIH por lo que se impone una prohibición absoluta de su uso.

Ahora bien, en general, se ha prestado más atención al *modo* de hacer la guerra que a los *medios* para esta³⁴, pero ya desde la Declaración de San Petersburgo de 1868, se limitó el uso de ciertos tipos de armas al causar sufrimiento innecesario³⁵, y en el artículo 22 de la Convención II de la Haya (en adelante, la Convención II) y el artículo 35.1 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 (en adelante, el Protocolo I), asimismo se reconoce que existen limitaciones al uso de medios de combate y el artículo 23 de la Convención II y el artículo 35.2 del Protocolo I se

31 “It is important that those questions be answered in the near future; the expected magnitude of the changes in the conduct of hostilities demand at least precautionary investigation, and their uncertain timeline presents a degree of urgency. Also this is an all-too-uncommon opportunity for lawyers to prepare for the advent of a new military technology, or even influence development of new systems in advance of their being deployed, rather than attempt to address their misuse after the fact”. Ibid., 1315.

32 Doménech, “Limitaciones al empleo del medio y métodos.

33 Hurtado, “Los límites del DIH”, 91; Salmón, Introducción, 68-69.

34 “Las normas existentes han sido concebidas para ser respetadas por los combatientes, no por sus armas”, en: Hurtado, “Los límites del DIH”, 88-97.

35 Doménech, “Limitaciones al empleo del medio y métodos, 314.

excluye expresamente a algunos medios como el veneno o armas que causen males superfluos, el artículo 35.3 del Protocolo I agrega la prohibición de medios que afecten gravemente el medio ambiente³⁶.

Al respecto, la escasez y todavía etapa inicial de las armas autónomas favorece un marco regulatorio incompleto y limitado³⁷, aunque su producción deberá atenerse a las reglas del DIH vigentes³⁸, el DIH también ha establecido una obligación hacia futuro en el artículo 36 del Protocolo I, que prevé la obligación de analizar y adecuar los medios de combate en etapa de desarrollo al DIH:

“Artículo 36 - Armas nuevas

Cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante”.

De esta manera, difícilmente se puede afirmar que el bombardeo realizado por una arma autónoma, un dron u otro vehículo no tripulado activado a distancia y guiado con base en su programación, carezca de un marco jurídico o que este sea esencialmente

diferente al bombardeo realizado por la tripulación de una aeronave convencional. Inclusive aquellas armas autónomas que se encuentran en fase de experimentación deben observar las reglas del DIH.

No existe, por lo tanto, un supuesto de anomia o una diferencia sustancial sobre la regulación de las armas autónomas y no autónomas, pues, reiterando lo señalando en un acápite anterior, la naturaleza de unas y otras ante el DIH es accesoria y en ningún caso definitiva a nivel técnico ni jurídico, por lo que si bien no existe una prohibición absoluta del empleo de armas autónomas, sí es exigible su desarrollo y uso de acuerdo a las normas del DIH.

IV.2.El análisis de la responsabilidad por la vulneración del DIH por el uso inadecuado de las armas autónomas

Una de las primeras discusiones importantes motivadas por el auge de las armas autónomas y el futuro del conflicto bélico no se produjo en el DIH sino en el campo de la ética y filosofía moral. En efecto, en el artículo titulado *Killer robots*, el filósofo Robert Sparrow se planteó si era moralmente aceptable que un ente sin capacidad para realizar un juicio moral, un arma autónoma, pudiera decidir respecto a atacar con consecuencias mortales a un ser humano³⁹.

36 Ibid.

37 Hurtado, “Los límites del DIH”, 97; U.S. *Delegation Opening Statement*, presentado por Michael W. Meier (Ginebra, 2015), acceso el 23 de abril de 2018, <<https://geneva.usmission.gov/2015/04/15/u-s-opening-statement-at-the-ccw-informal-meeting-of-experts-on-lethal-autonomous-weapons-systems/>>.

38 Defense Advanced Research Projects Agency (Darpa). *Breakthrough Technologies for National Security*, acceso el 23 de abril de 2018, <<https://www.darpa.mil/attachments/DARPA2015.pdf>>.

39 Sparrow, “Killer Robots”, 62-63; véase también: John Sullins, “When is a robot a moral agent?”, *International Journal of Information Ethics* 6, n.º 23 (2006).

Como señalamos previamente, las armas autónomas han sido fabricadas y programadas por individuos y no pueden tomar dichas decisiones sin consultar a un operador humano⁴⁰.

Empero, una vez que se admite la posibilidad de utilizar armas autónomas de manera similar a la que se usaría armamento ordinario, también se abre la posibilidad de que estas sean utilizadas en contradicción con el DIH en un caso específico, lo que exige determinar la responsabilidad por dichas acciones.

En principio, en el DIH, como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho Penal Internacional, puede resultar necesario, por razones que no siempre derivan en una sanción, individualizar al responsable de la infracción o del acto antijurídico⁴¹.

¿Sería posible entonces, como afirma Sparrow, que el responsable del quebrantamiento del DIH sea la propia arma autónoma?, definitivamente, no.

Ello porque la premisa básica del DIH, un individuo que comete una infracción a las normas jurídicas, no cambia en relación con las armas autónomas, pero sí adquiere

particularidades derivadas de sus características tecnológicas.

En tal sentido, pese a la tendencia de antropomorfizar a la tecnología⁴² lo cierto es que una arma no deja de ser un medio de guerra por más avanzada que sea, por lo que la responsabilidad por las infracciones al DIH se podrá rastrear siempre a un ser humano; empero, el avance tecnológico de las armas autónomas sí plantea una variación accesorio en relación con la responsabilidad del operador del arma autónoma:

“[...] las capacidades autónomas de una máquina afectan directamente en primer lugar a sus supervisores y operadores, no necesariamente (en el caso de un arma) a aquellos a quienes está dirigida [...], el rol del operador es alterado de forma importante pero no eliminado; no existe tal cosa como una autonomía ‘completa’ ”⁴³.

La responsabilidad se alejaría de la base de la pirámide jerárquica (el soldado en tierra) para acercarse a su cúspide (el personal y mando estratégico que dan las órdenes para el despliegue de las armas autónomas) o inclusive podría recaer en los desarrolladores civiles de la programación de las armas autónomas.

40 Tim McFarland y Tim McCormack, “Mind the Gap: Can Developers of Autonomous Weapons Systems be Liable for War Crimes?”, U.S. Naval War College International Law Studies 90, n.º 361 (2014), 362, acceso el 22 de abril de 2018, <<http://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=ils>>

41 Ibid. Véase también: Salmón, *Introducción*, 65.

42 “An ‘autonomous’ drone would thus in a sense be less like an aircraft and more like a pilot who, knowing a mission’s objective, can keep flying and fighting without instructions from ground crew”. En: Enemark, *Armed drones and the ethics of war*, 99.

43 “[...] a machine’s autonomous capabilities directly affect primarily its supervisors and operators, not necessarily (in the case of a weapon) those against whom it is directed [...], the role of the operator is altered in important ways but not eliminated; there is no such thing as ‘complete’ autonomy”. McFarland, “Factors shaping the legal implications, 1323.

Por lo tanto, el desarrollo técnico no tiene una relevancia jurídica decisiva: “el comportamiento no se origina en las propias máquinas, sino en la mente de sus operadores”⁴⁴, pero como se mencionó anteriormente, sí desplaza parte de esta responsabilidad de los agentes decisores tradicionales (el soldado en el campo de batalla o el mando militar) a otros, poco asociados al DIH como los programadores o fabricantes del armamento autónomo⁴⁵, más aún cuando de ellos depende la actualización de la programación del arma autónoma a las reglas del DIH⁴⁶.

Así, las armas autónomas no necesariamente infringen el DIH, como sí lo hacen, por ejemplo, las armas que tienen efectos indiscriminados, ni generan “vacíos de responsabilidad” (“*accountability gaps*”), en la medida que los daños que pudiera causar será imputado al personal asignado para su producción o despliegue, pero sí se advierte un probable desplazamiento de responsabilidad que podría generar la denominada “dicotomía de responsabilidad” (“*accountability dichotomy*”) pues, dependiendo de la tecnología disponible para las partes en conflicto, habrán armas autónomas que una vez operando tendrán menos capacidad de

ser controladas remotamente o registrar su actividad para su posterior revisión⁴⁷, así: “en el caso de conflicto armado, decisiones en el campo (*situational decisions*) realizadas por los combatientes individuales serían reemplazadas con decisiones más generales tomadas por personas que definen el comportamiento de los sistemas autónomos”⁴⁸.

En general, las armas autónomas plantean cuestiones similares a aquellos de las armas no autónomas⁴⁹, lo que es claro es que incluso si un arma autónoma se convierte en el medio para el quiebre de las obligaciones en el DIH, este hecho deberá y podrá ser encausado a un sujeto moral y jurídicamente responsable⁵⁰.

Al respecto, la definición de “sistema autónomo” del Departamento de Defensa de EUA permite ahondar sobre este aspecto y enfatiza la posibilidad de que la responsabilidad recaiga sobre dos sujetos: i) el programador o desarrollador del software, y ii) el comandante de la misión⁵¹. Del mismo modo, el hecho de que los actos bélicos de las armas autónomas dependen de su programación, implica que habrá una mayor generalidad, pues los parámetros de esta programación serán establecidos conforme

44 “The behaviour originates not in the machines themselves, but in the minds of their developers”. Ibid. 1329.

45 Ibid. 1333.

46 McFarland, “Factors shaping the legal implications”, 1335; McFarland y McCormack, “Mind the Gap”, 361.

47 Saxon, “Autonomous Drones”, 17.

48 “In the case of armed conflict, situational decisions made by individual combatants would be replaced with more general choices made by people who define the behaviour of the autonomous systems”. McFarland, “Factors shaping the legal implications”, 1339.

49 Plaw y otros, *The drone debate*, 201; Saxon, “Autonomous Drones”, 17.

50 Enemark, *Armed drones and the ethics of war*, 90.

51 Enemark, *Armed drones and the ethics of war*, 105; McFarland, “Factors shaping the legal implications”, 1327.

con lo que decida la cúpula militar, de este modo la responsabilidad se aleja del soldado en el campo de batalla y se acerca a jerarquías militares más elevadas⁵².

En todo caso, inclusive si se alterase la tendencia actual y se produjeran armas autónomas en las que el operador humano pierde toda capacidad de control una vez que esta es desplegada, es decir, si se elimina la intervención humana o minimizarla hasta un nivel risible, ello mismo no significaría el quiebre de un vínculo de responsabilidad, porque implicaría el uso de armas sin posibilidad de que sean controladas en función de las normas del DIH, un supuesto también prohibido⁵³.

El personal que ordenó el despliegue de un arma autónoma deberá enfrentar responsabilidad en la medida que, consciente de las deficiencias en la selección de objetivos, utilizó un medio que no se adecuaba a las normas establecidas por el DIH (Protocolo Adicional I, artículos 48 al 59); o, de ser el caso, porque la indiferencia frente a estas deficiencias fue de tal magnitud que se convirtió su uso y derivó en un ataque indiscriminado (Protocolo adicional I, artículos 51.4, 85.3.b), lo que se complementa con la obligación de reprimir las infracciones del DIH de los jefes militares respecto a la observancia de las mismas normas (Protocolo adicional I, artículos 86 y 87).

En conclusión, en las armas autónomas también es un ser humano el que decide utilizarlas como medios de combate y con ellas adopta una acción bélica; el ser humano no pierde su responsabilidad legal y moral, ni el nexo causal con la potencial infracción del DIH⁵⁴ (menos aún en atención a su carácter antropocéntrico⁵⁵), así, en la práctica actual las armas autónomas no son “independientes” del control humano, sino que únicamente la relación de dirección y responsabilidad humanas y su relación con el hecho infractor son modificados en detalles no esenciales⁵⁶.

IV.3. Las armas autónomas: los límites tecnológicos y el DIH

A las cuestiones anteriores se suma que la acción bélica exige actuar de conformidad con el principio de distinción y de proporcionalidad, por lo que deberá analizar si el sujeto ante el que se encuentra puede ser calificado como un sujeto que participa activamente en las hostilidades o como un civil y, en el primer caso, evaluar el grado de fuerza que puede aplicar.

Aunque la capacidad del arma autónoma para determinar las características de potenciales objetivos se verá naturalmente beneficiada por el avance tecnológico, actualmente la tecnología con la que puede contar un arma autónoma para determinar

52 McFarland, “Factors shaping the legal implications”, 1335.

53 Ibid. 1336.

54 Sparrow, “Killer Robots”, 67.

55 McFarland, “Factors shaping the legal implications”, 1336.

56 McFarland, “Factors shaping the legal implications”, 1316 y 1326; Gary E. Marchant et al., “International Governance of Autonomous Military Robots”, *Columbia Science and Technology Law Review*, Vol. 12, 2011, p. 273; McFarland y McCormack, “Mind the Gap”, 366.

la legitimidad de un objetivo conforme al DIH es sumamente primitiva, más aún si las decisiones exigidas por el DIH implican la aplicación de criterios cognitivos que demandan una adecuada instrucción y experiencia, en medio del cambiante y confuso entorno del campo de batalla⁵⁷, y este es un aspecto en que las armas autónomas todavía no han superado por completo al combatiente humano:

“Esto se debe a que un arma de este tipo implicaría un gran despliegue tecnológico y enormes esfuerzos de programación, pues supondría que tuviera la capacidad de distinguir y discernir en múltiples circunstancias que suponen el uso de la razón humana; por ejemplo, distinguir a un combatiente armado de un campesino con una escopeta propia para la caza. Igualmente, supone que el arma sería capaz de realizar o diseñar estrategias que implican ventaja militar o emitir juicios relativos a la proporcionalidad militar en diversas situaciones, incluso en ambientes cambiantes”⁵⁸.

La necesidad de que las armas autónomas permitan al operador humano el mayor margen de tiempo posible para decidir o cancelar la acción bélica, y con ello garantizar de la mejor manera posible la observancia de las reglas del DIH, deberá considerar:

i) las restricciones a la autonomía del arma, ii) la capacidad de desactivar el carácter autónomo de estas armas por un control remoto si las circunstancias lo requieren, iii) la capacidad de monitorear la actividad del arma autónoma, iv) la capacidad de ordenar a las armas autónomas detenerse o modificar sus instrucciones, y v) la capacidad del *software* que gobierna este armamento para realizar todo lo antes señalado⁵⁹.

Ello conlleva a que incluso en condiciones ideales la capacidad de comunicarse y enviar órdenes a un arma autónoma, y el procesamiento de información enviada por esta, será deficiente en la medida de que las primeras podrán ser interferidas o sufrir desperfectos⁶⁰, o los controladores podrían no responder adecuadamente ante la velocidad y el volumen de la información proporcionada⁶¹.

V. CONCLUSIONES

La historia humana, y particularmente los siglos XX y XXI, han demostrado que el progreso científico de la civilización no nos ha librado del flagelo de la guerra sino que, al contrario, ha provisto de formas de aniquilación cada vez más avanzadas y terribles (entre las que se encuentran las bombas atómicas, las armas autónomas, etc.) que una vez desatadas tienen nefastas consecuencias, pero que, por la misma

57 Sharkey, “Autonomous weapons”, 29-30; Hurtado, “Los límites del DIH”, 89; Benjamin Kastan, “Autonomous Weapons Systems: A Coming Legal ‘Singularity’?”, *Journal of Law, Technology and Policy*, n.º 1 (2013), 60; McFarland, “Factors shaping the legal implications, 1335; Asaro, “On Banning Autonomous Weapon Systems”, 687.

58 Hurtado, “Los límites del DIH”, 90.

59 Saxon, “Autonomous Drones”, 18.

60 McFarland, “Factors shaping the legal implications, 1338.

61 Enemark, *Armed drones and the ethics of war*, 99; Sharkey, “Autonomous weapons”, 30.

razón, constituyen una incentivo para evitar recurrir a una solución bélica. Como agudamente advirtió Hannah Arendt que la estrategia militar basada en el desarrollo tecnológico es hacer que la guerra, como decisión racional, sea imposible:

“En otras palabras, los militares ya no se preparan para una guerra que los estadistas esperan que nunca inicie; ahora, su propio objetivo se ha convertido en desarrollar armas que hagan que la guerra sea imposible”⁶².

Las armas autónomas se insertan plenamente en dicho proceso, pues ofrecen una importante ventaja militar pero cuyo uso y sus posibilidades de desarrollo generan una inquietud que lleva a la necesidad de someter a esta nueva tecnología a las restricciones y normas del DIH. No obstante, aunque las armas autónomas se encuentran un paso más en el perfeccionamiento de la ciencia de la guerra, por esa misma razón pueden contextualizarse en un desarrollo continuo de industrialización y automatización del conflicto bélico⁶³.

Empero, dicha inquietud no debe cegarnos al hecho de que estas armas, aún con su novedad tecnológica, no escapan a las normas del DIH, en efecto, por muy avanzadas que sean se encuentran sometidas a las reglas generales sobre medios de combate, sin perjuicio, de normas específicas que pudieran expedirse.

Otro punto importante es valorar el estadio tecnológico actual de las armas autónomas, es cierto que en teoría podrían producirse armas autónomas con una independencia casi total de los operadores humanos (con capacidad para elegir y atacar objetivos militares sin dirección o autorización del operador), pero esta capacidad es todavía muy burda en la medida que la sola programación de un arma autónoma debería atacar sin atender elementos propios del principio de distinción o proporcionalidad del DIH.

Estas limitaciones, tanto tecnológicas, jurídicas e incluso de la opinión pública⁶⁴, pueden ser una de las razones de que las fuerzas armadas retienen todavía la potestad para decidir sobre la ejecución del ataque⁶⁵, por lo que las armas autónomas siguen dependiendo para su despliegue y utilización de un operador humano, lo que facilita y refuerza el hecho de que su observancia no depende de la programación del propio medio de guerra, sino del operador humano que lo utiliza y debe adecuarse a las reglas del DIH.

Sin embargo, lo anterior no supone ni debe suponer pasar por alto este tema que ya ha sido objeto de un análisis que conjuga la tecnología, el Derecho y la filosofía moral⁶⁶. Al contrario, esta materia debe ser objeto de un constante examen y actualización que en paralelo al desarrollo tecnológico,

62 “In other words, the military are no longer preparing for a war which the statesmen hope will never break out; their own goal has become to develop weapons that will make war impossible”. En: Hannah Arendt, “On the Revolution” (Londres, Penguin, 1990), 16.

63 Hurtado, “Los límites del DIH”, 91.

64 Enemark, *Armed drones and the ethics of war*, 101.

65 Departamento de Defensa de los Estados Unidos, *Directiva N.º 3000.09: Autonomy in Weapon Systems*, 21 de noviembre de 2012.

66 Asaro, “On Banning Autonomous Weapon Systems”, 688.

pues la tecnología que actualmente condiciona la utilización de las armas autónomas continuará evolucionando y planteando nuevas cuestiones que en el futuro, tal vez sí merezcan la emisión de un marco jurídico en la materia.

Así, si en el siglo XX asistimos a la aparición de submarinos capaces de surcar el

océano durante meses para hundir naves de superficie y que Julio Verne solo había imaginado en el siglo XIX. Análogamente, quizás, en un futuro debamos revisar a un escritor de ciencia ficción más contemporáneo, y plantearnos si las futuras armas autónomas que normas similares a las leyes de Asimov dejarán de ser también un monopolio de la ciencia ficción.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARENDT, Hannah. *On Revolution*. Londres, Penguin, 1990.
- ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial summary or arbitrary executions*, A/HRC/23/47 (9 de abril de 2013), acceso el 23 de abril de 2018, <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A-HRC-23-47_en.pdf>.
- ASARO, Peter. "On Banning Autonomous Weapon Systems: Human Rights, Automation, and the Dehumanization of Lethal Decision-Making". *International Review of the Red Cross* 94, n.º. 886 (2012): 687-709.
- BEKEY, George A. *Autonomous Robots: From Biological Inspiration to Implementation and Control*. Cambridge, MIT Press, 2005.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR). *Guía para el examen jurídico de las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos: Medidas para aplicar el Artículo 36 del Protocolo Adicional de 1977*. Ginebra: CICR, 2006.
- CÁMARA DE LOS LORES DE REINO UNIDO, 26 de marzo del 2013, <<https://hansard.parliament.uk/Lords/2013-03-26/debates/13032658000808/ArmedForcesAutonomousWeaponSystems>>.
- CÁMARA DE LOS LORES DEL REINO UNIDO, 27 de noviembre de 2017, Véase las preguntas formuladas al Ministro de Defensa del Reino Unido, <<https://hansard.parliament.uk/Commons/2017-11-27/debates/D4281191-DC11-4572-A591-D22C67AA0D17/LethalAutonomousWeapons>>.
- DEFENSE ADVANCED RESEARCH PROJECTS AGENCY (Darpa). *Breakthrough Technologies for National Security*, <<https://www.darpa.mil/attachments/DAR-PA2015.pdf>>.
- DEPARTAMENTO DE DEFENSA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Directiva N.º 3000.09: Autonomy in Weapon Systems*, 21 de noviembre de 2012.
- DOMÉNECH OMEDAS, José Luis. "Limitaciones al empleo del medio y métodos de combate: armas convencionales excesivamente dañinas o efectos indiscriminados. Residuos explosivos y proliferación de armas ligeras", en *Derecho Internacional Humanitario*, editado por Rodríguez-Villasante y José Luis Prieto. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007: 311-354.
- ENEMARK, Christian. *Armed drones and the ethics of war: military virtue in a post-heroic age*. Nueva York, Routledge, 2014.
- Expert meeting on autonomous weapon systems: technical, military, legal and humanitarian aspects*. Ginebra: ICRC, 26 al 28 de marzo de 2014.

- GUETLEIN, Mike. *Lethal autonomous weapons – ethical and doctrinal implications*. Newport, Naval War College, 2005, <<http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a464896.pdf>>.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo y María José Cervell Hortal, “Sistemas de armas autónomas, drones y derecho internacional”. *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n.º 2 (2013): 1-32.
- HAWKINGS, Stephen y otros. *Autonomous weapons: an open letter from AI and robotics researchers*, <https://futureoflife.org/open-letter-autonomous-weapons/>.
- HURTADO GRANADA, Martha Isabel. “Los límites del DIH a las armas autónomas”, en *Revista Científica General José María Córdova* 15, n.º 20 (julio-diciembre 2017): 85-100.
- GOODRICH, Michael A. y Alan C. Schultz. “Human-Robot Interaction: A Survey”. *Foundations and Trends in Human-Computer Interaction* 1, n.º 3, (2007): 203-275.
- KANWAR, Vik. “Post-Human Humanitarian Law: The Law of War in the Age of Robotic Warfare”. *Harvard Journal of National Security* 2 (2011): 1-14.
- KASTAN, Benjamin. “Autonomous Weapons Systems: A Coming Legal ‘Singularity?’” *Journal of Law, Technology and Policy*, n.º 1 (2013): 45-83.
- McFARLAND, Tim. “Factors shaping the legal implications of increasingly autonomous military systems”, *International Review of the Red Cross* 97, n.º 900 (2015): 1313-1339.
- McFARLAND, Tim y Tim McCormack, “Mind the Gap: Can Developers of Autonomous Weapons Systems be Liable for War Crimes?” *U.S. Naval War College International Law Studies* 90, n.º 361 (2014) : 361-385, <<http://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=ils>>.
- MULLER, Vincent C. y Thomas W. SIMPSON, “Autonomous Killer Robots Are Probably Good News”, en *Drones and Responsibility: Legal, Philosophical and Socio-Technical Perspectives on Remotely Controlled Weapons* editado por Ezio di Nucci y Filippo Santoni de Sio. Londres, Routledge, 2016: 67-81.
- PLAW, Avery, Matthew S. FRICKER y Carlos R. COLÓN. *The drone debate: a primer on the U.S. of unmanned aircraft outside conventional battlefields*. Londres: Rowman & Littlefield, 2016.
- QUELHAS, Daniela. “La prolifération de robots-tueurs. Quelques problèmes juridiques et éthiques”. *Sentinelles bulletin*, n.º 352 (16 de junio de 2013): 1-14, <http://www.sentinelles-droitinternational.fr/bulletins/a2013/20130616_bull_352/bulletin_sentinelle_352.php#543>.
- SALMÓN, Elizabeth. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Lima: Comité de la Cruz Roja Internacional, 2012.
- SAXON, Dan. “Autonomous Drones and Individual Criminal Responsibility”, en *Drones and Responsibility: Legal, Philosophical and Socio-Technical Perspectives on Remotely Controlled Weapons* editado por Ezio di Nucci y Filippo Santoni de Sio. Londres: Routledge, 2016.
- SHARKEY, Noel. “Autonomous weapons and human supervisory control”, en *Expert meeting on autonomous weapon systems: technical, military, legal and humanitarian aspects*. Ginebra: ICRC, 26 al 28 de marzo de 2014.
- , Noel. “Towards a principle for the human supervisory control of robot weapons”, en *Política & Sociedad*, n.º. 2 (mayo-agosto 2014): 1-16.
- SPARROW, Robert. “Killer Robots”, *Journal of Applied Philosophy* 24, n.º. 1 (2007): 62-77.

SULLINS, John. "When is a robot a moral agent?" *International Journal of Information Ethics* 6, n.º 23 (2006): 23-30.

UNITED NATIONS OFFICE FOR DISARMAMENT AFFAIRS, *Perspectives on lethal autonomous weapons systems*, UNODA occasional papers, n.º 30 (noviembre de 2017).

U.S. DELEGATION OPENING STATEMENT, presentado por Michael W. Meier (Ginebra, 2015), <<https://geneva.usmission.gov/2015/04/15/u-s-opening-statement-at-the-ccw-informal-meeting-of-experts-on-lethal-autonomous-weapons-systems/>>.

ZENKO, Micah. "Reforming U.S. Drone Strike Policies", en *Council Special Report* editado por Council on Foreign Relations, n.º. 65 (enero 2013), <https://cfrd8-files.cfr.org/sites/default/files/pdf/2012/12/Drones_CSR65.pdf>.

¿ES CONSTITUCIONAL

LA INFRACCIÓN DISCIPLINARIA DE EJECUTAR ACTOS QUE AFECTAN LA MORAL Y LA IMAGEN INSTITUCIONAL CONTENIDA EN LA LEY N° 29131?

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA; II. LA MORAL E IMAGEN INSTITUCIONAL COMO BIENES JURÍDICAMENTE PROTEGIDOS; III. LA MORAL E IMAGEN INSTITUCIONAL EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ EN COMPARACIÓN CON EL DE LAS FUERZAS ARMADAS; IV. SOBRE LA GARANTÍA DE LA TIPICIDAD DE LA CONDUCTA PUNIBLE, A MODO DE CONCLUSIÓN; V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

En este trabajo el autor analiza la constitucionalidad de la falta grave prevista en el ítem 2 del numeral II.11 del Anexo II de la Ley N° 29131, Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que califica como *infracción grave* que lesiona las reglas de *comportamiento/moralidad*, la conducta referida a *ejecutar actos que afectan la moral e imagen institucional*. Sostiene que se trata de una descripción vaga e imprecisa que atenta contra la garantía de tipicidad de la conducta punible.

ABSTRACT

In this paper the author analyzes the constitutionality of serious misconduct under item 2 of Clause II.11, Annex II, of Law N° 29131, Law of

1 Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional y candidato a Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Especialista en Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Política Judicial. Profesor de la Facultad de Derecho y de la Maestría en Derecho Procesal de la PUCP, así como de la Maestría en Derecho Procesal de la USMP. Socio Principal y Director del Área de Litigación del Estudio Javier Valle-Riestra, López Flores & Munar, Abogados. <llopez@jvr.pe>.

Disciplinary Regime of the Armed Forces Act, which qualifies as a serious offense that damages the rules of behavior / morality, the conduct referred to execute acts that affect the moral and institutional image. He argues that this is a vague and imprecise description violates the guarantee of typicality of the criminal offense.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el Perú no existe un marco normativo que regule de manera conjunta el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, existe uno para cada uno: la Ley N° 29131 y su modificatoria, el Decreto Legislativo N° 1145, que regula el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, por un lado; y, por otro, el Decreto Legislativo N° 1268 que regula el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú. El primero, data del año 2007 (y su modificatoria del año 2012) y, el segundo, es muy reciente puesto que fue promulgado en diciembre del 2016.

En ambos regímenes, la técnica legislativa de regular las conductas susceptibles de sanción ha consistido en consignarlas en sendos *anexos* de cada marco legal.

Pero en lo que concierne al bien jurídicamente protegido *moral e imagen institucional*, ambos marcos legales presentan notorias diferencias en su regulación. Así, el Decreto Legislativo N° 1268 ha sido mucho más prolijo en lo que concierne a describir cuáles son las conductas punibles que configuran infracciones leves y graves que, a su vez, lesionan dicho bien jurídico, en comparación con el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas que presenta, en mi opinión, evidente vaguedad e imprecisión, ocasionando no sólo que se trate de un tipo disciplinario flagrantemente

inconstitucional por ser violatorio del *principio de tipicidad*, sino que, además, se presente a arbitrariedades en su aplicación, dado el amplísimo margen de discrecionalidad.

En ese sentido, el propósito de este breve ensayo consiste en demostrar por qué la falta grave prevista en el ítem 2 del numeral II.11 del Anexo II de la Ley N° 29131, Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que califica como *infracción grave* la lesión de las reglas de *comportamiento/moralidad* al *ejecutar actos que afectan la moral e imagen institucional*, resulta ser absolutamente inconstitucional. Eso, por un lado. Y, por otro, planteo que este severo error en la regulación de la disposición legal analizada, merece una inmediata enmienda a nivel legislativo, puesto que es más que previsible que en la práctica debe estarse aplicando con suma arbitrariedad ante el alto nivel de discrecionalidad.

II. LA MORAL E IMAGEN INSTITUCIONAL COMO BIENES JURÍDICAMENTE PROTEGIDOS

Toda conducta es calificada como *punible* en la medida que lesiona *bienes jurídicamente protegidos*. Ahora, establecer cuál es la noción de *bien jurídicamente protegido* o *tutelado* por el Derecho Penal – Sancionador, resulta ser una tarea por demás difícil y que ha suscitado arduos debates doctrinarios, como bien anota KIERSZENBAUM (2009: 188). Sin embargo, siguiendo a este mismo autor (2009: 188 – 189),

“[E]l “bien jurídico” puede ser definido como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico. De la definición dada tenemos que el bien jurídico es un: a) interés vital que preexiste al

ordenamiento normativo, pues tales intereses no son creados por el derecho sino que éste los reconoce, y, mediante ese reconocimiento, es que esos intereses vitales son bienes jurídicos; b) la referencia a la sociedad determinada nos señala que ese interés que es fundamental en un determinado grupo social y en un determinado contexto histórico, puede no serlo en otro, por esa razón es discutible la idea de que existan intereses universales y eternos; c) la idea de que el bien es un interés reconocido por el ordenamiento jurídico nos lleva a preguntarnos qué rama del ordenamiento jurídico es la que “crea” los bienes jurídicos, es decir, la que reconoce intereses fundamentales, ¿lo es el derecho penal? La respuesta es negativa, ya que el derecho penal no crea bienes jurídicos, sino que se limita a sancionar con una pena a ciertas conductas que lesionan determinados bienes de cierta forma. El bien jurídico es creado (lo cual equivale a decir que el interés vital es reconocido) por el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”.

Pues bien, el artículo 168° de la Constitución señala que las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y *norman la disciplina* de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; con lo cual el constituyente ha derivado en el legislador ordinario la facultad de establecer cuáles son esos *bienes jurídicos* que

norman la disciplina que, sin duda, deberían tener articulación –directa o indirecta– con la finalidad primordial de las Fuerzas Armadas que dispone el artículo 165° de la *Magna Lex*: garantizar la *independencia*, la *soberanía* y la *integridad territorial* de la República.

¿Por qué la *moral* y la *imagen institucional* pueden ser catalogados *bienes jurídicos protegidos* por los regímenes disciplinarios?

En el “Manual de ética-profesional del personal militar de las Fuerzas Armadas del Perú”², se define a la *moral* de la siguiente manera:

“CONCEPTO DE MORAL

Es la ciencia que trata del bien en general, de las acciones humanas o de sus caracteres, en orden a su bondad o malicia. No pertenece al campo de los sentidos, por ser producto de la apreciación, del entendimiento o de la conciencia”.

Sin duda, es un concepto muy impreciso pero que, sin embargo, trasunta en diversas reglas del actuar ético-profesional del personal militar³. Es por ello que, recurriendo a algunas fuentes doctrinarias en materia militar, me parece interesante el siguiente planteamiento de MOLINER GONZALES (2007: 9):

“Quizá sea conveniente intentar establecer en primer lugar una distinción entre los términos de moral y ética, pues frecuentemente se utilizan ambos como sinónimos.

2 Disponible en: <<http://www.ccffaa.mil.pe/pdf/manual-codigo-etica.pdf>> Consultado: 17 de noviembre de 2017.

3 Por ejemplo, en el deber de excelencia personal y liderazgo, en el cumplimiento de la Constitución y las leyes, en los valores de respeto y sobriedad, entre otros.

Aunque ambas palabras se utilizan como sinónimos en la vida corriente, moral y ética se refieren a distintos niveles de reflexión. Moral tiene un valor normativo para orientar nuestra conducta, para que sea buena y justa, y se le suele atribuir un contenido próximo a creencias religiosas. Ética es la reflexión sobre los problemas que se plantean a la conducta cuando pretende ser moral.

La moral afecta a lo cotidiano, al desarrollo de la propia vida, al «quehacer» y por ello de los distintos conceptos atribuidos al término moral, interesa aquí remarcar el que considera la moral como: «Un conjunto de principios, preceptos, mandatos, prohibiciones, permisos, patrones de conducta, valores e ideales de vida buena que en su conjunto conforman un sistema más o menos coherente, propio de un colectivo humano concreto en una determinada época histórica».

En cuanto conducta humana efectiva de individuos y grupos, se habla de comportamiento práctico-moral. Ante la conducta a seguir en una situación concreta, al ser humano se le plantea un problema que es práctico y es moral, mientras que definir lo que es bueno con carácter general es un problema teórico y ético.

La conducta moral existe porque quién la ejecuta es responsable de sus actos y por tanto es una dimensión propia de individuos y colectividades, que permite al considerar ese sistema, ese código de conducta adoptado por un grupo humano, el que se pueda decir que una conducta ha sido correcta o incorrecta. La conducta habrá sido moral o inmoral y el juicio que determina esta cualidad es un juicio ético.

Por tanto, la conducta de un individuo que pertenece a un colectivo en cuanto miembro y componente profesional del mismo, en nuestro caso un militar, será moral o inmoral si se ajusta al código moral vigente en la profesión militar y a las normas, principios y valores en él contenidos”.

Y en cuanto a la noción de *imagen institucional*, no existe ninguna disposición concreta en el “Manual de ética-profesional del personal militar de las Fuerzas Armadas del Perú” que la defina. Sin embargo, algunos trabajos en nuestro medio (GARCÍA ESQUERRE, 2015: 56) que pueden servir para este propósito, la identifican con la *percepción* que se forma la colectividad respecto del quehacer de determinada institución a partir de sus resultados o de la labor de sus funcionarios y representantes.

III. LA MORAL E IMAGEN INSTITUCIONAL EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ EN COMPARACIÓN CON EL DE LAS FUERZAS ARMADAS

Como indiqué al inicio de este breve ensayo, el régimen disciplinario de la Policía Nacional del Perú es más reciente que la regulación actualmente en vigencia de las Fuerzas Armadas.

Pues bien, el régimen disciplinario de la PNP ha contemplado las infracciones leves, graves y muy graves en torno a cuatro *bienes jurídicamente protegidos*: la disciplina, el servicio policial, la imagen institucional y, finalmente, la ética.

Siguiendo, *grosso modo*, lo que puede entenderse por *moral militar*, sus contenidos trasuntan tanto en los bienes jurídicos *disciplina* y *ética* cuyas conductas están específicamente establecidas en aquellas que

son consideradas leves, graves y muy graves. Lo propio en lo que se refiere a *imagen institucional*, puesto que las conductas están específicamente detalladas en los apartados correspondientes a las faltas leves, graves y muy graves.

Pero en el caso concreto del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, lamentablemente la Ley N° 29131 y su modificatoria, el Decreto Legislativo N° 1145 del año 2012, presenta deficiente técnica legislativa. Los bienes jurídicamente tutelados aparecen dispersos en un índice en los cuadros que componen los Anexos de dicho marco legal. Se describen las conductas que lesionan esos *bienes tutelados*, sin embargo, en el caso concreto de aquella que me convoca, cual es la *ejecutar actos que afectan la moral e imagen institucional*, la imprecisión es bastante evidente.

En efecto, en principio habría que decir que en el “índice” del Anexo II, referido a las faltas graves, sancionadas con arresto simple y arresto de rigor, se señala “Conducta/Moralidad”. ¿Cuál es el bien jurídico tutelado?, ¿la Moralidad? Pareciera que sí, puesto que la redacción de la conducta sancionable señala que se trata de *actos que afectan la moral e imagen institucional*. Pero, ¿cuáles son esos actos? La ley no los describe. A diferencia del marco legal del régimen disciplinario de la Policía Nacional del Perú que describe una serie de conductas con regular precisión referidas a los bienes jurídicamente tutelados como la *disciplina, ética e imagen institucional*, no sucede lo propio con la Ley N° 29131 y su modificatoria, el Decreto Legislativo N° 1145. Y esto resulta ser absolutamente inconstitucional puesto que existe una alta discrecionalidad, no permitida por la garantía constitucional de la *tipicidad de la conducta punible*, como me encargaré de abordar a continuación.

IV. SOBRE LA GARANTÍA DE LA TIPICIDAD DE LA CONDUCTA PUNIBLE, A MODO DE CONCLUSIÓN

Toda conducta susceptible de sanción debe estar *tipificada* en la ley. Este es un principio basilar del Derecho Penal- Sancionador, consagrado en el literal d) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el fundamento 9° de la STC N° 00156-2012-HC/TC (caso Tineo Cabrera) dijo lo siguiente:

“El subprincipio de tipicidad o taxatividad es otra de las manifestaciones o concreciones del principio-derecho de legalidad que tiene como destinatarios al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales, administrativas o políticas, **estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo.**

Este principio exige la precisa definición de la conducta que la ley o norma con rango de ley considera como delito o falta, es decir, que **la vaguedad en la definición de los elementos de la conducta incriminada termina vulnerando este principio.** Igualmente en sede corporativa, la conducta considerada como falta debe encontrarse claramente prevista y tipificada en el estatuto de las personas jurídicas”. [Sustentado agregado]

Este criterio jurisprudencial guarda relación con lo que enuncia la Ley N° 29131 en su artículo IV del Título Preliminar cuando se refiere al principio de *tipicidad*, puesto que señala que las infracciones

disciplinarias son las *acciones u omisiones definidas en la ley como tales*. Sin embargo, las evidentes deficiencias en la redacción de la conducta prevista en el ítem 2 del numeral II.11 del Anexo II de la Ley N° 29131, Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que califica como *infracción grave* la lesión de las reglas de *comportamiento/moralidad* al *ejecutar actos que afectan la moral e imagen institucional*, determina que aquella resulte ser absolutamente inconstitucional.

Dicho de otro modo, la *vaguedad* con que está redactada la infracción contenida en el Anexo II.11, numeral 2, hace que aquella sea *inaplicable, impracticable* en situaciones concretas. Sería de muy fácil cuestionamiento por todos aquellos a quienes se les pretende aplicar dicha sanción

legal. Cualquier cuestionamiento a sanciones basadas en dicha disposición legal en sede de la justicia constitucional, tendría altísimas probabilidades de ser dejada sin efecto, puesto que el tipo legal aplicable, insisto, es contrario a la Constitución, ya que no supera el principio de tipicidad.

No obstante, la necesidad de describir con precisión en la ley sobre qué actos lesiona la *moral militar* y la *imagen institucional*, no solo debe responder al tan aludido principio de tipicidad, sino que constituyen aspectos medulares que impactan en la disciplina militar. Y es que esta última es la piedra angular del personal de las Fuerzas Armadas. Su observancia es lo que permite cumplir los fines constitucionales encomendados por el artículo 165° de la Constitución.

V. BIBLIOGRAFÍA

- COMANDO CONJUNTO DE LAS FUERZAS ARMADAS DEL PERÚ. 2005. “Manual de ética-profesional del personal militar de las Fuerzas Armadas del Perú”; En: <<http://www.ccffaa.mil.pe/pdf/manual-codigo-etica.pdf>>. Consultado: 17 de noviembre de 2017.
- GARCÍA ESQUERRE, Jorge Luis. 2015. “Demandas del siglo XXI con institución policial del siglo XX” La influencia del ordenamiento jurídico en el funcionamiento de la Policía Nacional del Perú: un análisis de las facultades legislativas para reformar la institución policial”. Tesis para optar el grado de Magister en Ciencia Política y Gobierno, mención en Gestión Pública; Lima: Repositorio PUCP. Véase en: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/6349/GARCIA_ESQUERRE_JORGE_LUIS_DEMANDAS.pdf?sequence=1>. Consultado: 17 de noviembre de 2017.
- KIERSZENBAUM, Mariano. 2009. “El bien jurídico en el Derecho Penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”; En: Lecciones y Ensayos, N° 86; Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- MOLINER GONZALES, Juan Antonio. 2007. “Aproximación al concepto de Moral Militar”; En: Boletín de Información (Ministerio de Defensa) N° 298 –Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (<<http://www.ceseden.es>>). Véase: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4199336>> Consultado: 17 de noviembre de 2017.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. 2012. STC N° 00156-2012-HC/TC (caso Tineo Cabrera).

EL PROCEDIMIENTO

ANTE LOS JUZGADOS DE POLICÍA LOCAL CHILENOS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. INICIO DEL PROCEDIMIENTO; III. INDAGATORIA: CONCEPTUALIZACIÓN, ALCANCES, CRÍTICAS; IV. LA DEMANDA CIVIL Y SUS NORMAS ESPECIALES DE EMPLAZAMIENTO; V. COMPARENDO DE ESTILO: CONTESTACIÓN, CONCILIACIÓN Y PRUEBA; VI. ETAPA DE RESOLUCIÓN: LA SENTENCIA; VII. RÉGIMEN DE RECURSOS; VIII. PETICIONES CAUTELARES; IX. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES QUE PRETENDEN RESPONSABILIDAD INFRACCIONAL; X. CONCLUSIONES; Y XI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El presente artículo repasa el procedimiento ordinario que se sigue ante los Juzgados de Policía Local de Chile, el cual resulta aplicable a los juicios por infracción a la Ley del Tránsito y a todas las demás materias de que conoce esta Judicatura, que no contemplen normas especiales, como ocurre con el procedimiento relativo a la Protección al Consumidor, que contempla un procedimiento diverso y amerita un estudio aparte. Como es nuestra costumbre, enfatizamos los problemas que surgen de la aplicación de ciertas normas legales y de ciertas prácticas arraigadas en esta Judicatura Municipal.

1 Magíster© en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina); Doctorando en Derecho por la misma Universidad; Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Arturo Prat, Iquique (Chile); Profesor de *Derecho Procesal*, Académico jornada completa en el Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de Tarapacá, Sede Esmeralda, Iquique (Chile). Correo electrónico: <luispriosm@gmail.com>. Sitio web <<http://luispatricio-riosmunoz.webnode.cl>>.

ABSTRACT

This article reviews the ordinary procedure in the Local Police Courts of Chile, applicable to trials for infraction of the Traffic Law and all other matters that this Judiciary knows, that do not contemplate special rules, as it happens with the procedure relative to the Protection to the Consumer that contemplates a diverse procedure and deserves a separate study. We emphasize the problems that arise from the application of certain legal norms and certain practices rooted in this Municipal Judicature.

I. INTRODUCCIÓN

La *función de policía*, también conocida por la doctrina como actividad de intervención o limitación, proviene del griego *polis* (considerado como sociedad organizada o gobierno) y de su derivado *politeia*, que se traduce como el fin general del buen gobierno del Estado, esto es, como deber ser de la polis².

De ahí que su significado actual implique que garantizar el mantenimiento del orden público a través de la limitación de los derechos de los administrados. En virtud de ello, resulta de toda lógica que los organismos jurisdiccionales destinados a preservar el orden dentro de un territorio limitado como es una comuna, sean llamados *Juzgados de Policía Local*, es decir, órganos jurisdiccionales encargados de mantener el orden dentro de la comuna.

Su naturaleza es mixta, pues en estricto rigor, desde el Juez de Policía Local hasta

el último de los miembros del Juzgado son funcionarios municipales. El primero es nombrado por el Alcalde, quien además le paga su remuneración, pero una vez designado, éste pasa a depender jerárquicamente de la Corte de Apelaciones del territorio competencial pertinente.

Como es de apreciar, la independencia de un Juez de Policía Local con respecto a la Municipalidad y del Alcalde competentes, no es tal. Pero ese es sólo uno de los muchos problemas que se generan en el procedimiento que analizaremos a continuación, que suele ser el de mayor regularidad ante esta Judicatura especial comunal.

II. INICIO DEL PROCEDIMIENTO

Ha de distinguirse aquí si el procedimiento se inicia a instancias de la autoridad competente o de un particular. Asimismo, cabe hacer presente que el Juez de Policía Local posee una competencia mixta (o como la denominan en Colombia, Juzgados Promiscuos), lo que implica que podrá conocer tanto de pretensiones civiles como penales (el conocimiento de pretensiones penales entregado a esta Judicatura, obedece a la de menor cuantía, conocida como infracción o contravención).

II.1. A instancia de autoridad competente

En el primer caso, el procedimiento se inicia por denuncia efectuada por la autoridad competente, a saber, funcionarios de Carabineros de Chile, Inspectores Fiscales,

2 LOO GUTIÉRREZ, Martín: "La función de policía en perspectiva histórica" en VV.AA.: *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*. Editores: Juan Carlos Ferrada Bórquez et al. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2016, p. 156.

o Inspectores Municipales³. Cada uno de ellos cuenta con facultades específicas para que en determinadas circunstancias puedan denunciar la infracción o contravención a la normativa comunal (ordenanzas municipales), de tránsito (Ley de Tránsito), o a otras disposiciones legales.

La citación es el acto jurídico procesal que reúne una doble naturaleza de acto de comunicación y de intimación, pues notifica la existencia de la denuncia y obliga a comparecer ante el Tribunal. La citación se hace por escrito, entregándola al infractor si se encontrare presente; si no lo estuviere, se le deja en lugar visible (parte empadronado). En rebeldía a la citación, tratándose de infracción a normas del Tránsito, se hará una segunda citación, esta vez por carta certificada que contenga: 1º) Individualización del denunciado; 2º) Ante qué Juzgado de Policía Local debe comparecer, día y hora; 3º) Falta que se le imputa; y, 4º) Denunciante.

II.2. A instancia de particular

En el segundo caso, cuando el procedimiento se inicia a instancias de un particular, el instrumento podrá tomar la forma de una denuncia particular, una demanda civil o una querella infraccional.

La denuncia particular, como enseña Alvarado Velloso, tiene la naturaleza de una instancia (el derecho de toda persona a dirigirse a la autoridad para obtener de ella una conducta determinada), consistente en

la comunicación que el particular hace a la autoridad de un hecho o acontecimiento determinado, para que esta última actúe en consecuencia⁴. Razón por la cual, el denunciante no tiene la calidad de parte, lo que explica que no pueda realizar postulaciones ni peticiones al Juez, tras presentar la denuncia.

La demanda civil y la querella infraccional, en tanto, conllevan una pretensión civil o penal, según sea el caso. En la generalidad de los casos, se presentará la demanda civil cuando la pretensión del actor sea de tipo indemnizatorio (reparación de daños o lesiones derivados de un accidente de tránsito, por ejemplo). Mientras que, la pretensión de la querella es que se sancione al sujeto pasivo a quien el querellante le imputa la autoría de infringir determinadas normas de conducta (como el pasarse una luz roja o no respetar el derecho de paso preferente de otro vehículo).

II.3. Formas de notificación

Una vez recibida la demanda, denuncia particular o querella, el Tribunal la pondrá en conocimiento del Sujeto Pasivo (demandado, denunciado o querellado), y fijará día y hora para celebración de la audiencia de contestación y prueba (Comparendo de Estilo). La notificación de la respectiva denuncia, querella o demanda, deberá hacerse de conformidad a lo dispuesto en el Art. 8 LPJPL, esto puede ser personalmente o en forma sustitutiva de la personal. Veamos:

3 ORELLANA TORRES, Fernando: *Manual de Derecho procesal 2, Procedimientos civiles ordinarios y especiales*. Librotecnia, Santiago, 2006, p. 471.

4 ALVARADO VELLOSO, Adolfo: *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2011, p. 25.

Personalmente se practica por receptor judicial, notario, oficial de Registro Civil, o funcionario municipal designado directamente por el Juez de Policía Local para tal efecto⁵, incluso en determinados casos calificados por ley. Esta actuación puede llevarse a cabo por un funcionario de Carabineros de Chile, para lo cual actúa este último como ministro de fe, al igual que los anteriormente nombrados. El ministro de fe entregará copia de la demanda, denuncia o querrela, y de la resolución del Tribunal firmada por el Secretario, al demandado, denunciado o querrellado.

Si no fuere habido en 2 días distintos, en su casa habitación o lugar donde pernocta o ejercer su industria, profesión o empleo, y certificado el hecho que el notificando se encuentra en el lugar del juicio y que es su morada o lugar de trabajo; el ministro de fe, sin necesidad de decreto previo del juez que lo autorice para ello, procederá a efectuar la notificación en forma sustitutiva de la personal, dejando las copias aludidas precedentemente a cualquier adulto que ahí se encuentre (entiéndase mujeres mayores de 12 y varones mayores de 14 años), o en su defecto la fijará en la puerta del lugar. Recalcamos la circunstancia de ser innecesaria la autorización de parte del Juez para practicar esta notificación, a diferencia de lo que ocurre con la notificación **por 44 CPC** en el procedimiento civil chileno de mayor cuantía.

III. INDAGATORIA: CONCEPTUALIZACIÓN, ALCANCES, CRÍTICAS

Existe un trámite que se lleva a cabo en los Juzgados de Policía Local, que no se encuentra establecido en la Ley, pero que la costumbre de esta Judicatura ha elevado a nivel de esencial: la *declaración indagatoria*. Así lo reconoce Ahumada, quien la justifica en la enorme importancia que tendría, pues permitiría al juez adquirir un conocimiento completo de los hechos sometidos a su conocimiento⁶.

Es costumbre arraigada en los Juzgados de Policía Local, que el trámite de la *declaración indagatoria* sea personal, no aceptando la declaración a través de mandatario. La mayoría de autores señala que este trámite solo procede en las causas iniciadas por citación o denuncia, en que se cita al denunciante a que ratifique los hechos que denuncia (en este caso se justifica, para dar seriedad a la denuncia); asimismo, se citará al denunciado para que exponga sus descargos (defensa).

Es también Ahumada, la primera en intentar una definición de este trámite esencial no reglado, describiéndolo como *la exposición verbal o escrita que hacen las partes involucradas en los hechos investigados*⁷. No obstante su encomiable intento, no compartimos su definición, porque no es una simple ni inocente exposición, ni es hecha por las partes involucradas, sino únicamente

5 Basta que el Juez respectivo, dicte la resolución y la comunique al Municipio respectivo, sin necesidad de que este último ratifique siquiera la designación mediante Decreto Alcaldicio u otro acto interno.

6 AHUMADA DURÁN, María Rebeca: *El procedimiento aplicado ante los Juzgados de Policía Local*. Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago, 2017, p. 89.

7 Ibídem, p. 90.

por el sujeto pasivo. En efecto, del nombre que se da a esta diligencia, se desprende que se trata de una confesión provocada por la autoridad (el Juez) dirigida al sujeto pasivo del procedimiento (denunciado, querellado o demandado), pues su finalidad es precisamente que el juez indague cuál es la versión de los hechos que tiene el sujeto pasivo, y que ha de contrastar con la dada por el denunciante, querellante o demandante.

Si bien se mira, se trata de una diligencia que atenta contra el *Principio de No autoincriminación*, consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José). En nuestro ordenamiento jurídico nacional, la Constitución garantiza que nadie puede ser obligado a declarar bajo juramento sobre hechos propios, que es justamente lo que implica la toma de indagatoria. En resumen, la declaración del imputado no puede consistir en un medio de prueba, sino en uno de defensa⁸.

De ahí, que despreciemos esta práctica e insistamos en que debe ser desterrada. Luego, dado el derecho a defensa que asiste al sujeto pasivo (querellado y demandado), en que a éste se le permite siempre oponerse a la pretensión del sujeto activo, resulta inútil esta diligencia cuando hay querrela y/o demanda civil de por medio. Por lo que, el único caso en que resulta parcialmente justificada la procedencia de la indagatoria, es cuando el procedimiento se ha iniciado por denuncia y por ende, no existe contraparte del imputado.

IV. LA DEMANDA CIVIL Y SUS NORMAS ESPECIALES DE EMPLAZAMIENTO

En este punto existe una remisión a las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil que son aplicables a todo tipo de procedimientos, y los propios del juicio ordinario de mayor cuantía, que se aplican supletoriamente cuando no existe norma legal expresa especial. De esta manera, la demanda ha de cumplir con los requisitos comunes a todo escrito judicial, y con los requisitos especiales que al efecto le fija el Art. 254 CPC (individualización del tribunal, del demandante y del demandado, exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho, y peticiones concretas que somete al fallo del tribunal), además de la obligación del patrocinio y poder si se trata de materias en las que no se puede litigar personalmente. A este respecto, cabe hacer presente que de conformidad al inciso final del Art. 7 LPJPL, es obligatorio litigar mediante abogados cuando nos encontramos en presencia de juicios sobre regulación de daños y perjuicios superiores a 4 UTM.

El Art. 9 LPJPL dispone que el juez de Policía Local será competente para conocer de la acción civil, siempre que sea interpuesta en forma oportuna, lo que implica que la demanda debe estar presentada y notificada, a lo menos, con 3 días hábiles de anticipación al día del comparendo de prueba. Si la demanda no estuviera notificada antes de este plazo, el juez no dará curso a la misma. No obstante, creemos que el demandante podría presentar su demanda y solicitar

8 Véanse al respecto, además de los Tratados Internacionales mencionados: MAIER, Julio: *Derecho Procesal Penal*, t. III. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015, p. 158; y HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián: *Derecho Procesal Penal chileno*, t. II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 78 y ss.

en un otrosí de su presentación que se fije nuevo día y hora para la celebración del comparendo, lo que fundamos en que a pesar que el plazo de anticipación es un plazo legal (fatal e improrrogable), la fecha fijada para la celebración del comparendo es un plazo judicial (no fatal y prorrogable), por lo que bien podría presentarse la demanda en ese período y solicitar la fijación de nuevo día y hora para ello. Por lo demás, el plazo de anticipación aquí establecido no es que haya sido como preclusión del derecho del actor a presentar su demanda, sino que ha sido establecido a favor del demandado, para que éste cuente con un mínimo de días para preparar, adecuadamente, su defensa que debe evacuar en el comparendo mismo, así que suspendiéndose el comparendo para ello, se cumple con velar por los derechos de este último. Debemos advertir eso sí, que el criterio que sostenemos es el menos popular entre los jueces de la policía local⁹.

Aun así, si la demanda no fuere presentada dentro de plazo, puede el actor interponerla ante la Judicatura Civil Ordinaria, una vez que la sentencia dictada en el procedimiento seguido ante el Juzgado de Policía Local se encuentre ejecutoriada; y esta demanda se tramitará conforme al *procedimiento sumario*. En este caso, se suspende el plazo de prescripción de la acción civil mientras dure el proceso infraccional. La acción civil a que se alude en este caso, es la de indemnización de perjuicios, que por regla general se tramita como ordinario, pero aquí existe norma legal expresa que altera su procedimiento a uno más breve.

V. COMPARENDO DE ESTILO: CONTESTACIÓN, CONCILIACIÓN Y PRUEBA

En este tipo de procedimientos opera la *regla técnica procedimental de concentración* (que la doctrina mayoritaria denomina erróneamente *principio*)¹⁰, por lo que luego de terminada la diligencia indagatoria –que, como dijimos, los Jueces aplican a todos los procedimientos– el Tribunal fijará día y hora para la celebración del comparendo de estilo, en que se deberá practicar (en este orden) la contestación de la demanda, el llamado a conciliación, y la rendición de todos los medios de prueba ofrecidos por las partes.

Se trata, como pueden apreciar, de una audiencia que concentra la culminación de las etapas de discusión (contestación de demanda y llamado a conciliación) y de confirmación o probatoria.

V.1. Derecho a defensa

Si bien hablamos de demandado, esta es la oportunidad procesal para que el Sujeto pasivo ejerza su derecho a defensa, ya sea contestando la demanda, formulando sus “descargos” contra la denuncia, o formulando sus “defensas y alegaciones” contra la querella interpuesta en su contra, según sea el caso.

Para tales efectos, consideramos las “defensas” como aquellos argumentos en virtud de los cuales el sujeto pasivo niega la existencia o la procedencia del derecho

9 Por todos ellos, AHUMADA DURÁN, María Rebeca: *El procedimiento aplicado ante los Juzgados de Policía Local*. Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago, 2017, p. 99.

10 Véase nuestra fábula sobre los *principios formativos del procedimiento* en RÍOS MUÑOZ, Luis Patricio: *Fabulas de Derecho Procesal*. Prolibros, Valparaíso, 2018.

reclamado por el sujeto activo. En tanto, las “alegaciones y excepciones” son aquellas en virtud de las cuales se da por supuesta la existencia de la pretensión deducida, pero se le agrega una circunstancia que destruye el derecho invocado¹¹.

Esta defensa la podrá efectuar verbalmente o por escrito, en razón de que el procedimiento de que tratamos es de naturaleza oral (no obstante, se recomienda llevar minuta escrita para agilizar la dinámica de la audiencia). Si se trata de contestar la demanda, podrán oponerse conjuntamente con las defensas, excepciones perentorias (que atacan al fondo de la pretensión deducida), las excepciones dilatorias que se estimen pertinentes (que atacan la forma en cómo se ha interpuesto la demanda, la competencia del tribunal, la existencia de cosa juzgada o litispendencia, etc.), o incluso podrá deducirse reconvencción, conforme a las reglas generales.

V.2. Llamado a conciliación

Después de oír a las partes, esto es, agotada la etapa de discusión, el Juez está obligado a llamarlas a conciliación sobre todo aquello que mire a las acciones civiles deducidas. Se recalca que el deber impuesto al Juez es el llamar e intentar que las partes concilien, no forzarlas a una conciliación, por lo que tal deber se cumple con el llamamiento que se hace a efecto.

Por su naturaleza de orden público, el Juez no puede llamar a conciliación en materias de carácter infraccional o

contravencional, sólo respecto de las pretensiones civiles, o sea, únicamente cuando se ha interpuesto demanda civil. Producida la conciliación entre las partes respecto de las pretensiones civiles, la causa proseguirá su curso normal en lo contravencional o infraccional, con la ventaja para el sujeto pasivo de que el Juez puede considerar como circunstancia atenuante de su responsabilidad el haber llegado a conciliación.

V.3. Etapa de prueba o de confirmación

Independientemente de que se haya o no producido conciliación entre las partes, la causa seguirá su curso en lo infraccional, por lo que terminado el trámite de conciliación, el Juez deberá determinar si existen hechos substanciales, pertinentes y controvertidos; y si los hubiere, recibirá la causa a prueba. Las partes han debido acudir a este comparendo con todos los medios de prueba de que pensaban valerse.

En caso que deseen rendir prueba testimonial, deberán presentar una lista de testigos, la cual contendrá el nombre completo, la profesión u oficio y residencia de cada uno de ellos, debiendo esta presentarse hasta antes de las 12 horas del día hábil inmediatamente anterior al del comparendo (valga aclarar que esta norma ha sido establecida en caso de accidentes de Tránsito, pero se aplica supletoriamente al resto de las materias de que conoce la Policía Local, salvo que exista norma expresa en contrario). Existe una norma de limitación probatoria en el Art. 12 LPJPL, que dispone que no podrá presentarse más

11 Aquí seguimos a CAROCCA PÉREZ, Álex: *Manual de Derecho Procesal. Los procesos declarativos*. Lexis Nexis, Santiago, 2003, p. 109.

de 4 testigos por cada parte, cualquiera fuere el número de hechos controvertidos. Respecto de los otros medios, se aplica supletoriamente lo dispuesto en el CPC.

Finalmente, el Juez apreciará la prueba y los antecedentes de la causa conforme a las reglas de la *sana crítica*, la que ha de entenderse como la operación intelectual realizada por el juez, combinando criterios de acuerdo a la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El Art. 14 LPJPL indica que debe expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas.

VI. ETAPA DE RESOLUCIÓN: LA SENTENCIA

Debe dictarse dentro del plazo de quince días contado desde la fecha en que el juicio se encuentre en estado de fallo. Aquí se genera el único caso de ignorancia excusable o buena fe comprobada, en relación al principio de que la ley se entiende conocida por todos por el sólo hecho de estar publicada. Asimismo, se entregan al Juez las facultades para simplemente percibir y amonestar al infractor, si se trata de su primera infracción y posee antecedentes favorables; también se establece una suspensión condicional de la pena respecto de infractor no condenado antes, que cuente con antecedentes favorables. En este caso, la pena queda en suspenso hasta por un año; si reincide, se condena al infractor a la pena suspendida y a la que corresponda por la nueva infracción.

El cumplimiento de la sentencia, si se solicita dentro del plazo de 30 días contado desde que la sentencia se hizo exigible, se tramitará conforme al procedimiento de ejecución incidental, ante el mismo Juzgado de Policía Local.

VII. RÉGIMEN DE RECURSOS

Si bien la normativa regula expresamente sólo los recursos de reposición y de apelación, es posible también deducir aclaración, rectificación o enmienda y recurso de queja. En tanto, no es procedente el recurso de casación.

VII.1. Reposición

El Art. 21 LPJPL, dispone que aplicada una multa, el sentenciado podrá pedir reposición antes de su pago, haciendo valer antecedentes que comprueben improcedencia de la sanción o su excesivo monto. Este recurso se interpone dentro del término de treinta días contados desde la notificación de la sentencia condenatoria.

No obstante, existe una contradicción, puesto que la multa debe ser pagada dentro de los cinco días siguientes de notificada la misma (véase Art. 22 LPJPL), y precisamente, transcurridos estos cinco días sin que se acredite el pago, podrá el Tribunal decretar reclusión nocturna, diurna o de fin de semana, por vía de sustitución y apremio (véase Art. 23 LPJPL).

Sin querer, entonces, el legislador ha establecido una modalidad de *solve et*

12 Sobre el *solve et repete*, véase DURAND, Julio C.: "El pago previo (Solve et Repete)" en VV.AA.: *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. I. Director: Juan Carlos Cassagne. La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 769-792, *passim*.

repete para el recurrente, esto es, que el recurrente debe pagar la multa para deducir la reposición, o cumplir el pago de la multa mediante reclusión nocturna. Ello implica una doble infracción a un justo y debido proceso: porque implica una prisión por deuda, y porque atenta contra el libre acceso a la tutela jurisdiccional, al obstaculizar la interposición del recurso de reposición y vulnerar el derecho a recurrir, por el sentenciado¹³.

VII.2. Recurso de apelación

Procede este recurso en aquellos asuntos que Policía Local conozca en 1ª instancia, en contra de las sentencias definitivas y/o de las resoluciones que hagan imposible la continuación del juicio. El recurso deberá ser fundado y se interpone dentro del plazo fatal e individual de cinco días contado desde la notificación de la resolución apelada, ante el mismo Juzgado de Policía Local, la que elevará su conocimiento ante la Corte de Apelaciones respectiva. La Corte tramitará el recurso conforme a las normas de los incidentes.

El apelante tiene un plazo de cinco días para comparecer y hacerse parte en 2ª instancia, contados desde el ingreso de los autos a Secretaría de la Corte, que puede aumentar a tres días más, cuando se remitan desde una comuna distinta a la de asiento de la Corte.

El Art. 33 LPJPL indica que son inapetables las sentencias definitivas en procesos

por infracciones a la Ley de Tránsito que sólo impongan multas; ídem, las que impongan amonestación o multa por contravención a la Ley de Alcoholes.

Valga aquí la observación de la amplitud de competencia de la Corte de Apelaciones para pronunciarse sobre cualquier decisión de la sentencia de 1ª instancia, aun cuando la apelación no lo hubiere solicitado (Art. 35 LPJPL).

VIII. PETICIONES CAUTELARES (LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS)

En cualquier estado del juicio, siempre que existan antecedentes que lo justifiquen, el Juez podrá decretar alguna de las medidas precautorias señaladas en el Art. 290 CPC, esto es, las medidas cautelares reales tradicionales de secuestro o retención de bienes (embargo preventivo), interventor, o prohibición de celebrar actos o contratos. Podrá, además, decretarse en forma inmediata el retiro de la circulación de aquel o aquellos vehículos directamente comprendidos en el proceso, cuando exista fundamento grave que lo justifique.

El Juez puede también dictar como medida de apremio la cautela personal que recaiga sobre alguna de las partes del proceso, consistente en arresto, que no es otra cosa que la detención del individuo tendiente a obtener el cumplimiento de la pena impuesta.

13 Sobre el *solve et repete*, véase DURAND, Julio C.: "El pago previo (*Solve et Repete*)" en VV.AA.: *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. I. Director: Juan Carlos Cassagne. La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 769-792, passim.

Para decretar cualquiera de las peticiones cautelares, es necesario que el Juez observe el cumplimiento de los principios, presupuestos y finalidades de la Tutela cautelar¹⁴.

IX. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES QUE PRETENDEN RESPONSABILIDAD INFRACCIONAL

La regla general es que las acciones que contengan pretensiones infraccionales prescriban en el plazo de seis meses contado desde la fecha en que se hubiere cometido la infracción. No obstante, tratándose de acciones que persigan responsabilidades por infracción a la Ley General de Urbanismo y Construcciones, desde la reforma de la Ley 20.016 de 2005, el plazo va de 3 a 10 años, conforme las siguientes reglas.

Será de tres años la prescripción por fallas o defectos que afecten elementos de terminaciones o acabado de las obras 28, contados desde la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces del dominio del inmueble a nombre del comprador.

Será de cinco años para fallas o defectos de los elementos constructivos o de instalaciones, contados desde la recepción definitiva por la Dirección General de Obras Municipal 27.

Por último, será de diez años para fallas o defectos que afecten la estructura soportante del inmueble, contados desde la recepción definitiva por la Dirección General

de Obras Municipal. La Cámara Chilena de la Construcción ha dicho en publicación en los diarios y en su página web 25 que “el concepto de “estructura soportante” no está definido en la ley, aunque se podría asimilar al de “elemento de estructura”. En efecto, la Ordenanza define como “todo elemento resistente u orgánico de una construcción, como cimientos, muros soportantes, suelos, pilares, techumbres, torres y otros análogos” (art. 1.1.2)²⁶. Pensamos que en los condominios o edificios de departamentos, no solo deben considerarse elementos de estructura aquellos que soportan la estructura completa del edificio o copropiedad inmobiliaria, sino también los de cada departamento o unidad.

El resto de las acciones ordinarias prescriben en el plazo de 5 años, conforme la regla general establecida en el Art. 2515 Código Civil.

X. CONCLUSIONES

El repaso a las normas sobre el Juicio de Policía Local revela que se trata de un procedimiento decimonónico que requiere urgentemente una actualización para ajustarse a los estándares mínimos requeridos para que, en vez de un procedimiento, pase a ser un verdadero y debido proceso jurisdiccional. Falta interés por parte de la doctrina procesal nacional en realizar estudios y propuestas serias para que este procedimiento logre el nivel de proceso.

14 Véanse al respecto MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos: *Las medidas cautelares en el Proceso civil chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 215 y ss.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA DURÁN, María Rebeca. *El procedimiento aplicado ante los Juzgados de Policía Local*. Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago, 2017.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2011.
- CAROCCA PÉREZ, Álex. *Manual de Derecho Procesal. Los procesos declarativos*. Lexis Nexis, Santiago, 2003.
- DURAND, Julio C. “El pago previo (Solve et Repete)” en VV.AA.: *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. I. Director: Juan Carlos Cassagne. La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 769-792.
- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*, t. II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- LOO GUTIÉRREZ, Martín. “La función de policía en perspectiva histórica” en VV.AA.: *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*. Editores: Juan Carlos Ferrada Bórquez et al. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2016, pp. 149-167.
- MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*, t. III. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015.
- MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. *Las medidas cautelares en el Proceso civil chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- ORELLANA TORRES, Fernando. *Manual de Derecho procesal 2, Procedimientos civiles ordinarios y especiales*. Librotecnia, Santiago, 2006.
- RÍOS MUÑOZ, Luis Patricio. *Fabulas de Derecho Procesal*. Prolibros, Valparaíso, 2018.

EL DEFENSOR DE OFICIO EN LA JUSTICIA MILITAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA EVOLUCIÓN DEL DEFENSOR DE OFICIO; III. BLINDAJE JURÍDICO PARA LOS DEFENSORES; IV. LA RELACIÓN ENTRE DEFENSOR Y CLIENTE; V. HERRAMIENTAS JURÍDICAS PARA ARMAR UNA DEFENSA ROBUSTA; VI. EL DERECHO DE GUARDAR SILENCIO; VII. MOCIONES; VIII. DESCUBRIMIENTO; IX. PRESENTACIÓN DE TESTIGOS Y PERITOS; X. LA CLEMENCIA Y APELACIONES; XI. LA ESTRUCTURA DEL CUERPO JURÍDICO BRINDA AL DEFENSOR OPORTUNIDADES PARA AVANZAR EN LA CARRERA; Y XII. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

En este artículo, el autor contempla todas las aristas del trabajo que los defensores de oficio desarrollan en la justicia militar de los Estados Unidos de Norteamérica, especialmente en la Fuerza Aérea. Está descrito la evolución que ha sufrido la institución de la defensa de oficio a través del tiempo; la cerrada independencia que los defensores tienen respecto de la línea de mando militar; sus capacidades profesionales; su entrenamiento; el acceso que tienen a las herramientas jurídicas para preservar los derechos de sus clientes y las posibilidades de ascenso que tienen quienes actúan como defensores, entre otros temas.

ABSTRACT

In this article, the author contemplates all the edges of the work that the defenders develop in the military justice of the United States of America, especially in the Air Force. It describes the evolution that the institution of

1 Teniente coronel del cuerpo jurídico de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos de Norteamérica.

the defense of trade has undergone over time. The independence that the defenders have with respect to the military command line; their professional capacities; their training; the access they have to the legal tools to preserve the rights of their clients and the possibilities of promotion that have those who act as defenders, among other topics.

I. INTRODUCCIÓN

En cualquier sistema de justicia, sea de calidad civil o castrense, el acusado debe gozar de ciertos derechos del debido proceso. De todos los derechos que pertenecen al imputado, debemos suponer que el derecho de tener un abogado defensor es la clave para garantizar un proceso justo.

Esta valoración no se deriva solo de mi parcialidad cómo abogado. Más bien, afirmo que este derecho es indispensable porque el defensor es la personificación de todos los demás derechos integrados en el Sistema. Al final, no importa cuántos derechos se han proporcionado al acusado, si no hay una figura que asegura que el acusado goce de ellos en su proceso particular. Si la justicia militar de un país fortalece debidamente el derecho del defensor de oficio, los demás derechos seguirán fortalecidos de igual manera.

En la justicia militar de los Estados Unidos, la preocupación por los derechos de los miembros de las fuerzas militares se

ha institucionalizado en el Código Uniforme de Justicia Militar (CUJM), las reglas de procedimiento y de evidencia,² y los reglamentos gobernantes de la justicia militar de cada fuerza militar de los EEUU.³ Este artículo pretende examinar la manera en la que el defensor de oficio se ha fortalecido en las fuerzas militares de los EEUU. Trataré primero de la historia del derecho de representación por un abogado defensor en la justicia castrense de los EEUU; después, expondré sobre las provisiones del código militar que aumentan la independencia y eficacia del defensor en su desempeño, así como el fortalecimiento de la figura del defensor de oficio a través de la estructura del cuerpo jurídico y la formación y selección de los que sirven en la capacidad de defensores de oficio.

II. LA EVOLUCIÓN DEL DEFENSOR DE OFICIO

La justicia militar ha existido en los EEUU desde el nacimiento de su ejército. Al crear un ejército y una marina de guerra para enfrentarse contra el imperio Británico en la lucha revolucionaria, el congreso continental instituyó en 1777 los Artículos de Guerra Americanos,⁴ un código militar que incluyó la tipificación de delitos militares y procedimientos para juzgar la conducta delictiva de los miembros de las fuerzas militares. Esta primera versión de la justicia incluyó varias características que

2 El artículo 36 del Código Uniforme otorga al Presidente de los EEUU la facultad de promulgar reglas de procedimiento para todas las fases del proceso, incluyendo reglas sobre "los modos de prueba." El presidente adopta estas reglas por una orden ejecutiva en el Manual para Cortes Marciales (MCM). Las Reglas para Cortes Marciales y Reglas Militares de Evidencia se encuentran en el MCM.

3 Cada fuerza militar de los EEUU es dirigida a administrar la justicia militar para todos sus integrantes. La estructura en cada fuerza consiste en cortes de primera instancia, y una corte de apelaciones.

4 El uso de "Americano" en el título de la legislación la distingue de los Artículos de Guerra de Británicos.

se encuentran en el sistema actual,⁵ pero no contenía ninguna provisión para la representación del procesado por un abogado.

En 1806, después de la Guerra Revolucionaria, el Congreso promulgó cambios a los Artículos de Guerra, los cuales incluyeron el primer derecho de representación en una corte marcial. Esta responsabilidad fue delegada al “juez abogado general,” o una persona designada por él, quien también sirvió como el fiscal en las audiencias de la corte.⁶ Esta doble función de fiscal-defensor podría también cumplirse por el mismo comandante, creando la posibilidad (o tal vez la probabilidad) que la abogacía a favor del procesado no sería celoso, o más bien, podría ser socavado por un conflicto de interés.

Aunque la falta de proporcionar al acusado un abogado defensor independiente no parece ser compatible con la Enmienda 6 de la Constitución de los EEUU,⁷ ni con principios actuales del debido proceso, este vacío no fue remediado por casi un siglo y

medio. En 1950, el Congreso reconstituyó la justicia militar en una legislación titulada el Código Uniforme de Justicia Militar (CUJM).

El sistema de justicia castrense establecido por esta ley retuvo algunos aspectos fundamentales del sistema anterior,⁸ pero en su tratamiento del derecho del acusado a una representación legal rompió el paradigma. Por primera vez el código militar garantizó al procesado un defensor militar dedicado solo a la representación del cliente: “En cada corte marcial... la autoridad convocante de la corte nombrará a un fiscal del juicio y a un defensor del mismo, junto con los asistentes que considere necesarios o apropiados.”⁹ Para representar a un cliente en un caso particular, el defensor no podría haberse desempeñado en ninguna otra función fiscal en el asunto.

Las cualificaciones profesionales para servir como defensor dependieron de la clase de corte marcial convocada para resolver el caso.¹⁰ En cortes marciales

5 Por ejemplo, los procesados se juzgaban por una corte compuesta por oficiales militares designados por el comandante quien convocó la corte, quien también tuvo que confirmar el juicio de la corte en cada caso. Véase Artículos de Guerra Americanos, artículos 37-39.

6 “El juez abogado general, o alguna persona delegada por él...procesará en el nombre de los Estados Unidos, pero hasta ahora se considerará como consejero para el prisionero, después de que dicho preso haya hecho su declaración.” Artículos de Guerra de 1806; artículo 69. El juez abogado también administró los juramentos en las audiencias y fue encargado de preparar y transmitir el archivo de los procesos al comandante convocatorio para la confirmación de la sentencia. Véase el artículo 90.

7 La Enmienda 6 de la Constitución garantiza varios derechos en todos los procesos penales, entre ellos “el derecho de contar con la asistencia de un abogado para su defensa.”

8 Por ejemplo, el CUJM otorgó al comandante como el oficial con autoridad para convocar las cortes marciales y escoger a los miembros del jurado.

9 Artículo 27(a), CUJM (1950).

10 El CUJM de 1950 contempló la creación de dos clases de cortes marciales: 1) cortes “generales” para enjuiciar delitos graves; y, 2) cortes “especiales” para procesar delitos menores. Una corte marcial general puede imponer hasta la máxima pena autorizada en el CUJM para el delito tipificado, la cual puede incluir hasta la pena de muerte, encarcelación de por vida, o baja de la fuerza con caracterización deshonrosa. Una corte marcial especial puede emitir una sentencia limitada a encarcelación por un año y baja de la fuerza con caracterización de mala conducta.

generales, el defensor del juicio tenía que ser un oficial uniformado de una de las fuerzas militares, quien se había graduado de una escuela de leyes acreditada, o ser admitido como miembro de un tribunal federal o el tribunal más alto de uno de los estados. En cortes marciales especiales, en las cuales las penas potenciales eran menores, el acusado tenía derecho a un defensor licenciado en abogacía sólo si el fiscal del juicio también portaba tal título. Al acusado se le proporcionaba el derecho de un defensor no sólo en la primera instancia, sino también en cada etapa de la apelación del proceso.¹¹

Aunque el Congreso ha enmendado el Código Uniforme varias veces desde su promulgación en 1950, el marco del defensor de oficio no ha cambiado mucho. La Ley de Justicia Militar de 1968, por ejemplo, se enfocó principalmente en conformar la justicia militar y la ordinaria, y crear una judicatura militar independiente.¹² La Ley de 1968 también creó una nueva clase de corte: la corte marcial sumaria, que consistía en una opción para procesar infracciones menores

del código de manera muy rápida. La corte sumaria consiste en un solo oficial, quien hace la sentencia de culpabilidad o absolución e impone la pena. El acusado no tiene derecho de representación por un defensor en la audiencia, pero la presencia de un defensor es permitida en muchas ocasiones.¹³

La Ley de Justicia Militar de 1968 también cambió la manera de determinar quién serviría como defensor de oficio en un caso particular. El Artículo 27 del CUMJ previno que el oficial, convocante de la corte marcial, también designaría al fiscal del juicio y al defensor. En 1968, el artículo 27 fue modificado, disponiendo que las Secretarías de las Fuerzas Militares emitiesen regulaciones sobre la manera de designar a los fiscales y defensores para los procesos particulares. Este cambio no solo liberó al comandante de una tarea prosaica y puramente administrativa, sino que también, proporcionó al defensor un grado de mayor independencia por no ser designado por el mismo comandante que ordenó la corte contra su cliente.

Así vemos que en su forma actual, el Código Uniforme de Justicia Militar

11 Artículo 70(a) y artículo 70(c), CUJM (1950).

12 Por ejemplo, la Ley de Justicia Militar de 1968 instituyó la figura del juez militar y la judicatura militar. En la primera promulgación del Código Uniforme, un “oficial jurídico” sirvió como un árbitro sobre las audiencias de justicia militar. El oficial jurídico fue designado en un caso particular por el mismo oficial que convocó la corte marcial. Artículo 26, CUJM (1950). En 1968, el juez militar, reemplazó al oficial jurídico en el sistema. En el nuevo esquema, el Auditor General designó a los oficiales que podrían servir como jueces militares. Tales oficiales podrían realizar los deberes del juez militar solo cuando “asignado y directamente responsable al Auditor General...de la fuerza militar de la cual el juez militar es miembro.”

13 Ley de Justicia Militar de 1968, sección 2 (modificando Artículo 16 del CUJM). Aunque el acusado no tiene derecho de contar con un defensor en una corte sumaria, la presencia del defensor es permitida. En la Fuerza Aérea de los EEUU, el acusado puede pedir ser representado por un defensor de oficio, o contratar un abogado defensor privado si la participación no demorará el proceso o interferirá con “exigencias militares.” Instrucción de la Fuerza Aérea 51-201, Administración de Justicia Militar, párrafo 5.3.2.3. En el Ejército, el oficial que actúa como corte sumaria “otorgará al acusado la oportunidad de consultar con un defensor” sobre los derechos y opciones que le pertenece, y las consecuencias de aceptar la disposición del caso por la corte sumaria, y según su discreción, permitir la presencia del defensor en la audiencia.

establece los fundamentos del rol y la función del defensor de oficio en la justicia militar de los EEUU, asegurando que cada acusado tenga derecho de representación legal en su proceso penal militar por un abogado independiente de la línea de mando.

III. BLINDAJE JURÍDICO PARA LOS DEFENSORES

La creación de un rol para el defensor de oficio en la justicia militar es solo el primer paso en asegurar que los derechos del acusado sean protegidos; además de eso, el defensor tiene que sentirse libre de luchar celosamente a favor de su cliente. Considerando su estado como oficial militar, un defensor uniformado puede experimentar una tensión palpable entre sus deberes hacia su cliente y su lealtad a su institución militar. Por un lado, el defensor tiene una obligación absoluta de cuidar los intereses de su cliente y avanzar su causa en las cortes marciales. Al otro extremo, tiene la obligación militar de obedecer las órdenes de sus superiores y un interés personal en su carrera profesional.

En su preocupación por los derechos del miembro militar procesado en la justicia castrense, el CUJM no descansa con garantizar al acusado los servicios de un defensor. Más bien, incluye varias provisiones

específicas que aumentan la independencia de los defensores de clientes individuales, y así resuelve la tensión que, de otra manera, podría echar una sombra entre el defensor y su cliente.

Por ejemplo, el Código Uniforme reconoce que un defensor debe servir a su cliente celosamente sin preocuparse por sufrir algún impacto negativo en su calificación como oficial militar, o sus oportunidades de avanzar en su carrera. Muchas veces el defensor puede encontrarse en una posición de conflicto contra los deseos e intereses de comandantes u otros oficiales superiores. Si existiera la posibilidad de que un comandante pudiera dañar la progresión profesional de un defensor que lucha agresivamente a favor de su cliente, la abogacía del defensor podría sufrir un efecto inhibitorio. Para velar contra esta posibilidad, el artículo 37(b) del Código Uniforme prohíbe la influencia sobre la justicia militar a través de una evaluación o recomendación de ascenso o asignación en contra de un defensor como represalia por su afán en defender a su cliente.¹⁴

El Código Uniforme trae aún otro estrato de blindaje a la carrera profesional del defensor. La autoridad de determinar los destinos de todos los miembros del cuerpo jurídico de una institución militar, incluso los defensores, está conferida en el Auditor

14 "En la preparación de un informe de eficacia, aptitud o eficiencia, o cualquier otro informe utilizado completo o en parte para el propósito de determinar si un miembro de las fuerzas armadas se califica para ascender en grado, o en determinar el destino o traslado de un miembro de las fuerzas armadas, o en determinar si un miembro de las fuerzas armadas debe ser retenido en servicio activo, ninguna persona sujeta al código uniforme...puede dar una calificación o evaluación menos favorable a un miembro de las fuerzas armadas por causa del celo con el cual el miembro, como abogado, representó a cualquier acusado en una corte marcial." Artículo 37(b), Código Uniforme de Justicia Militar.

General correspondiente.¹⁵ En los EEUU, este arreglo es único a los cuerpos jurídicos, y existe para asegurar que un defensor celoso que actúa en contra de los deseos de los comandantes, no sea asignado a un puesto de baja responsabilidad y menor potencial de ascenso.

Al protegerse los intereses profesionales del defensor en esta forma, él puede enfocarse en las necesidades de su cliente, aprovechando de todos los recursos legales que pertenecen al procesado en el Código Uniforme y los procedimientos de las cortes-marciales.

IV. LA RELACIÓN ENTRE DEFENSOR Y CLIENTE

Para forjar la mejor defensa posible, el acusado y su defensor deben funcionar como un equipo eficaz, lo cual es posible solo al establecerse una relación de confianza entre el cliente y su abogado. Al encontrarse procesado en una corte marcial, el acusado puede sentirse en territorio desconocido, por lo que depende mucho de la pericia, conocimiento, y discernimiento profesional de su defensor. Un principio notable de la relación abogado-cliente proporciona al cliente la decisión sobre el objetivo final de la representación, pero el abogado mantiene más control sobre la selección de

medios y tácticas empleadas en el curso del asunto.¹⁶ Si el cliente no tiene confianza en las capacidades de su consejero, será difícil que la relación funcione de una manera idónea.

Para facilitar tal confianza, el Código Uniforme y las Reglas para Cortes Marciales (RCM) incluyen varias previsiones que proveen al acusado recursos para influir en la composición de su equipo de defensa. Por ejemplo, el artículo 38(b) (2) permite que el acusado contrate (con sus propios fondos) representación por un defensor privado, en vez de o en adición a su defensor militar designado.

El artículo 38 (c) y RCM 506 también otorga al acusado el derecho de ser representado por un defensor de su propia elección, si el defensor particular es “razonablemente disponible.” La disponibilidad del defensor depende de las circunstancias particulares, pero ciertas categorías de oficiales jurídicos se consideran no disponibles por los deberes que tienen en su cargo actual.¹⁷ Al aprobarse la solicitud para el defensor elegido, el defensor previamente designado normalmente será relevado, pero el acusado puede pedir que él siga con el caso como asistente.

El acusado puede ejercer su derecho de pedir un defensor específico en la audiencia de la corte marcial; en la apertura de la

15 “La asignación para los deberes de los abogados uniformados del Ejército, la Marina, la Fuerza Aérea y la Guardia Costera se hará por recomendación del Auditor General de la fuerza armada de la cual son miembros.” Artículo 6 (a), Código Uniforme de Justicia Militar.

16 Regla 1.2, Reglas Modelo de Responsabilidad Profesional de la Asociación Americana de Abogados. Cada institución militar de las EEUU ha adoptado reglas similares que aplican a sus profesionales legales.

17 Por ejemplo, los siguientes no se consideran disponibles para servir como defensor: abogados militares del rango de general o almirante, jueces militares, defensores o fiscales en las cortes de apelaciones, asesores jurídicos principales para oficiales que ejercen la autoridad para convocar cortes-marciales, instructores o estudiantes de escuelas militares y estudiantes universitarios. Los procedimientos que dictan la aprobación o el rechazo de la solicitud se publican en instrucciones o reglamentos de las instituciones militares.

audiencia el juez militar explica al procesado su derecho de representación, y pregunta al procesado quién quiere que le represente.¹⁸ Si el acusado ha perdido confianza en su defensor, o si lo pierde aún más tarde en el proceso, puede aprovecharse la oportunidad de despedir a su defensor y pedir su reemplazo. Al final, el servicio de todos los abogados militares es gratis para el acusado, no importando cuántos abogados militares componen el equipo defensor.

En las raras veces que el acusado elige pasar por el juicio sin la ayuda de un defensor, el juez militar determina si el procesado hace su renuncia voluntariamente y comprende las desventajas de su elección. Si el juez militar concede al acusado proceder sin defensor de oficio, el juez militar puede permitir que un defensor permanezca presente en la audiencia para brindar asistencia si el acusado se arrepiente de su elección en el curso del juicio.¹⁹

Un ejemplo notable fue la corte marcial contra el mayor Nidal Hasan, quien fue sentenciado a pena de la muerte en 2013 por haber asesinado a 13 soldados y disparado contra 32 más en un centro de preparación para despliegues en el Fuerte Hood, Texas. En los actos preparatorios para el juicio, el mayor Hasan despidió a sus defensores y pidió permiso para representarse a sí mismo en la corte marcial. No obstante su deseo de

no tener defensor, el ejército le proporcionó al mayor Hasan tres defensores que estuvieron presentes durante toda la audiencia, por si el mayor Hasan se arrepintiera de su elección.²⁰ Al final, el mayor Hasan no aprovechó de la ayuda de estos defensores, pero la presencia de ellos demuestra la magnitud de inversión que el ejército hizo para asegurar que recibiera un justo y equitativo proceso penal.

V. HERRAMIENTAS JURÍDICAS PARA ARMAR UNA DEFENSA ROBUSTA

El derecho de tener representación legal en el proceso penal es un aspecto fundamental en la justicia militar. Igual de importante es incluir en el código militar y en las reglas de procedimiento, los recursos que ayudan al defensor a proteger de una manera significativa los intereses de su cliente. El Código Uniforme y las Reglas para Cortes Marciales proveen varias herramientas que el defensor puede emplear para atacar la validez de la presunta prueba incriminatoria en la posesión del estado, y para presentar la mayor defensa posible.

VI. EL DERECHO DE GUARDAR SILENCIO

El acusado goza del derecho de guardar silencio, fundado en la Constitución,

18 Regla 901 (d) (4), Reglas para Cortes-Marciales.

19 En la Fuerza Aérea, la práctica normal es designar un defensor “de espera” en los procesos que tienen potencial de resultar en una sentencia de muerte. Norma 6-3.7, Normas de Justicia Penal de la Fuerza Aérea.

20 “Fort Hood Suspect Nidal Hasan to Represent Himself at Trial,” *The Guardian*, 3 June 2013. Uno de los defensores de espera expresó en la prensa su preocupación que el mayor Hasan quería recibir una sentencia condenatoria y la pena de la muerte para hacerse mártir; el mayor mismo explicó al jurado en su alegato de apertura que la evidencia probaría su culpabilidad por el ataque en Fuerte Hood. “Military Lawyer Insists Hasan is Seeking Death Sentence,” Billy Kenner, *The Washington Post*, 7 Agosto 2013; “Nidal Hasan Argues with Defense Lawyers over Death Penalty,” Paula Reid, *CBS News*, 7 Agosto 2013.

elaborado en la ley militar, y vinculado a su derecho de representación legal por un defensor. El Artículo 31 del Código Uniforme protege el derecho del acusado a guardar silencio en interrogatorios efectuados por autoridades militares. “Ninguna persona sujeta [al Código] puede obligar a otra persona inculparse o contestar una pregunta, la respuesta de cuál puede tender a inculcarlo.”²¹ Además de ser una prohibición contra esfuerzos de demandar una confesión, el artículo 31 también protege a los militares de la tendencia, sembrada en el comportamiento del soldado desde el principio de su formación militar, de contestar las preguntas de sus superiores:

Ninguna persona sujeta [al Código] puede interrogar o solicitar la declaración de un acusado, o una persona sospechosa de una ofensa, sin que primero se le informe de la naturaleza de la acusación y asesorarlo de que él no tiene que hacer una declaración concerniente a la ofensa de la cual está acusado o se sospecha, y que cualquier declaración que él haga pueda ser usado como evidencia en su contra en un juicio por corte marcial.²²

Aunque la Quinta Enmienda de la Constitución de los EEUU protege el derecho de toda persona de guardar silencio en interrogatorios, la aplicación del artículo 31 a personas “sospechosas” de cometer un delito añade una capa adicional de protección para los militares en el ambiente militar. La Corte Suprema de los EEUU, en su famosa sentencia en el caso de *Miranda*, pronunció que las autoridades policiales tienen que avisar a personas en su custodia de sus derechos de no inculparse y de tener un abogado presente durante el interrogatorio.²³ Gracias al artículo 31, los militares no tienen que estar en la custodia de la policía para recibir una advertencia pre-interrogativa; solo tienen que ser “sospechosos” de cometer algún delito o falta. Aun cuando un superior no avisa a su subalterno de sus derechos porque él no piensa que la infracción es suficientemente grave para resultar en un proceso penal, las admisiones del soldado no serán tomadas como evidencia.

Las Reglas Militares de Evidencia dictan las circunstancias en que las declaraciones del acusado son admisibles como evidencia en las cortes marciales, y así proporcionan al defensor una ruta para desafiar

21 Artículo 31(a), CUJM. Las cortes han explicado que la frase personas “sujetas” al Código Uniforme son las que tienen autoridad disciplinaria sobre el sospechoso, ejecutan deberes de hacer cumplir la ley, o son personas militares que desean perfeccionar un proceso penal en contra del sospechoso. *U.S. v. Fisher*, 44 CMR 277 (Corte de Apelaciones Militares de los EEUU 1972) (citando *U.S. v. Dandaneau*, 18 CMR 86 (1955); *U.S. v. Gorko*, 31 CMR 210 (1962); *U.S. v. Souder*, 28 CMR 283 (1959)). Personas que sirven como agentes de oficiales o unidades militares también se consideran “sujetas” al Código en este sentido. Regla 305(b)(1), Reglas Militares de Evidencia.

22 Artículo 31(b), CUJM.

23 *Miranda vs. Arizona*, 384 US 436 (1966). Una persona se considera “en la custodia” de la policía cuando se les priva de “libertad de acción” en una manera significativa, es decir cuando esté en captura o no se sienta libre de salir en las circunstancias particulares. *Orozco vs. Texas*, 394 US 324 (1969).

la admisión de la prueba. Por ejemplo, la regla 304 dice que cuando el acusado objeto, declaraciones involuntarias del acusado no pueden admitirse como evidencia, con muy pocas excepciones.²⁴ La regla 305 dicta pautas que gobiernan la determinación de la voluntariedad de las declaraciones, y explican los requisitos para renunciar al derecho de guardar silencio en el interrogatorio. La Regla 305 también dice que cuando un militar pide la ayuda de un defensor, nadie puede interrogarlo sin la presencia de su defensor, a menos que él libremente renuncie a su derecho de tener defensor.

La regla 304 impone prerequisites adicionales al uso de admisiones y confesiones del acusado como prueba. Por ejemplo, la regla 304 (b) dice que la evidencia derivada de una declaración involuntaria no se admita como prueba a menos que la evidencia se descubriera sin la declaración del acusado. La regla 304 (c) requiere que cada admisión o confesión sea corroborada por alguna evidencia independiente.²⁵

Vemos que el artículo 31 y las RCM 304 y 305 brindan al defensor la oportunidad de evaluar la conducta de investigadores y actores de la institución militar, buscando alguna extralimitación que infringe

los derechos de su cliente. Al identificar tales errores policiales, el defensor puede hacer una moción al juez militar para excluir elementos probatorios conseguidos en violación de estos derechos fundamentales.

VII. MOCIONES

Las mociones ofrecen al defensor la oportunidad de llevar un asunto legal a la atención del juez militar y solicitar un fallo que controlará el manejo de la cuestión a lo largo del proceso o, en ciertas circunstancias, puede resultar en el descarte de los cargos.

Ciertas mociones deben presentarse al juez militar antes de la declaración formal del acusado de su culpabilidad o no culpabilidad,²⁶ incluyendo objeciones a los trámites relacionados con la convocatoria de la corte marcial,²⁷ defensas basadas en defectos en la forma de los cargos, peticiones para la exclusión de evidencia, la compulsión de producción de evidencia o de testigos a la defensa, y peticiones para representación por un defensor particular. Otras mociones, incluyendo cuestiones de la admisibilidad de alguna prueba según las Reglas Militares de Evidencia, la capacidad

24 Regla 304 (a), Reglas Militares de Evidencia. Declaraciones involuntarias solo pueden admitirse para repudiar por contradicción el testimonio del acusado, o en un procesamiento subsecuente por perjurio o por hacer una declaración falsa.

25 La evidencia corroborativa no tiene que establecer la veracidad de los hechos declarados en la confesión. RCM 304 (c) (4). La evidencia corroborativa puede ser leve, pero tiene que ser suficiente para justificar una inferencia de veracidad de los hechos esenciales admitidos por la confesión. Sentencia de *U.S. v. Adams*, 74 MJ 137 (Corte de Apelaciones de las Fuerzas Armadas 2105).

26 Regla 905(b), Reglas para Cortes Marciales.

27 Estos incluyen objeciones a la forma de los cargos, la manera en que los cargos fueron presentados al acusado, la convocatoria de la corte marcial y la audiencia preliminar efectuada según Artículo 32 del Código Uniforme. RCM 905 (b) (1).

mental del acusado o el descarte de las cargas pueden presentarse en cualquier etapa del proceso.²⁸

Una moción para descartar cargas, cuando las circunstancias la justifican, puede ser un recurso fortísimo para el defensor y su cliente. Así el defensor puede eliminar alegaciones individuales o, en algunas ocasiones, soltar a su cliente completamente del enjuiciamiento. Tales mociones pueden basarse en varios motivos. Por ejemplo, los cargos pueden descartarse por una falta de competencia,²⁹ una violación del derecho de un proceso rápido,³⁰ o la expiración del término de prescripción que aplica a los delitos en cuestión.³¹

Los cargos también pueden ser descartados bajo las siguientes circunstancias: el acusado ya ha sido juzgado por una corte marcial u otra clase de corte federal,³² ha recibido un perdón del Presidente de los EEUU,³³ o si una persona autorizada ha concedido al acusado inmunidad.³⁴ Problemas con la forma de los cargos también

pueden causar su eliminación del proceso. Por ejemplo, si un cargo no alega una conducta punible o contiene información que engañe al acusado de alguna manera, o alega conducta ya contenida en un cargo presentado al imputado, el juez militar puede rechazar el cargo.³⁵

VIII. DESCUBRIMIENTO

Para preparar una defensa efectiva, el defensor y su cliente necesitan acceder a toda la información y evidencia que el estado tiene en su contra. Solo al conocer todos los elementos probatorios disponibles por el fiscal, el defensor puede aconsejar a su cliente sobre los riesgos que los cargos le representan, de tal forma que un conocimiento íntimo de la evidencia hace posible la preparación de una estrategia que produzca el mejor resultado que el cliente pueda esperar.

El artículo 46 del CUJM manda que el fiscal, el defensor y la corte marcial

28 Reglas 905(b) (13)-(14) y 907, Reglas para Cortes Marciales.

29 El acusado no puede renunciar una falta de competencia. Si la corte determine que falta competencia, el cargo en cuestión será descartado. Regla 907(b)(1), Reglas para Cortes Marciales.

30 Regla 907(b) (2) (A), Reglas para Cortes Marciales. El derecho de recibir un proceso penal rápido está fundado en la Sexta Enmienda de la Constitución y establecido en la Regla 707, Reglas para Cortes Marciales. En general, la audiencia del juicio oral debe comenzar a 120 días después de la acusación formal, o en casos de detención preventiva, 120 días después de la detención del acusado. El juez militar puede aprobar un demora en el proceso para acomodar el calendario del defensor, cuando el defensor solicita una prórroga para obtener tiempo suficiente preparar la defensa, o en otras circunstancias atribuibles al acusado.

31 Regla 907(b) (2)(B), Reglas para Cortes Marciales.

32 Regla 907(b) (2)(C), Reglas para Cortes Marciales.

33 Regla 907(b) (2)(D)(i), Reglas para Cortes Marciales.

34 Regla 907(b)(2)(D)(ii), Reglas para Cortes Marciales. El oficial que ejerce la autoridad para convocar una corte marcial general tiene autoridad para inmunizar a personas que testifican en proceso convocados en unidades bajo su mando. Regla 704, Reglas para Cortes Marciales. La inmunidad consiste en una promesa que la persona no será procesado por su propia conducta revelada en su testimonio ofrecido en un proceso penal contra otra persona.

35 Regla 907(b)(2)(e), Reglas para Cortes Marciales.

“tendrán igual oportunidad para obtener testigos y otra evidencia de acuerdo con reglamentos que prescribirá el Presidente.” Las Reglas para Cortes Marciales y Reglas Militares de Evidencia exponen varios requisitos que dirigen el libre intercambio de evidencia entre el fiscal y el defensor. La jurisprudencia constitucional de los EEUU dicta que el fiscal tiene una obligación afirmativa de compartir evidencia exculpatoria con el defensor.³⁶ Pero en las cortes militares, la ley proporciona al acusado una posibilidad más amplia de la que existe en el fuero común. “El Congreso ha específicamente provisto que la prosecución y la defensa tendrán igual acceso a testigos y otra evidencia.... Las únicas restricciones en el libre descubrimiento de la evidencia...son que la evidencia necesita ser ‘relevante y necesaria’ a la cuestión bajo indagación, y la solicitud debe ser razonable.” Es decir, el defensor y su cliente tienen el derecho de obtener igual acceso a toda la evidencia, no obstante si es aparentemente exculpatoria.³⁷

La regla para Cortes Marciales 701 manda en forma específica la clase de información que el fiscal ha de compartir con el defensor. Al convocarse una corte marcial, el fiscal está obligado a entregar al acusado y su defensor una copia del formulario de los cargos con copias de los siguientes documentos: la orden de convocatoria, todas las declaraciones en la posesión del fiscal que se relacionen con los hechos de cargo y cualquier otro documento que acompañe

los cargos cuando la autoridad convocante ordenó la corte.³⁸ Después de la entrega de los cargos y estos documentos aliados y en respuesta a una solicitud del defensor, el fiscal está obligado a permitir que el defensor inspeccione “libros, papeles, fotografías, objetos tangibles, edificios, [o] lugares” que están en la posesión o control de autoridades militares, que el fiscal supone utilizar como evidencia en el juicio oral.³⁹ El fiscal debe compartir resultados o informes de exámenes físicos o mentales, o de experimentos científicos que se hayan realizado.

Pero la obligación de compartir información y elementos materiales se extiende más allá del conocimiento actual y las intenciones del fiscal, quien está obligado a compartir informes no solo en su posesión, sino también en la posesión de autoridades militares, “o la existencia de cual es conocido por tales autoridades o que podría conocerse por el ejercicio de la diligencia debida del fiscal.”⁴⁰ Para satisfacer su obligación de descubrimiento, el fiscal tiene que hacer más que compartir el contenido de la carpeta del proceso en su oficina. El fiscal tiene un deber afirmativo de buscar información en el control de otros entes militares que tuvieran algo que ver con la indagación del asunto.

El derecho del acusado a un descubrimiento completo es más amplio aún en el fuero militar, porque el fiscal está obligado a proveer documentos y objetos que

36 *Brady vs. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963).

37 *U.S. v. Reese*, 25 M.J. 93 (C.M.A. 1987).

38 Regla 701(a)(1), Reglas para Cortes Marciales.

39 Regla 701(a)(2)(A).

40 Regla 801(a)(2)(B).

“son materiales para la preparación de la defensa.”⁴¹ El fiscal no puede restringir el acceso de información al determinar que él no planea utilizarla como prueba en su presentación del caso. El fiscal está también obligado a compartir evidencia exculpatoria en su posesión, incluido el contenido de entrevistas con testigos en preparación para el juicio oral. Esta provisión permite que el defensor no esté limitado solo a una defensa reactiva a la presentación del fiscal, sino que pueda conseguir información que le ayuda a preparar una defensa proactiva.

Existe también una obligación de compartir con el defensor cada declaración que ha hecho su cliente a las autoridades militares, que el fiscal quiere presentar en la corte marcial. La Regla Militar de Evidencia 304 (d) dicta que el fiscal debe revelar al defensor “el contenido de todas las declaraciones, verbales o escritas que son pertinentes al caso, conocidas por el fiscal y en el control de las fuerzas militares y toda la evidencia derivada de tales declaraciones, que el fiscal tiene la intención de introducir en el proceso.” Una “declaración” no solo incluye las cosas que el acusado ha dicho en entrevistas formales con investigadores, sino, también, las palabras del acusado en conversaciones informales con otras personas. Conocer todo lo que ha dicho el cliente ayuda al defensor a tomar en cuenta la posibilidad que su cliente, si elige testificar en su defensa, podrá contradecir sus declaraciones previas.

La intención de proporcionar un descubrimiento amplio es garantizar que el

proceso no será un “juicio por emboscada.” Cuando las partes del proceso tienen igual acceso a los elementos probatorios, la corte tiene mejor capacidad para determinar la verdad de los hechos y llegar a un resultado justo.

IX. PRESENTACIÓN DE TESTIGOS Y PERITOS

En la justicia militar de los EEUU, la declaración de los testigos compone la mayoría de la evidencia presentada en la audiencia de la corte marcial. Aun cuando una parte quiere presentar evidencia física o documental, es necesario utilizar un testigo para establecer los orígenes y la autenticidad de ellos. Muchas veces, testigos favorables al acusado no quieren participar en el proceso y por eso es necesario instituir mecanismos para obligar su participación y presencia. Las reglas para cortes marciales otorgan al fiscal la autoridad de disponer comparendos que ordenan la presencia de testigos en la corte marcial.⁴² El fiscal ejerce esta autoridad para ordenar la presencia de todos los testigos que participan en el juicio, incluidos los que quiere presentar el defensor.

Es importante también asegurar que el acusado puede contar con la ayuda de peritos cuando los hechos involucran una cuestión técnica o científica. Se reconoce que el gobierno, con sus vastos recursos, tendría una ventaja desproporcionada si el acusado tuviera que pagar expertos por su propia cuenta. Para garantizar un acceso equitativo a los peritos, las Reglas para

41 Regla 701(a)(2)(A).

42 Regla 703(e)(2), Reglas para Cortes Marciales.

Cortes Marciales otorga a la autoridad convocante la responsabilidad para contratar a los expertos. La parte que solicita la ayuda del perito presenta su solicitud al oficial que convoca la corte marcial, explicando “las razones por las cuales el empleo del perito es necesario y el costo estimado del contrato.”⁴³ Si la autoridad convocante rechaza la solicitud del acusado, el defensor puede pedir que el juez militar revise la decisión, y si determina que el experto es necesario, el juez puede ordenar que el fiscal lo consiga o encuentre a un sustituto adecuado.

La participación de peritos en cortes marciales es común cuando los delitos, por su naturaleza, incluyen cuestiones científicas o técnicas. Por ejemplo, dada la prevalencia de computadoras y teléfonos celulares en la sociedad moderna, muchas veces expertos forenses en dispositivos electrónicos testifican sobre la colección de evidencia digital. En casos de agresión sexual, es común que un sicólogo testifique sobre los efectos de experiencias traumáticas a la memoria de la presunta víctima. Cuando el consumo de alcohol o drogas fue un factor en el evento, un toxicólogo puede testificar sobre los efectos del estupefaciente o droga.

X. LA CLEMENCIA Y APELACIONES

Si la corte marcial emite una sentencia condenatoria, el defensor que representó al acusado en la audiencia tiene una oportunidad más de influir en el resultado del

proceso. El resultado no es definitivo hasta que la autoridad convocante apruebe la sentencia y la pena emitida por la corte. El defensor puede, en anticipación de esta acción, presentar información y argumentos escritos para intentar persuadirle de aprobar una pena más leve que la que dictó la corte marcial.

“El acusado puede presentar a la autoridad convocante asuntos que razonablemente tienden a afectar su decisión de aprobar la sentencia.”⁴⁴ El defensor transmita los aportes de su cliente al oficial que convocó la corte después de revisar el archivo del juicio oral, y puede presentar alegaciones de errores cometidos en la corte y porciones del testimonio y evidencia presentada.⁴⁵ El defensor también puede presentar asuntos en mitigación “no disponible para ser considerados en la corte marcial,” pero no puede considerar cuestiones relacionadas al carácter de la víctima a menos que fueran presentadas como evidencia y no excluidas en el juicio oral.”⁴⁶

Después de considerar el archivo del juicio, la recomendación de su asesor jurídico, las materias de clemencia presentadas por el defensor y el acusado, la autoridad convocante puede aprobar la sentencia y pena de la corte o imponer una pena más leve.

En algunas circunstancias, la autoridad convocante puede tomar una acción aún más favorable hacia el acusado, hasta

43 Regla 703(d), Reglas para Cortes Marciales.

44 Regla 1105, Reglas para Cortes Marciales.

45 Regla 1105 (b) (2) (A)-(B), Reglas para Cortes Marciales.

46 Regla 1105 (b) (2) (C); Regla 1107(b) (3) (C), Reglas para Cortes Marciales.

sustituir una sentencia condenatoria a un delito menos grave o emitir una sentencia absolutoria. Este poder más amplio no se puede ejercer si la corte marcial condenó al acusado por un delito sexual o impuso una pena de más de 6 meses de prisión o una baja penal de la fuerza.⁴⁷ Se ve que en esta etapa del proceso el defensor tiene la posibilidad de lograr un beneficio significativo para su cliente, aún antes de la apelación.

Todo proceso en el que se haya impuesto penas de baja penal o más de 6 meses de encarcelamiento, es revisado por un defensor adicional, quien representará al acusado en la apelación de su sentencia. Este defensor revisa el archivo del proceso, buscando potenciales errores cometidos por el juez militar, el fiscal del juicio u otros participantes en los procedimientos, incluyendo el del defensor que representó al acusado en el juicio oral. La participación de un defensor independiente en la apelación asegura una evaluación crítica del desempeño del defensor en el juicio, sin riesgo de un conflicto de interés. Si el defensor de apelaciones encuentra que el defensor no fue eficaz en su representación en el juicio oral y logra convencer a la corte de apelaciones del mismo, el caso puede ser devuelto (remandado) a la corte marcial para un nuevo juicio.

XI. LA ESTRUCTURA DEL CUERPO JURÍDICO BRINDA AL DEFENSOR OPORTUNIDADES PARA AVANZAR EN LA CARRERA

El empleo de un defensor adicional de apelaciones no es la única manera en que la estructura del cuerpo de defensores

fortalece el rol del defensor de oficio en el sistema de justicia militar en los EEUU. Las fuerzas militares ponen mucho énfasis en la selección, capacitación, y apoyo de los defensores para asegurar que los miembros de las fuerzas reciban representación eficaz en su proceso penal.

Por ejemplo, en la Fuerza Aérea un abogado solamente puede servir como defensor de oficio después de aplicar, recibir una recomendación favorable y ser escogido por el Auditor General de la Fuerza Aérea. Para aplicar, el candidato primero tiene que demostrar su destreza con la presentación de evidencias y otros procedimientos de las cortes marciales. En la Fuerza Aérea, un abogado nuevo uniformado recibe varias oportunidades para ganar esta experiencia participando en varios procesos penales como asistente fiscal del juicio.

Basándose la selección en la voluntad del candidato, se asegura que el abogado bajo consideración tiene el deseo sincero de servir en esta capacidad, lo cual requiere interés en enfocar toda su práctica en el servicio de clientes individuales, mientras dure su comisión como defensor. El candidato también necesita una afinidad y destreza particular en la litigación oral. Muchas veces, los defensores llevan un calendario lleno de audiencias; al acabar con un proceso le toca al defensor preparar el próximo con pocos días de intervalo. El candidato-defensor necesita tener la disposición de mantener este nivel de esfuerzo.

Aun cuando un candidato tiene ganas de cumplir con la labor del defensor, no será seleccionado sin una recomendación

47 Regla 1107 (b) (1), Reglas para Cortes Marciales.

favorable de su supervisor. En la Fuerza Aérea, esta recomendación incluye aportes de jueces militares y otros defensores que conocen al candidato y su manejo del proceso penal. Si un candidato tiene una reputación de no prepararse bien para las audiencias, o no tener una comprensión suficiente del código militar y las reglas del procedimiento, es probable que no reciba recomendación para ser un defensor. Todas las nominaciones pasan por los niveles en la cadena técnica del cuerpo jurídico en ruta a la oficina del Auditor General de la Fuerza, quien escogerá a los que él considere preparados y capaces de servir en esta función.

Al ser seleccionado, el nuevo defensor asiste a una orientación que lo introduce en el conocimiento especializado que es necesario para ser eficaz en su nuevo desempeño, lo cual incluye la manera de asesorar clientes y sus opciones en el proceso penal, y cómo mantener una relación eficaz con el cliente. Los defensores también reciben oportunidades de asistir a cursos en técnicas de abogacía oral para mejorar su destreza en las audiencias.

La línea de mando de los defensores es separada de los comandantes que ejercen la autoridad convocatoria para asegurar que el defensor pueda representar los intereses de sus clientes sin preocuparse por el bienestar de su carrera. Ninguna persona en la cadena de mando del defensor depende del comando operacional de la base donde trabaja el defensor. Todos los defensores dependen de un coronel quien es el Jefe de la División de Defensa de Juicios, la cual es dividida en regiones para proveer varios niveles de supervisión para los defensores de oficio. El supervisor directo es un defensor muy experimentado quien ofrece consejo y tutoría valiosa. Los nuevos defensores siempre son acompañados por un defensor con más

experiencia en sus primeros procesos, lo cual ayuda al menos experimentado a velar por los derechos del acusado.

La dependencia de todos los defensores de una sola organización crea una comunidad de colaboración entre todos sus integrantes. La División mantiene una colección de materias de capacitación y ejemplos de mociones que se han presentado en procesos anteriores, para evitar que un defensor tenga que “reinventar la rueda” en su proceso particular. Si algún defensor tiene preguntas sobre cómo proceder, o cómo enfrentarse con problemas fuera de lo común, él puede contar con la ayuda y consejo de otros defensores de la División. Este tipo de colaboración y asesoramiento sucede en la preparación de la defensa en todas las cortes convocadas, como cortes marciales generales y muchas de las cortes especiales.

La estructura del cuerpo jurídico permite que los defensores puedan avanzar en su carrera al terminar su comisión como defensor. Un ex-defensor puede aplicar su conocimiento de la justicia militar de varias maneras en sus destinos subsecuentes. Por ejemplo, un ex-defensor puede servir como juez militar, fiscal, subjefe de una oficina jurídica o en otras capacidades dentro de la comunidad de los defensores. El servicio eficaz como defensor se considera una experiencia favorable en las juntas de ascenso. Las buenas oportunidades para el ascenso incentivan el buen desempeño de los defensores.

XII. CONCLUSIÓN

Para que un sistema acusatorio de justicia militar funcione y sea justo, el defensor de oficio necesita desempeñar un papel significativo en el proceso. Eso solo puede suceder si el sistema brinda a la defensa

poderosos recursos legales y de procedimiento. Cuando existen tales recursos, el abogado defensor se convierte en la personificación de los derechos del acusado, la persona que puede asegurarse de que el acusado reciba un juicio justo.

El papel de los abogados defensores en el sistema de justicia militar de los Estados Unidos ha evolucionado con el tiempo, brindándoles muchos recursos para que cumplan con su labor. Como se señaló

anteriormente, los derechos de los acusados fueron el objetivo principal en muchas de las primeras reformas en nuestra justicia militar. Les corresponde a los actores del sistema de justicia militar monitorear constantemente cómo está funcionando el sistema e identificar las áreas donde podrían ser necesarios otros cambios. Esto ayudará a garantizar que se puedan preservar los derechos de todas las partes y la salud general del sistema de justicia militar.

José Antonio Rodríguez Santisteban¹

LAS INFRACCIONES

CONTRA EL PATRIMONIO MILITAR EN EL DERECHO COMPARADO

SUMARIO: 1. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA, 1.2 SISTEMA TRADICIONAL O INTEGRAL, 1.2.1 MODALIDADES DEL SISTEMA INTEGRAL EN AMÉRICA, 1.2.1.1 CHILE, 1.2.1.2 COLOMBIA, 1.2.1.3 MÉJICO, 1.2.1.4 PERÚ, 1.2.2 PARTICULARIDADES DEL SISTEMA INTEGRAL EN EUROPA, 1.2.2.1 FRANCIA, 1.2.2.2 PORTUGAL, 1.2.3 EL SISTEMA TRADICIONAL EN ÁFRICA, 1.2.3.1 MALI, 1.2.3.2 MARRUECOS, 1.3 SISTEMA DE CÓDIGO PENAL AUTÓNOMO, 1.3.1 CARACTERES DEL SISTEMA DE CPM EN AMÉRICA, 1.3.1.1 BRASIL, 1.3.1.2 PARAGUAY, 1.3.2 MODALIDADES DE CPM EN ZONA EUROPEA, 1.3.2.1 ALEMANIA, 1.3.2.2 BÉLGICA, 1.3.2.3 HOLANDA, 1.3.2.4 ITALIA, 1.3.2.5 SUIZA, 1.3.3 PARTICULARIDADES DE CPM EN LA REGIÓN AFRICANA: EL CONGO, 1.4 SISTEMA DE CÓDIGO ÚNICO O COMÚN, 1.4.1 ARGENTINA, 1.4.2 RUSIA, 1.5 FAMILIA ANGLOSAJONA O DE LA COMON LAW, 1.5.1 REGIÓN DE AMÉRICA, 1.5.1.1 CANADÁ, 1.5.1.2 ESTADOS UNIDOS, 1.5.2 REGIÓN ASIÁTICA: EL CASO DE INDIA, 1.5.3 REGIÓN EUROPEA, 1.5.3.1 IRLANDA, 1.5.3.2 REINO UNIDO, 2. CARACTERES GLOBALES EN EL DERECHO COMPARADO, 2.1 NATURALEZA MILITAR O COMÚN, PENAL O ADMINISTRATIVA, 2.2 TÉCNICA LEGISLATIVA, SISTEMÁTICA Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, 2.3 TIPOS AGRAVADOS Y ATENUADOS, 2.3.1 TIPOS AGRAVADOS, 2.3.2 TIPOS ATENUADOS, 2.4 LA IMPRUDENCIA Y TIPOS IMPERFECTOS DE REALIZACIÓN, 2.5 SANCIONES PRINCIPALES Y ACCESORIAS.

RESUMEN

El autor hace un estudio comparado del tratamiento que se hace de los delitos contra la hacienda militar en los códigos de justicia militar de diversos países. Clasifica ese tratamiento de acuerdo a los sistemas

1 Doctor en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Granada (España), Master Oficial en Seguridad por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (España), Académico correspondiente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, Capitán auditor del Cuerpo Jurídico Militar, Asesor Jurídico del Ejército de Tierra de España.

jurídicos existentes en materia penal militar en el mundo como el tradicional o integral, el sistema de código penal autónomo, sistema de código único o común y la familia anglosajona. Considera las circunstancias agravantes y atenuantes que se prevén en los códigos en esa materia estudia también el tratamiento de las faltas disciplinarias en el ámbito del patrimonio militar y las formas de sanción, entre otros interesantes asuntos.

ABSTRAC

The author makes a comparative study of the treatment that is made of the crimes against the military Treasury in the codes of military justice of different countries. It classifies this treatment according to the legal systems existing in military criminal matters in the world as the traditional or integral, the system of autonomous Penal Code, system of single or common code and the Anglo-Saxon family. It considers the aggravating and mitigating circumstances envisaged in the codes in that area. It also studies the treatment of disciplinary fouls in the field of military heritage and forms of sanction, among other interesting issues.

1. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

El Derecho comparado es instrumento de investigación indispensable, a nivel práctico y teórico². Para una mejor comprensión

del modelo español respecto a las infracciones contra la hacienda en el ámbito militar, se hace preciso exponer una panorámica del Derecho comparado que se recoge en los textos normativos militares de distintos países.

El régimen jurídico en el Derecho comparado ofrece varias perspectivas de análisis: 1) la contextual como consecuencia de la afinidad histórica, cultural o política; 2) la estructural porque estos países son socios y aliados en diferentes organismos internacionales; 3) la operativa ya que comparten con España diferentes misiones en materia de seguridad y defensa.

El estudio de los textos normativos penales militares de los distintos países permite extraer líneas comunes y diferencias que pueden ser útiles para conformar una visión completa de la protección de la hacienda militar en el panorama internacional y son ilustrativas de las distintas corrientes para tipificar y sistematizar un conjunto de infracciones, dando lugar a distintas soluciones de una misma cuestión.

La complejidad del tema obliga a realizar una fase expositiva previa, para después abordar un análisis comparativo en el que se recojan las notas comunes y diferencias de los distintos sistemas normativos.

Además, hay que tener en cuenta la dificultad y complejidad de realizar el análisis en materia de Derecho comparado

2 RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: «El Derecho comparado como método de política criminal», en *REDEM* núm. 35, Madrid, 1978, p. 13 y ss.; JESCHECK, H.: «El Derecho comparado como fundamento de la reforma procesal penal», en *Revista de Derecho Público*, Madrid, 1975, pp. 337 y 338.

castrense³ y, en particular, en esta clase de infracciones (la hacienda o patrimonio en el ámbito militar), ya que hay infracciones que en muchos países llegan a tener una doble naturaleza, la penal y la disciplinaria.

En el análisis expositivo se ha preferido, a pesar de su complejidad, la agrupación por «familias» o sistemas. La razón se debe a que las «familias»⁴ en el Derecho penal militar son distintas a las previstas en el Derecho penal común, a pesar de compartir en casos caracteres similares. No hay que olvidar que el Derecho penal militar es un Derecho penal especial y que existe, entre otras razones, por sus propias particularidades⁵. Además, dentro de cada familia, se hace una su clasificación por regiones para así poder precisar mejor las notas comunes y diferenciales que pueden existir.

Las familias en las que se expondrán las distintas regulaciones en este estudio son: el sistema tradicional o integral; el de código penal autónomo; el de incriminación conjunta o unitaria de incluir los delitos militares en el código penal común; y el anglosajón o de la *Common law*.

El primer sistema implica incluir en un único texto todas las normas penales. Es el

que operó en nuestro país con el Código de Justicia Militar⁶ de 1945 y que desapareció con la aprobación del Código Penal Militar⁷ de 1985. Opina un sector de la doctrina⁸ que «resulta anacrónica la imagen de un Código que pretende recoger todo lo concerniente a la administración de Justicia militar»⁹. Otros autores consideran que es muy útil para el manejo al no profesional en Derecho, propiciando un conocimiento general de las leyes jurídico penales militares¹⁰. Tradicionalmente, a este tipo de textos se les llama CJM recogiendo todo lo referido a la justicia militar.

El segundo sistema se adoptó en nuestro país con el CPM de 1985 y que continua, es decir, el sistema de código penal autónomo. Ello implica que será en otros textos normativos donde se regulen las normas orgánicas y procedimentales. Según Millán Garrido, «entre los Códigos o leyes penales especiales que lo adoptan pueden encontrarse textos de muy distinta naturaleza y diversa conformación»¹¹, ya que no responde a una concepción sustancial unitaria del Derecho penal militar.

La tercera familia consiste en incluir todos los delitos en un solo código o ley

3 MESA ANGOSTO, Carlos: «La justicia militar en el Derecho comparado. El delito de función en el sistema interamericano de Derecho Humanos y la Organización de la Jurisdicción Militar en América y Europa», en *El Jurista del Fuero Militar Policial* núm. 1, Perú, 2012, pp. 17 y ss.

4 La Familia jurídica es un conjunto de sistemas jurídicos que comparten características determinadas.

5 COLOMBO, C.: «La sustantividad del Derecho Penal Militar», en *REDEM* núm. 27, Madrid. 1964, pp. 9 y ss.

6 En adelante CJM.

7 En adelante CPM.

8 VALENCIANO ALMOINA, J.: «En torno al nuevo Código de Justicia Militar», en *REDEM* núm. 35, 1978, p. 56.

9 *Ibidem*, p. 56.

10 MILLÁN GARRIDO, A.: *Justicia Militar*. 9ª edición, Ariel, Barcelona, 2012, p. 40.

11 VALENCIANO ALMOINA, J.: loc. cit., p. 56.

penal, que será la ley común para todos ellos, independientemente de que sean delitos comunes o militares.

La cuarta familia es la anglosajona o de *Common law*.

1.2 Sistema tradicional o integral

Dentro de este modelo, se podría hablar del sistema tradicional puro o de sistema tradicional imperfecto. En el primer grupo se incluyen aquellos que en un mismo texto recogen toda la normativa penal, disciplinaria y procesal, mientras que en el tradicional imperfecto se encontrarían los que sólo incluyen la normativa penal y procesal, ya que la normativa disciplinaria se regula en otra u otras normas.

1.2.1 Modalidades del sistema integral en América

1.2.1.1 Chile

En Chile rige el Código de Justicia Militar de 1944 que comprende tanto el Derecho penal militar material como formal, aplicable tanto para tiempo de guerra como para tiempo de paz¹².

En el Libro tercero (con un total de XI títulos) es donde se regulan los diferentes delitos militares¹³. Los preceptos a destacar dentro de este estudio se contienen tanto en el Título VIII¹⁴, como en el Título IX¹⁵.

El art. 205 establece la aplicación de las disposiciones penales comunes recogidas en el Código Penal común (Libro I), en cuanto no se opongan al contenido del CJM.

Dentro de los delitos contra los intereses del Ejército, se encuentran preceptos similares a los considerados delitos contra el patrimonio en el ámbito militar en el CPM de 2015. En este caso, en el CJM chileno, el bien jurídico protegido son los intereses del Ejército (art. 346 a 353).

El CJM persigue al que, con conocimiento, sea militar o no, autorice a suministrar a la tropa o suministre víveres en mal estado o adulterados (art. 346). La pena será de presidio. Si se produjera alguna muerte la pena se agrava.

El art. 347 castiga al que, maliciosamente y en tiempo de guerra, cuando sea encargado del suministro a las tropas de víveres, municiones u otros efectos, deje de hacerlo. La pena será de presidio mayor o menor, dependiendo si el caso tipificado se produce por negligencia o se causa un perjuicio grave. En este último caso cabe hasta la aplicación de la pena de muerte¹⁶.

El art. 348 sólo es aplicable en tiempo de guerra. El sujeto activo sería el encargado que sustrajera o consintiera que otro sustrajera, aplicando a usos propios o ajenos caudales o efectos pertenecientes al Ejército. La pena será de presidio, agravándose en el

12 LÓPEZ DAWSON, C.: *Justicia militar: una nueva mirada*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, 1995.

13 *Código de Justicia Militar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

14 Delitos contra los intereses del Ejército.

15 Delitos contra la propiedad.

16 La pena de muerte sigue vigente en Chile.

caso de que el delito se diera en campaña y con daño para la operación de guerra o si diera lugar a un perjuicio efectivo para la tropa.

El artículo 349 es un precepto similar a la suposición de plazas supuestas, ya que consiste en castigar al que falsifique en cualquier documento militar datos para señalar que existe un mayor número de efectivos, ganado, material de guerra, víveres, equipos, o cualquier otra falsedad en materia de administración militar causando un perjuicio al Estado.

El Título IX del Libro III del CJM chileno se refiere a la propiedad¹⁷. Se castiga el robo o hurto de material de guerra o maquinaria o útiles de exclusivo uso para fabricar material de guerra con la pena prevista en el Código Penal Común¹⁸ aumentada en uno, dos o tres grados (art. 354).

La persona que dolosamente robe o hurte ganado, equipos, vestuario, forraje, víveres u otras especies que afecten al servicio de los institutos armados y no sea material de guerra, se castigara con la pena establecida en el CPC aumentada en un grado si el sujeto activo es un civil. Si el sujeto activo fuere un militar, la pena será la prevista en el CPC aumentada en uno o dos grados.

El art. 356 castiga al que, al margen de los casos autorizados, enajene, adquiera, reciba armamento, munición u objetos calificados de material de guerra, equipo o vestuario de las instituciones armadas. También se castiga si lo hiciera un militar que recibe ese material para su uso y con

obligación de devolverlo (art. 357). La pena es de presidio menor, salvo que se establezca otra de más gravedad en el CP común. El art. 358 castiga como culpable de robo con violencia al militar que ordene o practique requisiciones con ánimo de lucro.

En cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, se establecen en el CJM chileno, para los delitos de robo y hurto de especies militares, una serie de circunstancias agravantes, como son: 1) cometer el delito en tiempo de guerra (art. 361. 1º); 2) poner en peligro la seguridad, establecimiento militar, especialmente si están destinados a fabricar o guardar material de guerra o municiones (art. 361.2º); 3) si como consecuencia del delito no se cumpliera una orden del servicio, produciéndose por ello un perjuicio (art. 361. 3ª); 4) cometer el hecho en servicio de armas, de guardia o de centinela (art. 362. 1º); 5) cometerlo en perjuicio de sus compañeros de armas (362. 2º); 6) ejecutarlo en campaña en perjuicio de un proveedor o suministrador del Ejército (art. 362. 3º); 7) realizar el hecho en casa de quien le proporciona al culpable alojamiento (art. 362. 4º); 8) cometer el delito el militar si el delito no lo contemplare entre sus circunstancias (art. 362. 5º). El robo o hurto cometido por un militar en casa de su superior, se considerará cometido en el cuartel (art. 363).

El CJM chileno presume la tentativa de robo a aquel que con armas y sin autorización, o simulando autoridad u órdenes superiores se introdujere en el local donde se guardan armas, municiones, caudales, víveres, equipo, vestuario u otros objetos

17 Art. 354 a 366 CJM de Chile.

18 En adelante CPC.

afectos al servicio militar (art. 364 *segundo*). Igualmente se presumirá la tentativa si se entrara en los mencionados locales con fracturas, escalamiento, ganzúa o llave falsa (art. 364 *primero*). Un caso particular es la agravante para el supuesto de que se cometa el delito de abandono de destino o de residencia contemplado en el art 308.

En cuanto a la normativa disciplinaria, ésta se regula en el Reglamento de Disciplina para las FAS de diciembre de 1951¹⁹. Las faltas disciplinarias están tipificadas en el art. 76 del referido reglamento, de las que destacan los números 23, 24, 27 y 40 del mismo. Es falta disciplinaria el descuidar la conservación de armamento, equipo, vestuario u otro objeto fiscal de uso de las Instituciones Armadas y destinado a la Defensa Nacional siempre que no constituya delito (art. 76. 23). También se considera falta disciplinaria el proponer, recomendar, contratar o gestionar la contratación para el servicio de las instituciones de la Defensa Nacional de los individuos que no cumplen los requisitos legales o reglamentarios para ello y, teniendo obligación de ello, no efectúen la debida comprobación de los antecedentes necesarios o silenciar aquellos que fueren negativos (art. 76. 24). Se castigará disciplinariamente vender, empeñar, cambiar, inutilizar o donar especies fiscales, cuando estos hechos no alcanzan a constituir delito (art. 76. 27). Las sanciones disciplinarias son principalmente las de amonestación, represión y arresto militar.

1.2.1.2 Colombia

El Derecho penal militar colombiano no se encuentra recogido en un texto del año 2010, en el que se incluye la normativa penal militar y la procesal militar con 628 artículos. Según el CPM colombiano, sólo podrán ser enjuiciados por delito militar los militares o agentes de la fuerza pública. Cuando un miembro de la fuerza pública, en servicio activo y en relación con el mismo servicio, cometa un delito previsto en el CP ordinario o sus leyes complementarias, será investigado y juzgado de conformidad con las disposiciones del CPM colombiano²⁰.

En cuanto a los preceptos que cabe considerar similares a los delitos contra la hacienda en el ámbito militar, la regulación es dispersa, dependiendo del bien jurídico. Así, en el art. 115 se tipifica la omisión en el abastecimiento. En el artículo 161 y siguientes del CPM el peculado bajo la rúbrica «Delitos contra la Administración Pública». En el art. 164 se tipifica el tráfico de influencias y en los arts. 168 y 169 el hurto de armas y bienes de Defensa y hurto de uso, respectivamente.

El art. 115 se encuentra dentro del Título II del Libro II del CPM colombiano. Este título II lleva por rúbrica «Delitos contra el servicio». Por tanto, el bien jurídico que principalmente se intenta proteger es el servicio. El art. 115 castiga con pena de prisión al miembro de la Fuerza pública legalmente encargado para ello que no abastezca

19 El Reglamento disciplinario para las Fuerza Armadas chilenas, se recoge en el Decreto Supremo n° 1445, de 14 de diciembre de 1951. Esta norma sólo es aplicable al personal del Ejército y de la Fuerza aérea. La Marina tiene su propio reglamento disciplinario (Decreto Supremo núm. 1232, de 21 de octubre de 1986).

20 Art. 171 CPM de Colombia.

en debida y oportuna forma a las tropas. Se establece una circunstancia agravante específica, cuando se causare algún perjuicio en las operaciones o acciones militares o policiales. Se atenuara la pena si se cometa el hecho delictivo por negligencia.

Del art. 161 al 164, el bien jurídico fundamental es la Administración Pública. De estos cuatro preceptos, los tres primeros recogen el peculado y el último tipifica el tráfico de influencias. Así, se sanciona al que se apropia en provecho suyo o de un tercero de bienes de dotación que se hallaban confiados o entregados por un título no traslativo de dominio, con la pena de prisión. Se establece una agravante si el valor de lo apropiado supera los diez salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin excederse de veinte. El art. 161 establece otras dos circunstancias calificadas cuando la acción se realice: a) sobre armas de fuego, municiones o explosivos de uso exclusivo de la Fuerza Pública; b) en caso de depósito necesario.

El art. 162 castiga al militar o agente de la fuerza pública que decomisare armas, municiones o explosivos, o las recibiere decomisadas o incautadas y sin justa causa no las entregare a la autoridad correspondiente dentro de los quince días siguientes a la fecha del decomiso o recibo con pena de prisión.

En el art. 163 se pena al que realice cualquiera de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, respecto de bienes o efectos, cuya administración, custodia

o tenencia, se le hayan confiado por razón o con ocasión de sus funciones y que pertenezcan o se hayan destinado para los centros de recreación, casinos o tiendas de agentes o soldados, economatos de la Fuerza Pública, o de bienes de asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro del ramo de Defensa Nacional. El CPM colombiano, bajo la rúbrica de «otros delitos», en el Título VIII del Libro II, contiene el hurto de armas y bienes de Defensa (art. 168) y el hurto de uso (art. 169).

El régimen disciplinario se regula en la Ley 836 de 2003. Constituye falta disciplinaria la realización de cualquiera de las conductas o comportamientos previstos como tal en el reglamento, que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y atribuciones, trasgresión de prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causas de exclusión de responsabilidad contempladas²¹.

Las faltas se clasifican en tres²²: gravísimas, graves y leves. Las primeras se enumeran en el art. 58 (núm. 28, 29 y 30) por recoger conductas similares a las infracciones contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar. Las graves se recogen en el art. 59 (núm. 4, 5, 6, 8, 36 y 48). Las leves se encuentran en el art. 60 (núm. 42 y 55). Las sanciones a imponer sólo pueden ser la separación absoluta de las Fuerzas Militares, la suspensión y la represión.

21 Art. 56 Ley 836 de 2003 de Colombia.

22 Art. 57 Ley 836 de 2003 de Colombia.

1.2.1.3 Méjico

El CJM de Méjico de 29 de agosto de 1933 es procesal y penal militar²³. Trata las infracciones similares a las tipificadas en el CPM español contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar, en sus artículos 239 a 254, que constituyen los capítulos II y III del Título Octavo «Delitos contra la existencia y seguridad del ejército», encuadrado dentro del Libro II, titulado «Delitos, faltas, delinquentes y penas».

El capítulo II que lleva por rúbrica «Fraude, malversación y retención de haberes», va del artículo 239 al 245.

A) Fraude militar

Los supuestos clásicos del fraude militar se encuentran previstos en el art. 239 del CJM mexicano que tiene su origen en los llamados Santelmos²⁴. El primer punto del 239 castiga al que en las listas de Revista u otro documento militar haga aparecer una cantidad de hombres, animales, haberes, jornales o forrajes mayor del que justamente deba figurar o algún individuo que realmente no exista o que, existiendo, no preste servicio. La pena será de prisión. También se castiga, en el caso de que ocurran los hechos antes descritos, sin cometerlos, por omisión en la vigilancia que les esté encomendada.

En el segundo punto del art. 239 tipifica diferentes conductas, castigándose al que en el ejercicio de sus funciones realice

alguna de las siguientes actuaciones: a) favorecer a un contratista o proveedor en la contrata respectiva; b) presentar cuentas o relaciones inexactas sobre gastos del servicio, naturaleza, cantidad o calidad de los trabajos, mano de obra o provisiones destinadas al uso militar; c) efectuar compras de estas últimas a precio mayor que el de plaza o celebre otros contratos onerosos; d) no dar cuenta oportunamente a la Secretaría de Guerra y Marina de los fondos que tuviere en su poder por economías de forrajes o gasto común; e) firmar o autorizar orden, libramiento o cualquier otro documento de pago o de crédito extendido por los que se hallen a sus órdenes y que difieran en cantidad de lo que arroje la liquidación o ajustes correspondientes; f) ordenar o hacer consumos innecesarios de víveres, municiones, pertrechos, combustibles u otros efectos destinados al servicio; g) cambiar sin autorización las monedas o valores que hubiere recibido, por otros distintos que de cualquier otra manera no especificada alcance el lucro indebido, con perjuicio de los intereses del ejército o de los individuos pertenecientes a él, valiéndose para ello del engaño o aprovechándose del error de otra persona. Todos los casos anteriores son castigados con la pena de prisión.

B) Malversación

Se prevé en el CJM mexicano²⁵ para el que hubiera realizado estas acciones, la

23 La doctrina de esa nación entiende que debe de cambiarse la sistemática y abogan por la separación de las normas procesales y penales militares en diferentes textos. ESPINOSA, Alejandro Carlos: *Derecho procesal penal militar*, Instituto nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México DF, 2009, p. 200.

24 Señala Almirante que «Santelmo» en tiempos de la dominación española en Nápoles significaba plaza supuesta. ALMIRANTE, J.: *Diccionario Militar*, Imprenta y litografía del Depósito de la Guerra, Madrid, 1869, p. 938.

25 ESPINOSA, A.: «Justicia Militar Mexicana», en *Revista Humanitas et Militaris* núm. 7, Brasil, 2011, pp. 60 y ss.

destitución de empleo con inhabilitación para el servicio, como penas accesorias.

Es circunstancia específica, que agrava la pena en el caso del delito de malversación militar, el que el infractor se fugase para substraerse al castigo (art. 24 CJM).

Son circunstancias atenuantes específicas: a) devolver lo sustraído antes de que pasen tres días, desde que se hubiera descubierto el delito en la corporación o dependencia. En este caso la reducción de la pena oscilará dependiendo del valor de lo sustraído; b) en el caso de que la devolución se produzca con posterioridad a esos tres días, y antes de la sentencia, también se establece circunstancia atenuante con respecto a la pena de prisión pero no con respecto a la destitución del empleo.

C) Retención de haberes

Se castiga al que por razón de sus funciones está obligado a entregar o distribuir haberes, raciones o prendas e indebidamente las retiene con penas diferentes según: a) la retención la efectuase en provecho propio o de otro y según el valor de los objetos sustraídos y, en estos casos, se aplicaran las penas y fracciones previstas en el art. 241 (art. 242); b) si dicha retención la hiciese sin aprovechar la retención ni para sí, ni para otro, se impondrá la mitad de la pena prevista en el art. 241 (art. 242).

El segundo de los dos capítulos al que hay que referirse es el capítulo III, del Título Octavo, del Libro II, bajo la rúbrica «extravío, enajenación, robo y destrucción de lo perteneciente al ejército», con una amplia casuística y sistemática deficiente.

Siguiendo la propia rúbrica de este capítulo III, se pueden sistematizar los casos recogidos en este capítulo:

A) Extravío y enajenación

En la que la pena será mayor en el caso de ser un oficial (art 247). El art. 246 castiga a aquel que, para provecho propio de otros, compre, oculte o reciba en prenda vestuario, equipo de uso de personal militar, caballos, acémilas, armas, municiones u otros objetos militares destinados al servicio. Se castiga al que: a) enajene o empeñe las prendas de vestuario o equipo de uso personal; b) enajenen o empeñen caballos, acémilas, armas, municiones u otros objetos militares destinados al servicio; c) extravíe, en tiempos de paz, el caballo, las armas, las municiones u otros objetos que se les hubiera entregado para el servicio, excepto las prendas de vestuario de uso personal. En los tres casos anteriores se establece la agravante específica de estar en campaña, en el caso de que los hechos se den en esta situación.

B) Robo

Se castiga el robo de valores o efectos que pertenezcan al ejército. Se establecen dos circunstancias agravantes: a) cuando se comete en lugar cerrado o en edificio que esté habilitado o destinado para habitación; b) si el delincuente es obrero y el delito se comete en taller en que aquél preste sus servicios.

La normativa disciplinaria se regula en la Ley de Disciplina del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos de 1926 que incluye el arresto entre los correctivos disciplinarios que en la misma se contemplan²⁶. La Ley

26 PIÑEYRO, J.: *Ejército y sociedad en México: pasado y presente*, Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco, 1985.

de Disciplina para el Personal de la Armada de México, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 13 de diciembre de 2002, contempla igualmente el arresto entre los correctivos disciplinarios que la misma prevé²⁷.

1.2.1.4 Perú

En Perú el Derecho penal militar que se encuentra en el Código Penal Militar y Policial del año 2010²⁸. Es un código penal y procesal militar al desarrollar el ejército funciones policiales.

Se establece la supletoriedad del Derecho penal común siempre que lo permita su especial naturaleza²⁹ y no se oponga a los fines y preceptos del Código Penal Militar Policial peruano.

Bajo la rúbrica de «Delitos que afectan los bienes destinados al servicio militar policial», se encuentran preceptos que intentan proteger los materiales destinados a la defensa nacional, al servicio, su utilización y la sustracción de los mismos por culpa. El bien jurídico protegido en esos preceptos (art. 133 a 137) está constituido por los

bienes destinados al servicio militar policial³⁰. Cualquiera de estos delitos sólo puede ser cometido por un militar o un agente de la Policía Nacional Peruana en el ejercicio de su función³¹.

El art. 133 castiga con pena privativa de libertad, con la accesoria de inhabilitación³² al militar o policía que indebidamente disponga, destruya, deteriore, abandone o pierda armas, municiones, explosivos, vehículos terrestres, navales y aéreos, o parte de ellos, y demás bienes o pertrechos militares o policiales, confiados para el servicio³³. Además se establece la agravante de cometer el delito durante enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional.

El artículo 134 se refiere al delito de apropiación ilegítima de material destinado al servicio, que requiere el empleo de violencia contra la persona o amenazarla con un peligro inminente para su vida o integridad física. Se establecen diferentes agravantes. Una se dará cuando el robo se cometa durante la noche o a mano armada en alguno de los siguientes casos: a) con el concurso de dos o más personas; b) mostrando

27 CARBONELL, M.: «El rol de las FAS en la Constitución mexicana», en *Ius et praxis*, vol. 8, núm. 1, 2002, pp. 35 y ss.

28 Decreto Legislativo núm. 11108, de 1 de septiembre de 2010.

29 MONROY MEZE, J.: «Contiendas de competencia entre el fuero común y el fuero militar policial», en *el Jurista Militar Policial*, núm. 1, Perú, 2012, pp. 85 y ss.

30 LANTERO CIENFUEGOS, S.: «Prospección del bien jurídico en el delito militar: la Defensa Nacional», *El Jurista del Fuero Militar Policial*, núm. 6, 2015, pp. 71 y ss.

31 BRAVO MAXDEO, R.: «aproximación a una noción de Derecho Penal Militar Policial en el Perú», *El Jurista Militar Policial*, núm. 3, 2014, pp. 91 y ss.

32 La pena de inhabilitación se extiende por el mismo tiempo que la pena principal (art. 27).

33 CASTILLO ZEVALLOS, J. y GALINDO ARIZA, F.: «Delitos de exceso de ejercicio del mando y afectación del material destinado a la Defensa Nacional competencia del Fuero Militar Policial», *El Jurista Militar Policial*, núm. 1, 2012, pp. 45 y ss.

mandamiento falso de autoridad; c) sobre vehículo terrestre, nave o aeronave, destinada al servicio; d) sobre material de guerra.

La segunda de las agravantes³⁴ ocurrirá cuando se de alguna de estas circunstancias: a) se cause lesiones a la integridad física o mental; b) se empleen drogas, productos químicos o fármacos; c) sobre bienes con el carácter de secreto militar; d) si los bienes robados son destinados a una organización terrorista o delictiva. La tercera de las agravantes, que lleva aparejada la pena perpetua, se dará cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, durante enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional o si, como consecuencia del hecho se causan lesiones graves o la muerte.

Al hurto de material destinado al servicio se refiere el artículo 135. Este art. establece también diferentes agravantes. La primera se da cuando: a) se cometa durante la noche; b) mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos; c) con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública; d) mediante concurso de dos o más personas.

La segunda agravante se dará si se da alguna de las siguientes circunstancias: a) realizarlo un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos; b) cometerlo sobre secreto militar; c) utilización de sistemas de transferencia electrónica, de telemática o violación del empleo de claves secretas; d)

emplear materiales o artefactos explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos; e) cometerlo sobre vehículos terrestres, nave o aeronave, destinado al servicio; f) sobre material de guerra. La tercera de las agravantes se dará cuando el delito se cometa durante enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional o el agente actúe en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización o banda destinada a perpetrar estos delitos. La última de las agravantes previstas en este artículo se da cuando los bienes hurtados son destinados a una organización terrorista o delictiva.

El artículo 136 dispone que «el militar o el policía que, embarcase o permitiese embarcar en un buque, aeronave o cualquier otro vehículo de transporte a sus órdenes, pasajeros o efectos particulares o mercaderías que no procedan de salvamento o abandono, sin estar autorizados o aprobado su procedimiento por el superior, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a seis años».

El artículo 137 castiga con pena privativa de libertad la sustracción por culpa. En los artículos antes vistos se impone como pena la privación de libertad³⁵. No se incluye en el CPM y Policial peruano precepto dedicado a castigar al militar o agente que en el ejercicio de su cargo realice funciones de contratación o avituallamiento. A pesar de ello, es posible el castigo al militar que lleve a cabo este tipo de actos enjuiciándolo conforme a la legislación común.

34 Se establece pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años.

35 En el Perú sólo existe un caso por el que actualmente se puede imponer la pena de muerte. Éste es cometer el delito de traición a la patria en caso de guerra exterior. BLUME ROCHA, E.: «La pena de muerte en Perú», *El Jurista del Fuero Militar Policial*, núm. 6, 2015, pp. 71 y ss.

La normativa disciplinaria, se recoge en la Ley núm. 29131, del Régimen Disciplinario de las FAS, de 24 de octubre de 2007, que señala, entre las sanciones disciplinarias, el arresto simple y el arresto de rigor.

Las faltas disciplinarias pueden ser leves, graves y muy graves (art. 13). Se recogen en los anexos de la Ley núm. 29131, del Régimen Disciplinario de las FAS, de 24 de octubre de 2007. Las infracciones disciplinarias se clasifican en: a) Contra la jerarquía o subordinación; b) contra la disciplina, orden y deberes militares; c) contra el honor, ética y espíritu militar; d) contra la capacidad operativa y logística. En el Anexo I, se recogen las infracciones por falta leve. Destacan: 1) no cumplir con la rendición de cuentas de dinero o la remisión de documentos que justifiquen entrega de bienes o enseres recibidos para el servicio dentro de los planes establecidos; 2) el uso de vehículo oficial sin autorización o para fines ajenos al servicio; 3) el abandonar prendas o uniformes o dejarlos en lugares inadecuados; 4) retirar víveres de los almacenes, paños, cocinas o comedor sin autorización; 5) descuido en el manejo del armamento y munición o en la conservación de armamento o munición. También contempla la pérdida de accesorios del armamento; 6) descuido del material a su cargo, disponer o intercambiar material sin autorización. Empeñar prendas militares en dotación; 7) no cuidar el ombligo de las instalaciones militares.

El Anexo II, tipifica las infracciones graves, de las que destacan: 1) solicitar injustificadamente gratificaciones o beneficios económicos; 2) ocasionar por negligencia pérdidas de material o deterioro del mismo si es valor para el Estado o de

magnitud para el servicio; 3) utilizar bienes de propiedad del Estado para beneficio personal o de terceros; 4) ocasionar daños, al no adoptar las medidas de precaución para el uso y conservación de armamento; 6) la negligencia en el cuidado del armamento a su cargo; 6) disponer arbitrariamente de objetos, rancho, víveres, materiales, vestuario u otros bienes o servicios de la Institución; 7) hacer uso indebido de los bienes o elementos del Estado que le hayan sido entregados para su uso, custodia, transporte, administración o que, de cualquier otra manera tengan acceso a ellos, sin beneficio propio o de terceros; 8) falta de control en el manejo administrativo, dando lugar a la malversación de bienes u otros objetos del Estado.

El Anexo III, se refiere a las infracciones disciplinarias por falta muy grave. De ellas destaca a objeto de nuestro estudio: 1) abandonar el armamento, munición o material; 2) intentar vender, sustraer, extravíar, perder o dañar bienes de propiedad del Estado; 3) realizar adquisiciones con fondos del Estado sin seguir los procedimientos previstos para ello; 4) destruir sin autorización o sin causa justificada prendas, materiales, muebles, enseres, instalaciones u otros bienes propiedad del Estado; 5) disponer de bienes o valores en beneficio propio o de un tercero en operaciones militares.

1.2.2 Particularidades del sistema integral en Europa

1.2.2.1 Francia

La normativa referida a los delitos militares en Francia, se encuentra recogida en su actual CJM de 5 de mayo de 2008. El CJM está compuesto por una parte legislativa y otra reglamentaria, en las que

se contiene la normativa procesal militar y penal militar³⁶.

El art. L311-2 del CJM contiene la denominada cláusula de salvaguarda³⁷ y la remisión al Derecho penal común en todo lo que no se oponga al CJM. En el Libro III, Título II, se recogen sólo y exclusivamente delitos de naturaleza puramente militar en sus diferentes especies. Los delitos similares a las infracciones contra la hacienda en ámbito militar se incluyen dentro del Capítulo II, en particular, en las secciones dedicadas a los delitos de destrucción, a la falsificación y malversación de fondos. Con lo que ya da una idea de que el bien jurídico principal que se intenta proteger es el honor del militar y de las FAS y el deber del militar en el ejercicio de sus funciones dentro de las FAS.

En la sección dedicada a los fraudes, falsificación y malversación de fondos (sección 5ª, del Cap. II) destaca que se incorporan como delitos militares con pena de prisión: 1) al militar responsable o encargado de las cuentas de dinero o materiales que cometiere fraude en sus cuentas o usare documentos falsos (art. L322-11); 2) al que falsifique o altere: a) sustancias, materiales, productos, líquidos que estén bajo su custodia, vigilancia o guardia. Debe de hacerlo a sabiendas y distribuir las o hacerlas distribuir (art. L322-12); b) distribuir o hacer distribuir, a sabiendas, carne que provenga de animales enfermos, contagiados, etc., o materiales o productos

corrompidos o dañados (art. L322-12). La pena será de 5 años de prisión; 3) desviar armas, municiones, vehículos, dinero, efectos, u otros objetos que le son dados para el servicio o con ocasión de ello; 4) robar o hurtar a algún habitante de donde se le da alojamiento con ocasión del servicio.

La materia disciplinaria militar aparece regulada en el Código de la Defensa³⁸, tanto en su «Parte legislativa» como en su «Parte reglamentaria». Esto es así porque en el art. L311-2 del CJM (en su parte legislativa) se establece que las sanciones por infracción disciplinaria se regularán por la Ley núm. 2005-270 de 24 de marzo del Estatuto General del Militar (Código de la Defensa). Por lo que a la «Parte legislativa» se refiere, son de interés los artículos siguientes: a) el art. L4137-1, en el que se establece que, sin perjuicio de las sanciones penales que quepa imponer, las faltas o infracciones cometidas por los militares pueden asimismo exponerles a sufrir tanto «sanciones disciplinarias» como «sanciones profesionales»; b) el art. L4137-2, en el que se establecen tres grupos de sanciones disciplinarias, incluyéndose en el primero de ellos (que agrupa a las sanciones más leves) la consigna y los arrestos.

Es en la «Parte reglamentaria» del Código de la Defensa donde se desarrolla el régimen jurídico de las sanciones disciplinarias, según texto redactado por Decreto 2008-392, de 23 de abril.

36 BRICARD, PIERRE: «Le Juge Militaire Français», *Revista Humanitas et Militaris* núm. 1, 2004, pp. 81 y ss.

37 RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.: «La reforma de la justicia militar», *Revista General de Marina*, Tomo 210, Madrid, 1986, p. 384.

38 BAILLET, J.: «Le traitement des infractions commises, en temps de paix sur le territoire national, par les militaires français», *Revista Humanitas et Militaris* núm. 5, 2011, pp. 33 y ss.

1.2.2.2 Portugal

En Portugal actualmente rige el CJM de 2003 procesal y penal militar. El CJM portugués está dividido en dos libros. El primero de ellos trata sobre los crímenes³⁹ y el segundo sobre el proceso⁴⁰.

El CJM portugués es aplicable a los crímenes de naturaleza estrictamente militar (artículo 1.1 CJM), pudiendo ser sujeto activo del delito tanto los militares (art. 4 CJM), como los civiles, siempre que se encuentren comprendidos en el tipo penal concreto y establece el principio de carácter supletorio de su Código Penal Común (art. 2 CJM)⁴¹. La tentativa de crímenes estrictamente militares será punible cualquiera que sea la pena aplicable al crimen consumado⁴².

Los delitos similares a los delitos contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar españoles, se encuentran recogidos en el Título II del Libro I del CJM portugués. En particular se tipifican en el Capítulo I (Sección III) y, sobre todo, en su Capítulo V bajo la rúbrica de «Crímenes contra la capacidad militar y la Defensa Nacional» y dentro de este en la Sección IV⁴³ (artículos 81 a 84 CJM portugués).

La Sección II del Capítulo I⁴⁴, Título II, del Libro I del CJM «la infidelidad en el servicio militar» tiene dos preceptos: los artículos 36 y 37 que se refieren al cohecho en sus diferentes formas cuando se dé aplicado a las FAS u otras fuerzas militares.

El artículo 81 CJM castiga al militar que, por negligencia, deje de presentar material de guerra que le haya sido confiado o tenga que distribuir para el servicio con la pena de prisión. En el caso del artículo 81, el sujeto activo sólo puede ser el militar, imponiéndose una pena de prisión de 1 mes a 3 años, excepto cuando el tipo se cometa en tiempo de guerra, en cuyo caso, la pena será mayor.

El artículo 82 CJM portugués se refiere a aquel sujeto que se dedique al comercio ilícito de material de guerra⁴⁵ fuera de las condiciones exigidas por la legislación específica o sea contrario a las prescripciones dadas por las autoridades competentes.

El artículo 83⁴⁶ CJM castiga en su apartado 1º, al que, con intención ilegal, se apropiase para sí o para otro de material de guerra. La pena será de prisión. Por su parte, el apartado segundo del art. 83 CJM establece la agravante en dos casos. El primer caso

39 LIVRO I: Dos crimes.

40 LIVRO II: Do processo.

41 DE BARROS LEAL SARAIVA, A.: *Comentário a Parte Geral do Código Penal Militar*, ABC Editora, Fortaleza, 2007.

42 Art. 12 CJM portugués.

43 *Extravio, furto e roubo de material de guerra.*

44 *Dos crimes contra a independência e a integridade de nacionais.*

45 El concepto de material de guerra a efectos de aplicación del CJM portugués se encuentra regulado en el artículo 7 del CJM. De este precepto destaca su amplitud, considerándose material de guerra no sólo aquel armamento que pertenece a las FAS portuguesas u otras fuerzas militares.

46 *Hurto de material de guerra.*

se dará cuando el valor de lo sustraído sea considerablemente elevado. El segundo caso será si se produce utilizando con alguna de las circunstancias previstas como, por ejemplo, el uso de llaves falsas o escalamiento. En el apartado 3º del art. 83 CJM establece la atenuante si la sustracción no fuera dirigida a la obtención de material de guerra.

El art. 84 CJM, castiga con pena de prisión de 2 a 8 años a aquel que con ilegítima intención se apropiare para sí o para otro, substraiera o consintiera que se entregue material de guerra usando violencia o intimidación contra las personas o mediando amenazas de peligro inminente de vida o de la integridad física.

Los artículos 81 a 83 del CJM portugués son equiparables a los previstos en los artículos 82 y 85 del CPM español. En el texto portugués no se hace una sola mención a la defraudación en materia de contratación y, por tanto, será de aplicación la legislación común.

En cuanto a la normativa disciplinaria rige el Reglamento de Disciplina Militar, aprobado por Ley Orgánica nº 2/2009, de 22 de julio, que recoge el catálogo de penas disciplinarias en su art. 30, mencionando entre ellas la prohibición de salida y la prisión disciplinaria. Según la normativa disciplinaria portuguesa⁴⁷, son infracciones disciplinarias, aunque se cometan por negligencia, la violación de cualquiera de los

deberes militares (art. 7) que se incluyen en el Reglamento de Disciplina Militar. A objeto de este estudio destacan los siguientes deberes:

1.- Deber de cuidado⁴⁸. Dentro de este deber destaca la violación del mismo mediante: a) el consentimiento, cuando tuvieran encomendada o bajo su responsabilidad armamento o munición, que alguien se apodere ilegítimamente de él; b) el permitir el uso de instalación, armas, vehículos u otros bienes del servicio para fines ajenos al mismo, sin que exista la necesaria autorización o de cualquier otra forma los inutilizare o sustraiga del fin encomendado los bienes patrimoniales a su cargo; c) el no velar por la conservación de los bienes patrimoniales que le están confiados.

2.- Deber de honestidad⁴⁹. Dentro de este deber resalta la violación del mismo mediante el hecho de: a) hacerse con bienes de naturaleza y propiedad estatal para provecho propio; b) hacer valer la autoridad, rango o función para obtener ventajas o beneficios

3.- Deber de aplomo⁵⁰. Destacando el incumplimiento de: a) cuidar de la limpieza y el mantenimiento de uniformes, armas, vehículos, equipo; b) cuidar de cualquier otro bien que se le entregó o dependa de él afecto al servicio; c) cuidar con celo cualquier animal que le haya sido entregado para el servicio o tratamiento.

47 ROQUE, N.: «Estrutura da Justiça Militar em Portugal», en *Revista direito Militar* núm. 18, 1999, pp. 29 y ss.

48 Art. 17.

49 Art. 22.

50 Art. 24.

1.2.3 El sistema tradicional en África

1.2.3.1 Mali

En Mali rige en materia de Derecho penal militar la ley N° 95-042/AN-RM, de 20 de abril 1995, por el que se regula el CJM. El CJM de Mali es procesal militar y penal militar, en el que se incluyen las faltas disciplinarias. Las infracciones militares y las penales aplicables, se recogen en el Libro IV del CJM, artículos 90 y siguientes.

Pueden ser de tres clases, según el art. 91 de su CJM. Estas son: crimen, delito y contravención o sanción disciplinaria. El primero puede llevar aparejada las penas de muerte, cadena perpetua o prisión de cinco a 20 años (art. 92). En cuanto al segundo las sanciones a imponer pueden ser la prisión de tres meses a cinco años, la degradación y la multa (art. 92). Respecto a la contravención o sanción disciplinaria el castigo para el infractor es la prisión de entre un mes a tres meses (art. 92). Como penas accesorias se establecen la degradación y la retrogradación.

A objeto de esta investigación, es el capítulo dedicado a las infracciones contra el honor y el deber y, en particular, dentro de éste, la sección referida a los fraudes, falsificaciones y desvíos⁵¹ la más importante. En ella es donde se recogen las infracciones asimilables a nuestras infracciones contra la hacienda o patrimonio en ámbito militar, que tienen como el bien jurídico fundamental a proteger el honor y el deber, como consecuencia de la sistemática y encuadramiento dentro del CJM de Mali.

Las conductas más significativas son: a) el militar que falsifica o adultera sustancias, materiales, productos o líquidos que le están confiados bajo su vigilancia o que, a sabiendas, los distribuya o haga distribuir; b) el militar que distribuya carnes que provengan de animales alcanzados por enfermedades contagiosas o transmisibles o que, distribuyera materiales, sustancias o productos estropeados (art.141). En ambos casos la pena a imponer será de prisión. Los bienes serán confiscados si se ha obtenido un lucro o provecho con ellos. Si el culpable fuere un oficial, este será degradado o retrogradado (art.141); c) el militar o asimilado que desvíe o trafique con armas, munición, vehículos, dinero o efectos y demás objetos entregados a él, para el servicio o con ocasión del servicio (art.142). La pena será de prisión; d) el militar o asimilado culpable, en tiempo de paz o guerra, de robar en perjuicio de algún habitante del lugar donde se encuentra alojado o acantonado (art.143).

1.2.3.2 Marruecos

En Marruecos rige el Código de Justicia Militar de las FAS Reales de 1956⁵². La rapidez con la que se aprueba y aplica esta normativa está incluso en contra de principios, que ya en esa época aplicaban prácticamente la totalidad de los países, como la seguridad jurídica y la irretroactividad de las normas no favorables. Así se demuestra en su art. 213. Al Código Marroquí se han referido diferentes autores españoles⁵³, haciendo hincapié en su amplia casuística y mala sistematización.

51 Sección quinta, del Capítulo II, del Título II, del Libro IV del CJM de Mali.

52 *Code de Justice Militaire*, Dahir núm. 1-56-270 du 6 rebia II 1376 (10 de noviembre 1956), Bulletin Officiel núm. 2299 bis de 21 novembre 1956., pp. 1331 y ss.

53 BARRERA TREVIÑO, C.: «El Código de Justicia Militar de las FAS Reales de Marruecos», en *REDEM* núm. 9, 1960, pp.211 a 252.; MILLÁN GARRIDO, A.: *La Deserción Militar*, Tesis Doctoral, Sevilla, pp. 178 y ss.

Se trata de un texto procesal y penal militar, para paz y guerra. Dentro de ese Libro II se hará referencia a la Sección IV, V y XII, ya que es en esas secciones donde se tipifican los delitos que se pueden equiparar a las infracciones contra la Hacienda en ámbito militar.

La Sección IV lleva por rúbrica «malversación y ocultación de efectos militares». En ella se contienen infracciones de diversa naturaleza, interesando, aquellos preceptos similares a los delitos de fraude que preveía nuestro antiguo CJM⁵⁴. En concreto, los artículos 165, 166 y 167, según los cuales, se castigará con pena de prisión de uno a cinco años a todo militar que venda caballo, acémila o caballo de tiro, vehículo u otro objeto que pertenezca a los servicios del Ejército o efectos de indumentaria, armamento o equipo, municiones u otro confiado al servicio. También castiga con igual pena si lo hiciera sobre alimentos, sueldos, intereses o efectos cualesquiera que tenga a su cargo.

La pena se atenúa si la conducta fuere disipar o malversar las armas o municiones, efectos u otros objetos a él concedidos como artículos de dotación individual. En estos preceptos se castiga también la recepción, ya sea ésta cometida por un militar o por un civil, siempre que no esté autorizado reglamentariamente.

Un caso curioso previsto en el Código marroquí es el de aquel que fuera absuelto del delito de desertión y, si no presenta el caballo, la acémila, el caballo de tiro, el

vehículo oficial o cualquier otro objeto perteneciente al servicio del Ejército que se hubiere llevado consigo o las armas o efectos que hubiere substraído, se le impondrá la pena de tres a cinco años de prisión.

Por su parte, en la Sección V, se castiga con trabajos forzados al militar que destruya medios de defensa, material de guerra, abastecimientos de armas, víveres, municiones, efectos del Ejército o de la Defensa Nacional.

La Sección XI, rubricada «infracciones diversas», va referida a agravaciones de las penas previstas en el Código penal común marroquí, de la que resaltan: a) la previsión prevista en materia de los posibles fraudes que puedan cometerse en los casos de venta de mercaderías, adulteración de productos alimenticios o agrícolas y; b) las señaladas para los militares que distraigan o malversen en beneficio propio con fondos públicos, documentos, actas, armas, municiones, artículos que pertenezcan al Estado, militar o particular, siempre que no se haga conforme a las disposiciones reglamentarias.

En cuanto a la potestad disciplinaria esta se deja en manos de la autoridad militar sin que las sanciones puedan ser superiores a sesenta días de arresto, regulándose estas faltas reglamentariamente.

1.3 Sistema de código penal autónomo

Este sistema implica que será en otros textos normativos donde se regulen las normas orgánicas y procedimentales. En

54 El término malversación que emplea la rúbrica, en realidad nada tiene que ver con lo que en España se entiende por malversación, ya que en el texto marroquí se refiere a los delitos contra el Derecho de gentes, devastación y saqueo.

opinión de Millán Garrido «entre los Códigos o leyes penales especiales que lo adoptan pueden encontrarse textos de muy distinta naturaleza y diversa conformación»⁵⁵.

1.3.1 Caracteres del sistema de CPM en América

1.3.1.1 Brasil

En Brasil rige en materia penal militar el Código Penal Militar de 21 de octubre de 1969 que entró en vigor el 1 de enero de 1970. El CPM de Brasil es un código muy extenso⁵⁶, a diferencia de las modernas corrientes⁵⁷. Se divide en dos libros, el primero se consagra a los delitos militares en tiempo de paz y el segundo a los ocurridos en tiempo de guerra. Es un texto exclusivamente penal, que incluye muchísimas figuras delictivas que no se recogen en la mayoría de las normas penales militares, extendiendo la tipificación de los delitos a prácticamente cualquier asunto en que se ponga en cuestión el patrimonio, ya sea éste exclusivamente militar o no⁵⁸.

Los primeros artículos del CPM brasileño, que se refieren a los delitos patrimoniales o la Hacienda en el ámbito militar,

son el art. 240 y siguientes del CPM, bajo la rúbrica «los crímenes contra o patrimonio»⁵⁹, a lo largo de sus 8 capítulos.

El capítulo I (*Do furto*) tiene como tipo básico el castigar con reclusión al que sustraiga para sí o para otro cosa mueble. La pena se atenuará si la cosa sustraída es de escaso valor o si se considera infracción disciplinaria, si se repara el daño causado o se restituye la cosa antes de dirigirse el proceso penal contra el autor de los hechos⁶⁰. La agravación de la pena se dará si la sustracción se produce por la noche, si la cosa sustraída pertenece a la hacienda nacional, o si se realiza con escalamiento, uso de llaves falsas, destrucción o rompiendo paredes, entre otras. En el caso de que la cosa sustraída sea un vehículo a motor la pena de reclusión aumentaría considerablemente.

El capítulo II (*Do roubo e da extorsão*) describe los crímenes de robo con violencia o intimidación en sus diferentes vertientes (art. 243 CPM), al igual que tipifica la extorsión en sus diferentes vertientes (art. 244 a 247). El capítulo III (*Da apropriação indébita*) regula los casos de apropiación indebida (art. 248 a 250). El capítulo IV (*Do estelionato e outras fraudes*) se refiere a las

55 VALENCIANO ALMOINA, J.: loc. cit., p.56.

56 CESAR DE ASSIS, J.: *Comentários ao Código penal militar: parte geral, artigos 1º a 135; parte especial, artigos 136 a 410*, 8. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

57 GUIMARAES TEIXEIRA ROCHA, M.: «La Justicia Militar de la Constitución Brasileña de 1988», *El Jurista del Fuero Militar Policial* núm. 2, 2013, pp. 71 y ss.; CESAR DE ASSIS, J.: «O inusitado diagnóstico do grupo de trabalho do CNJ sobre a justiça militar», *Revista Direito Militar*, núm. 111, Brasília, 2015, pp. 31 y ss.

58 CESAR DE ASSIS, J.: «Proposta de reforma ao CPPM», *Revista Direito Militar*, núm. 49, Florianópolis, 2004, pp. 23 y ss.

59 VERGUEIRO FIGUEIREDO, R.: «A Obtenção da poss de coisa pelo agente como critério deferencial entre os delitos de apropriação indébita, furto fraudulento e estelionato», *Revista Direito Militar* núm. 39, pp. 27 y ss.

60 CESAR DE ASSIS, J.: «O STF e o princípio da insignificância no crime militar de furto: significância de suas decisões», *Revista de Estudos e Informações* núm. 20, Belo Horizonte, 2007, pp. 50 y ss.

estafas y otros fraudes. En ellos se da una agravación de la pena si existe perjuicio o detrimento para la administración militar. El capítulo IV (*Da receptação*) castiga la receptación⁶¹.

El capítulo VI (*Da usuração*) tipifica la usurpación, castigando el art. 257 a aquel que descoloque, suprima o altere cualquier señal indicativa de linde divisoria de cosa inmueble de la administración militar, es decir, se pena la alteración de los límites. También sancionan la usurpación de aguas y la invasión de propiedad, terreno o edificio de la administración militar. El capítulo VII (*Do dano*) recoge diferentes tipos delictivos a lo largo de sus preceptos pero, a efectos de equiparación a la normativa penal militar española, sólo interesa el art. 262 CPM brasileño, que castiga el que practique daño en material o aparato de guerra de utilidad militar, aunque esté fabricándose o construyendo o en depósito si pertenece a las FAS con la pena de reclusión⁶². El capítulo VIII (*Da usura*), regula la usura.

El Título VI, del Libro I, del CPM brasileño se refiere a «*dos crimes contra a incolumidade pública*». De los delitos recogidos en este título destacamos el peculado (art. 303 y 304), la corrupción (art. 308 a 310), la falsedad (art. 311 a 318) y los crímenes contra el deber funcional (art. 319 a 334). Todos los delitos a los que se ha hecho referencia anteriormente se encuentran regulados en el articulado previsto para tiempo de paz⁶³. El crimen militar en tiempo de paz y en tiempo de guerra está definido en los artículos 9⁶⁴ y 10 CPM brasileño respectivamente.

El artículo 20 CPM⁶⁵ se refiere a que la pena a aplicar en los delitos militares cometidos en tiempo de guerra será la prevista para tiempo de paz pero, aumentándola en un tercio, salvo disposición especial en contrario⁶⁶. Los artículos 29 al 47 recogen el concepto de crimen y el art. 55 y siguientes se refiere a las penas⁶⁷.

En cuanto a la normativa disciplinaria⁶⁸, en Brasil cada uno de los Ejércitos

61 CESAR DE ASSIS, J.: *Direito militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2012.

62 ESTEVES, M.: «Penas alternativas e o Direito Penal Militar», *Revista Direito Militar* núm. 65, 2007, pp. 16 y ss.

63 CESAR DE ASSIS, J.: «Questões controvertidas do direito penal militar», loc. cit., pp. 35 y ss.

64 CESAR DE ASSIS, J.: «Art. 9º do CPM: a ofensa às instituições militares como elemento determinante na caracterização do crime militar», *Revista Direito Militar*, núm. 87 Florianópolis, 2011, pp. 25 y ss.

65 Art. 20 CPM de Brasil: «Aos crimes praticados em tempo de guerra, salvo disposição especial, aplicam-se as penas cominadas para o tempo de paz, com o aumento de um terço».

66 ESTEVES, M.: loc. cit., pp. 16 y ss.

67 CESAR DE ASSIS, J.: «Aplicação da pena no direito militar: análise comparada», en *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União* núm. 3, Brasília, 2002, pp. 49 y ss.

68 CESAR DE ASSIS, J.: «Limites do ato disciplinar militar», *Revista Direito Militar* núm. 62, Florianópolis, 2006, pp. 23 y ss.

cuenta con un reglamento disciplinario propio⁶⁹. Por lo que este país cuenta con tres textos al respecto⁷⁰.

El *Reglamento Disciplinar do Exército*⁷¹, aprobado por Decreto n° 4.346, de 26 de agosto de 2002, entre las sanciones disciplinarias que menciona en su art. 24, recoge: 1) La detención disciplinaria (art. 28) y 2) La prisión disciplinaria (art. 29). Las faltas pueden ser leves, medias o graves (art. 21) y se recogen en el Anexo I del Reglamento. De ellas destacan: a) perder por negligencia o desobediencia materiales, animales o documentos del servicio que estén bajo su responsabilidad (núm.22); b) realizar directamente o por persona interpuesta, transacciones pecuniarias sobre asuntos del servicio, bienes u objetos materiales cuya comercialización está prohibida (núm. 37); c) retirar o intentar retirar de cualquier lugar militar materiales, vehículos, avión o buque sin consentimiento para ello (núm.80).

El *Reglamento Disciplinar da Marinha*, aprobado por Decreto n° 88.545, de 26 de julio de 1983, modificado en 1993, prevé, entre las sanciones que menciona en su art. 14, 1) la prisión simple (art. 24) y 2) la prisión rigurosa (art. 25). Las faltas según este Reglamento pueden ser leves o graves atendiendo a su importancia, tipificándose en su art. 7. Para este estudio destacan: a)

dar, vender, o empeñar piezas de la uniformidad (art. 7 núm. 44); b) extraviar o dejar que se extravíe cualquier objeto de la Defensa Nacional o documento oficial, estando bajo su responsabilidad directa (art. 7 núm. 48); c) hacer uso indebido de vehículo, embarcación o aeronave perteneciente a la Marina, si no constituyera delito militar (art. 7 núm. 81).

El *Reglamento Disciplinar da Aeronáutica*, aprobado por Decreto n° 76.322, de 22 de septiembre de 1975, incluye, por su parte, entre otras sanciones disciplinarias, en su art. 15: 1) La detención hasta treinta días; 2) La prisión cumpliendo con el servicio, hasta treinta días, sin hacer servicio, hasta quince días y, en régimen de separación, hasta diez días.

Las infracciones disciplinarias se encuadran dentro del art.10 del Reglamento. Entre ellas, destacan a objeto de este estudio: a) el apropiarse dinero u objetos pertenecientes al Ejército en provecho propio o de tercero (art.10 núm. 52); b) el servirse de la condición de militar para conseguir ventajas personales (art.10 núm. 62); c) el ser descuidado con los objetos pertenecientes a la Defensa Nacional (art.10 núm. 81); c) extraviar o dejar que se extravíe cualquier objeto de la Defensa Nacional o documento oficial, estando bajo su responsabilidad directa (art.10 núm. 88).

69 CESAR DE ASSIS, J.: «Los reglamentos disciplinares y el respeto a los Derechos fundamentales en Brasil», en *REDEM* núm. 81, p. 223 y ss.

70 CESAR DE ASSIS, J.: «A lei nº. 9.784/99 e a impossibilidade de sua aplicação nos processos disciplinares militares», *Revista Direito Militar*, núm. 59, Florianópolis, 2006, pp. 9 y ss.

71 CESAR DE ASSIS, J.: *Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo*, 4. ed. Curitiba: Juruá, 2013; BISERRA ROCHA, E.: «Asepectos geris do novo Regulamento Disciplinar do Exército», en *Revista Direito Militar* núm.39, 2003 pp. 15 y ss.

De las tres normas disciplinarias para los ejércitos de tierra y aire existe la división tripartita de las faltas, al clasificarse estas dependiendo de su gravedad en leves, medias y graves, mientras que para la marina sólo pueden ser leves o graves.

Las sanciones propuestas en los diferentes textos disciplinarios son similares, destacando la sanción de prisión que equivaldría a la nuestra de arresto en establecimiento disciplinario militar.

1.3.1.2 Paraguay

Rige el Código penal militar de Paraguay de 18 de diciembre de 1980, que contiene las infracciones penales consideradas con la categoría de delito y también aquellas otras infracciones calificadas como faltas (Penal-disciplinario militar), tanto para tiempo de paz, como para tiempo de guerra. Es un texto del sistema de código penal autónomo no puro, en el sentido de que también se incluyen en él las faltas disciplinarias⁷².

El texto penal militar paraguayo tiene una sistemática dispersa respecto a lo que en el texto penal militar español se consideran delitos contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar. Así se tiene que acudir

a diferentes capítulos del Título II, del Libro I del CPM⁷³.

Bajo la rúbrica «delitos contra la Administración militar» en el Capítulo V del Título II del Libro primero se encuentra el art. 100 que sanciona con la pena de uno a tres años de prisión militar⁷⁴ al militar que, teniendo a su cargo la fabricación, provisión o custodia de materiales o mercadería para uso de las FAS, los falsifique, altere o de cualquier modo disminuya la cantidad, el peso y la calidad de los mismos.

El bien jurídico protegido para el legislador paraguayo es la Administración militar, intentando proteger el adecuado abastecimiento de los ejércitos paraguayos y la protección de los mismos⁷⁵.

En el Capítulo XVI, del mencionado Título II, se encuentran los artículos 188 a 190 referidos a la malversación. En estos preceptos se intenta proteger el deber de fidelidad e integridad que el militar debe tener con la Administración militar, para no lesionar los recursos públicos militares, ni su correcta gestión⁷⁶.

Así, el artículo 188 tipifica: a) el militar que trafique, enajene o sustraiga en provecho propio o ajeno, recursos propios de la Unidad, víveres, forrajes, armas,

72 YUSTE, J., y VALIENTE, H.: «FAS y Derechos Humanos» en *Derechos Humanos en Paraguay*, Asunción, 1997, p. 146.

73 CENTURIÓN ORTIZ, R.: *Justicia Militar. Una aproximación al Derecho Penal paraguayo*. Servilibro, Asunción, 2004.

74 La prisión militar consiste en estar el condenado encerrado en lugares destinados a este efecto, bajo especial disciplina. El mínimo es un año, y el máximo de veinticinco años, llevando siempre anexa la separación del servicio, que consiste en la baja absoluta con pérdida del grado y las Condecoraciones Nacionales. (Artículo 50 CPM paraguayo).

75 CENTURIÓN ORTIZ, R.: *Código Penal Militar y Código Procesal Penal Militar del Paraguay comentado*, Intercontinental, Asunción, 2012, p. 288.

76 *Ibidem*, p. 289.

municiones, o materiales de guerra de cuya administración, custodia o distribución esté encargado; b) el que, por connivencia con los proveedores, distribuye cosas deterioradas, inútiles o corroídas o, con intención de hacer lucro, las acepta de ellos con el mismo objeto, por cuenta del Estado y para el servicio; c) el que, en las negociaciones con proveedores, favorece maliciosamente a alguno de ellos en perjuicio del Estado; d) el que, en la presentación de cuentas, defraudare con documentos falsos; e) todo el personal de las FAS de la Nación que dé en prenda o venda municiones, armas, vestidos o forrajes de los que le están confiados en razón de su empleo.

Por su parte, el artículo 190 señala con qué pena será castigado el malversador dependiendo del valor cuantitativo de la malversación, siendo la pena mínima un año de prisión y la pena de prisión máxima de diez años. Se impondrá pena mayor cuando estemos ante el supuesto de la letra d, anteriormente referido. La agravante a destacar y que conllevaría la pena capital, se produce cuando, a consecuencia de la distribución de cosas deterioradas, inútiles o corroídas, se diera lugar al resultado de muerte.

El CPM paraguayo regula del art. 191 al art. 196 diferentes supuestos bajo la rúbrica de la defraudación. En este tipo de delitos se intenta proteger a la Administración militar del engaño o fraude⁷⁷.

Es relevante la figura atenuada del art. 194, consistente en una aminoración de la

pena, siempre que el autor repare o devuelva lo defraudado antes de que el daño causare grave entorpecimiento al servicio, las operaciones o los intereses de los afectados. También destaca la agravante de que como consecuencia de las actuaciones fraudulentas, se produce una epidemia o da lugar a alguna muerte⁷⁸.

Bajo la rúbrica «de la venta, empeño u ocultación de efectos militares» se encuentran el art. 212 y el 213. El primero castiga al que haya vendido, dado en prenda, regalado, permutado o enajenado objetos de vestuario o equipo, de armas de guerra, municiones, salvo los casos en que se permita la venta, con pena de prisión militar, al igual que el militar que inutilice dolosamente cualquiera de los objetos antes expresados. Respecto al segundo de estos preceptos se sanciona al militar que hubiese dispuesto por cualquiera de los modos antes señalados del armamento, municiones de guerra u otros efectos pertenecientes a las FAS con dos agravantes. La primera es la reincidencia sobre dicho delito. La segunda se aplicará siempre que los objetos de los que se haya dispuesto sean armas o municiones de guerra.

Otro ejemplo de la diferencia sistemática seguido en este CPM paraguayo con respecto al español se encuentra dentro de los preceptos previstos para el robo, hurto y estafa (artículos 214 a 230)⁷⁹. Establece cuales son las circunstancias atenuantes y agravantes de una forma bastante amplia en sus artículos 62 y 63.

77 WINER, S.: «Las políticas de seguridad y defensa en Paraguay: Perspectivas y desafíos frente al nuevo escenario político», en *Esboços-Revista do Programa de Pós-Graduação em História da UFSC*, 2009, vol. 15, núm. 20, p. 67.

78 CENTURIÓN ORTIZ, R.: *Código Penal Militar...* Ob. Cit., pp. 302 y ss.

79 *Ibíd.*, pp. 361 y ss.

1.3.2 Modalidades de CPM en zona europea

1.3.2.1 Alemania

Sobre la normativa penal militar alemana en España son varios los autores que han escrito, tanto sobre la República Federal Alemana⁸⁰, como de la extinta República Democrática de Alemania⁸¹.

Tras la unificación rige la Ley penal Militar de la República Federal Alemana de 30 de marzo de 1957⁸², en la versión aprobada el 24 de mayo de 1974⁸³, que fue modificada en el año 2005. Además, existe lo que Calderón Susín llama «Administración de la Justicia militar», que son un conjunto de normas complementarias a la Ley penal alemana⁸⁴.

El texto penal alemán se estructura en dos partes. La Primera parte recoge las especificaciones generales y consta de 15 artículos. La Segunda parte va del art. 16 al art. 48 y está dedicada a los concretos tipos de delito castrense. También destaca la remisión al Derecho penal común, como Derecho supletorio (artículo 3) y que, en todo el

articulado, no se hace mención al estado de guerra, sino al término defensa⁸⁵.

Entre los preceptos a comparar con los delitos contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar en España, sólo merecen mención el art. 46 y el art. 48, ya que el texto alemán es escueto y totalmente complementario del texto común.

El artículo 46, bajo la rúbrica de «uso ilícito de las armas», establece que «el que haga un uso ilícito de las armas será castigado con hasta un año de prisión, a no ser que el hecho tenga señalada en otro precepto una pena más grave».

Por su parte el artículo 48, referido a «infracción de otros deberes relativos al servicio», señala que se aplicará el Código penal común en una serie de delitos⁸⁶, entre los que se encuentra el cohecho, la prevaricación, las lesiones cometidas en el ejercicio de la función, falsificación documental, entre otros. Además equipara los oficiales y suboficiales a los funcionarios públicos y su servicio militar a la función pública y los individuos de tropa a los funcionarios públicos.

80 Sobre ello, publica Antonio MILLÁN GARRIDO en *REDEM*, núm. 43, Madrid (julio-diciembre) 1983, pp. 111 y ss. También destaca el artículo de CALDERÓN SUSÍN, E.: «La Ley penal militar alemana de 1974, comentarios y notas», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho de Palma de Mallorca*, núm. 8. Palma de Mallorca, 1984, pp. 118 a153.

81 RODRÍGUEZ DEVESA escribe diferentes artículos sobre Derecho comparado en la Revista Española de Derecho Militar. Entre ellos en el ámbito que ocupa este epígrafe dos. Estos son: 1) «La legislación militar de la República Federal Alemana», en *REDEM*, núm. 2, 1956. pp. 59 y ss.; 2) «La Ley penal militar alemana de 30 de marzo de 1957, introducción, traducción y notas», en *REDEM* núm. 4, 1957, pp. 69 y ss.

82 ARNDT, H.: *Grundriss des Werstrafrechts*, 2e Auflage, München-Berlin, 1966.

83 SCHOLZ, J.: *Wehrstrafgesetz*, München, 1975; SCHWENCK, H. G.: *Wehrstrafrecht und System des Wehrrechts und in der gerichtlichen Praxis*, Frankfurt, 1973.

84 MILLÁN GARRIDO, A., y DEL VALLE PÉREZ, M. E.: «Textos complementarios de la Ley penal militar alemana», en *REDEM*, núm.70, 1997, pp.175 a194.

85 SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos: «la bipolaridad “Guerra-Paz” y los límites materiales entre la legislación penal militar y la legislación penal común», en *RGDP* núm. 15. Iustel. 2011., pp. 26 y ss.

86 El art. 48 se considera por ello un auténtico cajón de sastre.

Por todo ello, respecto al texto penal castrense alemán, se puede concluir que en los delitos que se consideran similares a los que en España se conocen como delitos contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar, se aplicará la normativa penal común.

El régimen jurídico disciplinario se recoge en el Código Disciplinario Militar, en su versión de 16 de agosto de 2001, modificada el 17 de diciembre de 2008, que regula en sus parágrafos 22 y siguientes los distintos tipos de medidas disciplinarias simples, entre las que se incluyen el confinamiento en el cuartel⁸⁷ y el arresto disciplinario⁸⁸. Las faltas disciplinarias vienen recogidas en el Estatuto del personal militar.

1.3.2.2 Bélgica

El Código penal militar del Reino de Bélgica está contenido en la Ley de 27 de mayo de 1870⁸⁹. Las penas militares previstas en el CPM de Bélgica son, según el art. 1º, en materia criminal la muerte en las armas (fusilamiento) y, en materia correccional la prisión militar. La degradación militar y la destitución son penas que pueden imponerse tanto para materia criminal como correccional.

Los preceptos equiparables a los delitos contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar español, son los previstos en el artículo 54 y siguientes hasta llegar al artículo 57 (inclusive), bajo la rúbrica «y de la venta de efectos militares», por lo que el bien jurídico protegido son los bienes militares o de interés similar.

Dispone el Código belga que serán penados conforme a las disposiciones del Código penal ordinario: 1) los militares que roben armas, municiones, objetos militares o destinados al campamento militar o habitáculo militar, o aquellos objetos que sean propiedad del Estado y estén confiados a ellos (art. 54); 2) El militar que sin tener bajo su custodia efectos o bienes militares, los sustraiga fraudulentamente (art. 54).

Se establecen dos agravantes específicas, dependiendo de si el que realiza la acción es el oficial, suboficial, cabo o brigadier. De tal manera que: 1) si el que realice este tipo de acciones es un oficial, además de la pena prevista en el Código penal común, será destituido (art. 54); 2) en el caso de ser un suboficial, cabo o brigadier será castigado con la degradación de empleo (art. 54). También serán penados conforme a las disposiciones del código penal común u ordinario, con un mínimo de seis meses

87 El parágrafo 25 se refiere específicamente al confinamiento en el cuartel, estableciendo que el mismo significa que al militar le está prohibido abandonar su alojamiento militar sin autorización; que tendrá una duración de tres días, como mínimo, y tres semanas, como máximo, y que sólo puede imponerse a aquellos militares que están obligados a vivir en alojamientos comunales.

88 El parágrafo 26 regula escuetamente el arresto disciplinario, señalando que el mismo supone privación de libertad y que su duración será de tres días, como mínimo, y tres semanas, como máximo. Las condiciones de ejecución de esta sanción se detallan en el parágrafo 53, en el que se dispone que durante la ejecución de esta medida se promoverá la instrucción del militar, quien, como regla general, deberá realizar sus cometidos, si bien su participación podrá limitarse a determinado tipo de servicios o por un cierto tiempo.

89 ELENS, J. F.: «L'évolution actuelle de la justice militaire en Belgique», en *Recueils de la Société, VIII*, pp. 607 y ss.

de prisión, el militar que se repunte culpable del perjuicio o daño causado a un habitáculo o residencia militar (art. 55).

La pena de prisión militar será de un mes a un año para los suboficiales, cabos, brigadier o soldados que vendan, donen, cambien destruyan o regalen de cualquier manera efectos u objetos de intendencia de avituallamiento, o de equipos de armamento (art. 56). La misma pena será aplicable a los que se ausenten del destino si no devuelven cualquiera de los objetos mencionados en los artículos precedentes a no ser que se justifique que existe causa de fuerza mayor (art. 57).

En materia disciplinaria rige el Reglamento de Disciplina de las FAS que fue aprobado por Ley de 14 de enero de 1975⁹⁰. Las sanciones disciplinarias se regulan en los arts. 22 y siguientes. En el primero de los cuales se relacionan dichas sanciones, entre las que se encuentran la consigna, los arrestos simples y los arrestos de rigor.

La falta disciplinaria concordante con las previstas en la normativa disciplinaria española, se encuentra en el art. 17 del Reglamento disciplinario de las FAS belgas, según el cual los militares deben velar por la salvaguardia de los intereses morales y materiales del Estado, asegurándose de que el personal cumple debidamente sus

obligaciones de servicio y que conoce la utilización y la conservación de los recursos materiales y financieros que están disponibles para ellos o de los que son responsables.

1.3.2.3 Holanda

En Holanda rige el *Militair Strafrecht* de 27 de abril de 1903. Holanda tiene gran tradición en el estudio del Derecho militar⁹¹. En el art. 2 del CPM se recoge la cláusula de remisión al Derecho común⁹².

Dentro del Libro II, en el Título XI, encontramos los delitos contra los bienes⁹³, que son aquellos que principalmente podemos asimilar como nuestras infracciones contra la hacienda o patrimonio en ámbito militar.

A continuación se recogen los casos previstos en el CPM holandés: 1) el militar que robare a algún habitante o persona alojada en vivienda pública con ocasión de estar allí (art. 151); 2) el robo cometido en un lugar en que el militar tiene la guardia o la vigilancia asignada (art. 152); 3) el robo cometido por militar cuando las FAS están en pie de guerra, sirviéndose de ocasión para robar a un muerto, herido o enfermo en combate. (art. 153, 155 y 156); 4) el caso de la ocultación o encubrimiento, es decir el comprar, alquilar, dar en prenda, conservar o esconder, recibir

90 GILISSEN, J.: «Derecho penal militar y Derecho disciplinario militar», en *REDEM* núm 33-34, 1977, pp. 13 y ss.

91 MASIDE MIRANDA, L.: *Panorámica de Derecho comparado sobre la organización de la Justicia Militar*, 1997.

92 DE LEÓN VILLALBA, F.: «Complementariedad del Derecho penal militar. Hacia un modelo de reforma» en la *Revista de Derecho Penal y Criminología* núm. 4, 2010, p. 121.

93 CLAREMBEEK, T.: «La evolución actual de la justicia militar en los Países Bajos», en *Recueils de la Societad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra*, 1979, pp. 809 y ss.

obsequio, con vistas a tener un provecho de un objeto obtenido con la ayuda de un delito (art.157 y art. 158); 5) el que intencionadamente inutilice un animal de uso de las FAS (art. 159); 6) el destruir o hacer inutilizable material de guerra, librarse de armas, municiones o víveres, hecho cometido por un militar que pertenece a las FAS puestas en pie de guerra (art. 160); 7) el vender, cambiar o extraviar efectos de vestuario o equipos militares por un militar perteneciente a las FAS en pie de guerra (art. 161). La pena principal es de prisión y también se establece la de multa como accesoria⁹⁴.

1.3.2.4 Italia

Italia tiene dos CPM, el de paz y el de guerra⁹⁵. Ambos textos marciales militares fueron promulgados en Roma el 20 de febrero de 1941 cuando gobernaba el país Mussolini⁹⁶. Ambos son textos muy completos y extensos en la materia del Derecho penal militar y base de otras legislaciones de la familia latina, especialmente, en la hispanoamericana⁹⁷.

Fundamentalmente se tratará en esta sede de la legislación militar penal para

tiempos de paz⁹⁸. Ello es así porque es en ese texto donde se recoge la base normativa que ha de utilizarse para la aplicación del CPM para tiempos de guerra⁹⁹, ya que en su mayoría, las disposiciones del CPM para tiempos de guerra no son más que un enducimiento de las penas previstas para estos delitos cometidos en tiempos de paz¹⁰⁰.

Los delitos militares que se pueden considerar equivalentes a los delitos contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar en el Derecho penal militar español se recogen dentro del Título II del Libro II del Código Penal militar para tiempos de paz.

Se encuentran incluidos como delitos contra el servicio¹⁰¹, por lo que se desprende de su encuadramiento, que el bien jurídico fundamental que se intenta preservar es el servicio militar. La comisión de estos ilícitos ofendería la integridad del servicio militar a través del deterioro de los bienes que se consideran bienes militares.

La lectura de los preceptos permite llegar a la conclusión de que se tutela en los mismos el servicio militar objetivamente considerado¹⁰², para garantizar el potencial

94 Ibídem, pp. 810 y ss.

95 *Codice penale militare di pace* (CPMP) y *di guerra* (CPMG).

96 GHISALBERTI, C.: *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Laterza, 1985

97 JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, F.: *Introducción al Derecho Penal Militar*, Civitas, Madrid, p.133.

98 MALIZIA, S.: *Codici penali militari di pace e di guerra, annotati con la giurisprudenza*. A. Giuffrè. 1971.

99 CIARDI, G.: *Istituzioni di diritto penale militare*. Vol. 2. Ateneo. 1950.

100 Sobre el anterior código militar de guerra existe un estudio. MANZINI, V.: *La legislazione penale di guerra*. Unione tip.-editrice, Torinensi, 1918.

101 MANZINI, V.: *Commento ai Codici penali militari per l'Esercito e per la Marina*. fratelli Bocca, 1916; VENDITTI, R.: *Il reati contro el servizio militare e contro la disciplina militare*. 4ª Edic., Giuffrè Edit., Milano. 1995, pp. 7 y 8.

102 La antijuricidad material se contrae en este tipo de delitos, a la lesión o peligro que comportan a los Ejércitos para que sean eficaces, que sólo y exclusivamente serán eficaces y plenos cuando todos los elementos que lo comportan funcionan exactamente, aunque sean los engranajes más modestos y secundarios. VENDITTI, R.: *Il reati contro el servizio militare...* op. cit., pp. 7 y 8.

bélico del Estado¹⁰³, quedando la propiedad como bien jurídico protegido por debajo del mismo¹⁰⁴. En mi opinión, no se encuentra una naturaleza diferente a la prevista en nuestro Código penal marcial respecto a los delitos contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar, protegiendo el patrimonio militar genéricamente considerado¹⁰⁵.

Destacan los capítulos I y IV del título IV del Libro II, referentes al peculado y malversación militar y a los delitos contra el patrimonio respectivamente. En cuanto a los delitos de peculado y malversación militar, se recogen del art. 215 al art. 219.

Las figuras básicas son: 1) el militar a cargo de funciones administrativas o de mando que, por razón del mismo, está en posesión de dinero u otros bienes muebles pertenecientes a la Administración Militar y se apropia de ellos (art. 215). La pena será de prisión militar; 2) el militar a cargo de funciones administrativas o de mando que, por razón del mismo está en posesión de dinero u otros bienes muebles pertenecientes a otro militar y se apropiare de ellos (art. 216). La pena será prisión militar de dos a ocho años; 3) el militar que se sirve del error de otro con el propósito de beneficiarse para sí o para tercero de dinero u otra cosa perteneciente a otro militar o a la Administración militar (art. 218). La pena será de prisión militar.

Los delitos contra el patrimonio que se recogen son el hurto militar, robo de uso sobre cosas de escaso valor u objetos de vestuario o equipamiento, la estafa, la apropiación indebida, la apropiación de cosas perdidas u obtenidas por error o accidente y la receptación¹⁰⁶.

El art. 230 CPMP se refiere al hurto militar. Este consiste en que un militar, en lugar militar, se apropiare con el fin de obtener ganancias para sí o para otro, de cosa mueble de otra persona. Se establecen como circunstancias agravantes específicas para el hurto militar: a) cometer el hurto militar en detrimento de la Administración Militar; b) hace uso de violencia en las cosas o valerse de cualquier medio fraudulento; c) si el culpable lleva arma o narcótico; d) si el acto se comete con destreza o arrancándolo de las manos o cuerpo de la persona; e) si el delito es cometido por tres o más personas.

Al robo o hurto a un superior se refiere el art. 232 CPMP, entendiendo que también se comete robo o hurto al superior cuando se cometa en la vivienda o aposentos del superior causando daño a alguna de las personas con la que convive.

El art. 233 recoge tres casos distintos de robo de uso sobre cosas de escaso valor y el robo de objetos de vestuario a equipamiento: a) si el culpable actúa con el único propósito de hacer uso temporal de lo

103 MANZINI, V., Pietro NUVOLONE, y Gian DOMENICO PISAPIA: *Trattato di diritto penale italiano*. Vol. 9. Unione tipografico-editrice torinese, 1961.

104 Servicio militar objetivamente considerado.

105 Al respecto se debe de señalar que entiendo que esta argumentación tiene un apoyo importante en autores de la doctrina española como son Calderón Susín o Millán Garrido. Véase MILLÁN GARRIDO, A.: «Contestaciones al cuestionario elaborado por la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército, III», loc. cit., pp. 218 y 219.

106 TENCATI, A.: *I codici penali militari e le leggi complementari: illustrati con il commento e la giurisprudenza*, La Tribuna, 2000.

sustraído, y tras ello devuelve la cosa inmediatamente; b) si el hecho se comete en cosas de escaso valor, provocados por una grave y urgente necesidad; c) si se comete el robo sobre vestuario o equipo militar para superar las deficiencias de su equipo. En estos casos la pena será de hasta seis meses de prisión militar.

También se recoge como delitos contra el patrimonio, el delito de estafa (*truffa*)¹⁰⁷. La conducta típica la comete el militar que mediante artificio o engaño induce a alguien a error procurándose para sí u otro un provecho injusto en perjuicio de otro militar. La pena será prisión militar. Se establecen para la estafa militar las siguientes conductas agravadas: 1) que el hecho cause daño o perjuicio a la Administración Militar o se realice con el pretexto de exonerar a alguien del servicio militar; 2) si la acción provoca en el ofendido el temor a un peligro imaginario o la creencia errónea de tener que ejecutar una orden de la autoridad.

En la apropiación indebida, el tipo básico consiste en que el militar se procure para sí o para otro una ganancia injusta, apropiándose del dinero cosa mueble de otro militar que tenga razón de la posesión (art. 235). El tipo agravado se da si el delito se comete sobre bienes que están en concepto de depósito necesario o que pertenecen a la Administración Militar (art. 235 párrafo 2º). El tipo atenuado se da si se comete el delito sobre vestuario e equipo militar, con

la intención de compensar las deficiencias de su propio equipo (art. 235 párrafo 3º).

Los casos de apropiación de cosas perdidas u obtenidas por error o accidente son: a) el militar que se encuentra en lugar militar dinero u otras cosas pérdidas o extraviadas y se apropiare de ellas sin entregárselas a un superior en el plazo de 24 horas (art. 236); b) el militar que se apropia de cosas que llegan a sus manos por error o accidente perteneciente a otra Administración o la Administración Militar (art. 236). La pena será la prisión militar hasta seis meses, salvo que el culpable conociera quien era el dueño de la cosa, en cuyo caso la prisión podrá ser de hasta doce años¹⁰⁸.

El último de los delitos previstos es el de la receptación, cuya conducta típica consiste en el militar que, con el fin de obtener beneficio para sí u otro compre, reciba o esconda dinero o bienes procedentes de cualquier delito militar o intervenga en la compra u ocultación (art. 237).

Es destacable que en todos los delitos se imponga la pena de prisión militar y también¹⁰⁹, como pena accesoria la degradación o la *rimozione*¹¹⁰.

En cuanto al régimen disciplinario se incluye en el Código del ordenamiento militar, aprobado por el Decreto Legislativo núm. 66, del 15 de marzo de 2010, del que interesan los arts. 1357 y ss. En los mismos se establece una diferenciación entre las

107 BRUNELLI, D., y MAZZI, G.: op. cit., p. 180.

108 PASCULLI, L.: «Re-Education and Military Punishment (Rieducazione e Pena Militare Italian)», en *Diritto Penale-Studi*, 2006.

109 LANDI, G.: *Manuale di Diritto e di Procedura Penale Militare*, Milán, 1976.

110 Consiste en privar al delincuente de su rango militar, y hacerlo descender a soldado raso o de última clase del Ejército (art. 29 CPMP).

sanciones disciplinarias estatutarias y las sanciones disciplinarias de cuerpo, estando incluidas en estas últimas la consigna y la consigna de rigor.

El Código del ordenamiento militar es un cuerpo amplio, con un total de 2272 artículos, que establece las infracciones y deberes militares tanto estatutariamente (es decir, genéricamente considerados como miembros de las FAS), como por cuerpos. No es igual ser piloto de avión de combate que intendente, recogiendo a lo largo de su articulado distintas infracciones contra los bienes y recursos materiales de los diferentes institutos armados y de la defensa, destacando lo dispuesto en su Libro II, referido a los bienes de la defensa (art. 278 y siguientes).

1.3.2.5 Suiza

En Suiza rige el CPM de 1927. En este código destaca su rigor técnico, claridad y sujeción al principio de especialidad frente a la ley penal común¹¹¹ y por ello, advierte Jiménez «ha influido poderosamente en autores y legisladores»¹¹².

El CPM está dividido en tres libros. El primero se refiere al Derecho penal militar¹¹³, el segundo a las disposiciones relativas a las infracciones disciplinarias¹¹⁴ y el tercero regula la entrada en vigor del CPM y su aplicación¹¹⁵. Al objeto de este estudio destacan los crímenes o delitos contra el

patrimonio (art. 129 a 140), el cohecho y gestión desleal (art. 141 y siguientes).

Dentro de los delitos contra el patrimonio se recogen diversas figuras, como son: 1) el apropiarse de bien mueble o proporcionárselo a un tercero (art.129, 133, 133 a); 2) el abuso de confianza, referido a usar cosa que le ha sido confiada en su beneficio o de tercero sin Derecho a ello (art.130). Se establece una agravante específica para el caso de que el abuso de confianza se cometa en contra de su jefe o subordinado, compañero, o si se apropia de la cosa que se le confía por razones del servicio (art.130); 3) el dañar, destruir o inutilizar cosas ajenas (art.134), agravándose la pena si causa un daño considerable o estando en tiempos de guerra lo realiza por malicia o capricho (art.134.3); 4) el inducir a error a otro o engañarle mediante declaración falsa u ocultamiento para obtener un provecho para sí o para tercero, causando a la víctima un perjuicio económico (art 135). Es agravante el que la víctima sea el jefe, subordinado o compañero, o si se comete como medio habitual (como profesión) (art 135). Es atenuante si lo hace sin ánimo de enriquecerse; 5) el no pagar el alojamiento, comidas y servicios en restaurante o posada (art.136); 6) extorsionar o chantajear (art.137a); 7) la ocultación del delito patrimonial (art.137b); 8) sustraer estando en servicio activo o en tiempo de guerra alimentos equipos de vestuario o

111 JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ. Francisco: op. cit., p. 142.

112 Ibidem.

113 Art. 1 a 179 CPM.

114 Art. 180 a 214 CPM.

115 BARRAS, R.: «La evolución actual de la justicia militar en Suiza», en *Recueils de la Sociendad de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, VIII, 1979, pp. 877 y ss.

efectos de uso general para su uso particular (art.138).

Otro delito es el robo en: a) en lugar donde accede al tener la facultad de servir o haber servido allí (art. 131); b) como miembro de una banda armada, con pistola o arma peligrosa, o si la forma de actuar es especialmente peligrosa (art.131); c) con violencia contra la persona, amenazándola de un peligro inminente para la vida o la integridad corporal, o que se es incapaz de resistir (art.132). La pena se agravará si lo comete con banda armada, con medios particularmente peligrosos o si pone a la víctima en peligro de muerte, lesión corporal grave o le trata con crueldad. La pena a imponer es, principalmente, la pena de prisión o la pena de multa. Si el hecho revistiera poca gravedad se castigará como falta disciplinaria o contravención.

Los delitos del capítulo 9 referido a la corrupción y la gestión desleal son: 1) el cohecho activo (art. 141) y el pasivo (art. 142); 2) la concesión de ventajas indebidas (art. 141a) o la solicitud de las mismas (art. 143). No se consideran ventajas indebidas, aquellas autorizadas por los reglamentos del servicio, ni las de baja importancia en los usos sociales (art. 143a 2). La pena a imponer será prisión o multa. En el caso de que el hecho revistiera poca gravedad se castigará como falta disciplinaria o contravención.

El Libro II del CPM, sobre «Disposiciones relativas a las faltas disciplinarias», fue objeto de reforma por medio de Ley Federal de 3 de octubre de 2003. Entre las

sanciones disciplinarias que se recogen aparecen, entre otras, la privación de salida¹¹⁶ y los arrestos¹¹⁷.

1.3.3 Particularidades de CPM en la región africana: El Congo

En el Congo rige el CPM aprobado por Ley núm. 024/2002 de 18 de noviembre de 2002¹¹⁸, que sólo incluye la normativa penal. En el CPM del Congo se recogen dos tipos de infracciones. Las de orden militar que son las que sólo pueden ser cometidas por un militar o asimilado; y, por otro lado, las infracciones mixtas, que son infracciones de Derecho común, agravadas en razón de las circunstancias de perpetración y que se castigan tanto en el CP común, como en el CPM (art. 39 CPM). El art. 1 del CPM establece la aplicabilidad de la parte general del CP común en todo lo que no se oponga al CPM.

Las infracciones equiparables a las previstas en España contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar, se recogen en el Libro II del CPM, principalmente, dentro del capítulo de dedicado a las infracciones contra el honor y el deber, en el que se incluyen diversos delitos como el pillaje, la destrucción, los fraudes, las falsificaciones y las corrupciones.

En la sección dedicada a los fraudes, falsificaciones, desvíos y corrupción, destacan los siguientes supuestos: 1) la del militar o civil encargado en el seno de las FAS o del Ministerio de Defensa de la contabilidad,

116 A la privación de salida se refiere el art. 187.

117 Los arrestos se regulan en los arts. 190 a 192.

118 «Les Codes Larcier, République Démocratique du Congo», Tomo I, *Droit privé et judiciaire*. Editions Larcier, Bruxelles, 2003.

fondos o materiales que cometa una falsificación en las cuentas o haga uso de actos falsos (art. 71); 2) el emitir informes falsos alterando datos o disfrazando la situación de los medios de defensa u otros datos de información operacional (art.72). Para este ilícito se establecen dos agravantes. Uno si esos hechos se cometan en tiempo de guerra en medios de Defensa Nacional o de interés para la Defensa (art.72) y dos, si con el empleo falso se ocasionare la pérdida parcial de material o la destrucción de parte de una unidad o de las tropas (art.72). En este caso la pena a imponer será la pena de muerte; 3) el militar o asimilado que intente falsificar o falsificare documentos, sustancias, materiales, productos alimenticios, bebidas bajo su custodia o supervisión y que, a sabiendas de ello, las distribuyera o las hiciera distribuir (art. 73); 4) el disipar, robar, desviar armas, munición, vehículos, dineros, efectos u otros objetos entregados al militar o asimilado para el servicio perteneciente (dichas cosas) a las FAS o al servicio del Estado (Art. 74); 5) la apropiación indebida de fondos o el desvío de caudales públicos por parte del jefe de unidad u oficial encargado de las finanzas, al utilizar el dinero dirigido a las retribuciones de los soldados para fines distintos sin la previa autorización del Ministerio de Defensa (art. 75); 6) la persona al servicio de las FAS, el Ministerio de Defensa, de la Policía Nacional congoleña, que por sí o por persona interpuesta exija, tome o reciba en su propio interés actos, adjudicaciones a empresa o empresas de las que sea o haya sido administrador o haya formado parte de ella (art. 76); 7) el recibir, exigir u ordenarlo percibir, aunque sea con

autorización de la autoridad, lo que sabía que legalmente no le correspondía por su exceso o que no era debido (art. 77); 8) la Autoridad pública que, bajo la forma que sea y por el motivo que sea, sin que esté avalado por una norma, haya concedido percepción indebida (art. 77).

El código también se refiere a las incompatibilidades una vez que se deja la función de militar o asimilado. Los casos que se recogen son: a) supervisar u controlar una empresa privada con la que tuvo relación como militar o asimilado hasta que no pasen cinco años desde el cese en la función pública (art. 78); b) realizar en nombre del Estado contrataciones de cualquier naturaleza con empresas privadas; c) expresar opiniones (asesorar), en materia de contratación con la administración estatal a una empresa privada durante los cinco años siguientes al cese en su función como militar o asimilado, o recibir dinero de las empresas citadas (art. 78).

1.4 Sistema de código único o común

Este sistema ha sido el propio de los países del este europeo¹¹⁹, y a regímenes comunistas como Corea del Norte. En esta sede se hará referencia a dos textos. El de Rusia, debido a que es una de las potencias militares más importantes. Y la República Argentina, al ser el último país que se ha incorporado a este sistema.

Esta técnica legislativa ofrece el atractivo de la simplificación y depura hasta el máximo la legislación penal militar sustantiva, quedando reducida hasta el punto de

119 Albania, Bulgaria, Hungría, Polonia, Rumania, entre otros.

perder incluso su especialidad o complementariedad ya que pasa a formar parte del Derecho penal común y pierde así su tratamiento autónomo.

1.4.1 Argentina

En esta república latinoamericana regía el antiguo CJM de 6 de Agosto de 1951, pero el mismo fue suprimido con la Ley 26.394.

El Código Penal de Argentina se aprobó por la Ley 11.179. Recoge este texto toda la normativa penal de ese país. Entre ellos, los preceptos asimilables a los delitos contra la hacienda o el patrimonio en el ámbito militar. Por ello, en Argentina se aplicará la normativa penal común para lo que en España se conoce como delitos contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar.

En el Anexo IV de la norma citada anteriormente se incluye el Régimen disciplinario de las FAS argentinas. En él se contemplan, entre otras sanciones, las de arresto simple y arresto riguroso que, según el art. 16, consisten en restricciones a la libertad del sancionado entre uno y sesenta días.

Las faltas pueden ser leves, graves o muy graves. En el Anexo IV de la Ley 26.394 no se establece una relación de faltas disciplinarias, por lo que se deja para posterior desarrollo normativo la regulación de la tipificación de las mismas.

1.4.2 Rusia

La Federación Rusa en materia penal militar tiene su normativa incorporada al Código Penal Común¹²⁰, en concreto, en la Sección XI que lleva por rúbrica «crímenes sobre el servicio militar», es donde se contienen los delitos de naturaleza militar. De ellos interesan algunos de los preceptos del Capítulo 33, como son: 1) la destrucción voluntaria o daño de armamento, munición, equipación militar (art. 346); 2) la destrucción o daño de equipación militar por negligencia (art. 347); 3) la pérdida de parte o todo el equipo militar, producido como consecuencia de la violación por negligencia de las reglas de conservación del armamento, munición y otros equipos destinados al uso oficial (art. 348). Las sanciones que se establecen en estos casos son, principalmente, la pena de multa y la privación de libertad en sus diferentes formas.

1.5 Familia anglosajona o de la Common law

1.5.1 Región de América

1.5.1.1 Canadá

La normativa penal militar de Canadá está contenida en la *National Defense Act-Loi sur la Défense Nationale* promulgada en 1985¹²¹.

Las infracciones relativas a la propiedad o bienes militares se regulan del apartado 113 al 117¹²². Los diferentes supuestos

120 MELNIKOV VICE, V.I.: «La Fiscalía militar en Rusia: historia y actualidad», *El Jurista del Fuero Militar Policial* núm. 1, 2012, Perú, pp. 79 y ss.

121 El texto completo se encuentra publicado por el Ministerio de Justicia de Canadá en: <<http://laws-lois.justice.gc.ca>>.

122 HOLLIES, J. H.: «Canadian Military Law», *Military Law Review* núm. 13, 1961, pp. 69 y ss.

son: 1) El incumplimiento intencional o por negligencia de las ordenes instrucciones o normas, causando o pudiendo causar un incendio en materiales de defensa o en establecimiento o lugares de trabajo militar (apt.113). La pena será la prisión. Se establece la agravante específica de cometer los actos deliberadamente, en cuyo caso la prisión puede ser perpetua. 2) Robar¹²³. La pena será de prisión (apt.114. 1) que se agravará, en los siguientes casos: a) si el autor es el encargado de la custodia o de la distribución del objeto; b) el responsable del objeto como consecuencia de una orden; 3) Recibir o conservar en su poder un bien sobre el que se sabe que se ha obtenido mediante infracción de la normativa militar (apt. 115); 4) Destruir o dañar intencionalmente, o perder por negligencia, vender irregularmente bienes públicos o de Fuerzas que cooperen con las de su Majestad (art. 116); 5) Intencionadamente destruir o dañar o mal vender algo propiedad de una persona sujeta al Código Disciplinario Militar (apt. 116); 6) Vender o pignorar condecoraciones concedidas por su Majestad o con su aprobación, o disponer de ellas (apt. 116); 7) Cohecho activo y pasivo (apt. 117).

La materia disciplinaria militar se halla regulada en la Parte III de la Ley sobre Defensa Nacional (*National Defense Act-Loi sur la Défense Nationale*), en la que se contiene el Código de Disciplina Militar¹²⁴. Entre los castigos (*punishments-peines*) que cabe imponer se encuentra la detención (arresto), (apartado 163, núm. 3 y 4).

1.5.1.1 Estados Unidos

En Estados Unidos rige el Código Uniforme de Justicia Militar aprobado por la Ley de 5 de mayo de 1950 (Ley pública 506), que unifica el ámbito de la justicia militar¹²⁵.

El catálogo de los delitos militares se incluye dentro del décimo de los apartados de la primera Sección sin que se pueda sistematizar o agrupar los ilícitos en torno al bien jurídico protegido¹²⁶. Los art. 108 y 109 se refieren a las pérdidas, daños, destrucción o indebida disposición de los bienes de propiedad militar de los Estados Unidos, o bienes no propiedad de los Estados Unidos que se derrochen, inutilicen o destruyan.

Según el art. 108 será sancionada toda persona sujeta al *Uniform Code of Military*

123 El concepto a los efectos de la normativa penal militar canadiense de lo que es el robo militar se define en el apt.117. 2 a, y consiste en «tomar o desviar una cosa para su uso personal o fraudulento sin Derecho a ello con la intención de: I) Privar (absoluta o temporalmente) al propietario de la cosa o la persona que tiene Derecho sobre ella; II) pignorarla o depositarla en garantía; III) someter la cosa robada a condiciones que cuando tenga que devolverla no pueda cumplir; IV) usar la cosa objeto de robo, de manera o modo que sea imposible devolver la cosa en el estado en que fue tomada».

124 Madsen, C.: *Another Kind of Justice: Canadian Military Law from Confederation to Somalia*. UBC Press, 1999.

125 HERNÁNDEZ OROZCO, J.: *Introducción al estudio del Derecho Penal norteamericano*. Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército. Madrid. 1962; RODRÍGUEZ, L.: «El sistema de Justicia Militar norteamericano y su evolución. En intrincado y necesario balance entre la equidad y la disciplina», *El Jurista del Fuero Militar Policial*, núm. 2, 2013, pp. 59 y ss.

126 El bien jurídico protegido tiene distintas funciones. Entre ellas se encuentra una primordial aunque no única, la sistemática. ROXIN, C.: «Bien jurídico como instrumento de crítica legislativa», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica* núm. 15-1, Ugr. Granada. 2013, p. 3.

Justice que sin la autorización pertinente: 1) vende o enajena; 2) con dolo o negligencia daña, destruya o pierda; 3) permita que se pierda, daña o destruya, venda o que se enajene irregularmente cualquier propiedad militar de los Estados Unidos.

Por su parte, el art. 109 se refiere a toda persona sujeta al *Uniform Code of Military Justice* que, sin justificación, derrocha, inutiliza o daña, ya sea por negligencia o voluntariamente, una propiedad que no sea de los Estados Unidos. La sanción principal será el confinamiento. Además, se imponen las sanciones accesorias de pérdida de salario y prestaciones o del deshonor.

La potestad atribuida al mando militar para castigar ciertas infracciones menores (*minor offences*), se encuentra regulada bajo la denominación de «castigo no judicial»¹²⁷. Las sanciones privativas de libertad que se prevén son restricción a determinados límites, arresto en el acuartelamiento, custodia correccional; confinamiento a pan y agua.

1.5.2 Región asiática: El caso de India

En este país la normativa penal militar se regula en leyes militares distintas, una para cada uno de los ejércitos (la *Army Act* de 1950, la *Navy Act* de 1957 y la *Air Force Act* de 1950)¹²⁸. Además existe la *Defensa Act* de 1971, que no afecta a las infracciones contra los bienes.

En la *Army Act* destacan los apartados 52 y siguientes. Así se comete infracción militar por una persona sujeta a la jurisdicción militar contra los bienes pertenecientes al

Gobierno, el Ejército, la Armada o la Fuerza Aérea: 1) el que robe cualquier bien calificable como tal (apartado 52); 2) el que se apropie indebidamente o destine ilegítimamente para su uso cualquiera de esos bienes; 3) el que abuse de ellos; 4) el que los reciba o retenga los mismos sabiendo o teniendo razón para creer que se han obtenido por la comisión de delito militar; 5) el que destruya alguno de esos bienes si le han sido confiados; 6) el que realice cualquier acción con la intención de defraudar o causar beneficio injusto a otra persona o la pérdida injusta a otra (apartado 53); 7) el que comete extorsión o exige sin autorización a un individuo dinero provisiones o servicios (apartado 53).

También se considera delito militar el robo o su intento y la pérdida de armas, munición, equipos, instrumentos, herramientas u otros bienes propiedad del Gobierno que le son entregados al militar o asimilado para su uso o le han sido confiados (apartado 54) o la destrucción o daños a esos bienes (apartado 55).

En todos los casos, la sanción a imponer es la prisión militar que iría desde los dos años para acción más leve, hasta los catorce años para las más graves.

1.5.3 Región europea

1.5.3.1 Irlanda

Rige la *Defense Act*¹²⁹ de 1954, que regula lo referente a las infracciones contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar en los apartados 155 y siguientes de la

127 JORG, S.: «Amerikaans militair strafrecht», en *Militair-rechtelijk Tijdschrift*, 1985, pp. 41 y ss.

128 *Manual de leyes militares*, Delhi, Metropolitan Bok Company, 1951.

129 Ley de Defensa de 1954.

Defensa Act ¹³⁰. Los supuestos contemplados son: 1) la persona sujeta a la Jurisdicción Militar que estando encargada del cuidado o distribución de bienes de propiedad pública o militar, los aplicare a fines ilícitos, desfalque, robe o haga la vista gorda a que eso ocurra (apartado 155); 2) el individuo sujeta a la Jurisdicción Militar que obtenga ilegalmente cualquier bien de propiedad pública, militar o de una persona sujeta a la Jurisdicción Militar (apartado 156) o manejarlo o dispone del mismo ilegalmente (apartado 156); 3) el que intencionadamente dañe o cause un perjuicio, derroche o venda incorrectamente, o pierda por negligencia: a) bienes de propiedad pública o militar, b) bienes recibidos para la Instalación Militar o para la cantina o c) bienes aportados por miembros de las Fuerzas de la Defensa para beneficio y bienestar de los miembros de las Fuerzas de la Defensa (apartado 157); 4) el que destruya, dañe o malverse bienes pertenecientes a otra persona sujeta a la Jurisdicción Militar (apartado 157); 5) el que cometa fraude, soborno o cohecho activo y pasivo (apartado 158). En todos los casos, la pena a imponer es la de prisión militar que se modulará dependiendo de la gravedad de la conducta ilícita realizada.

El régimen de disciplina militar se encuentra regulado en la Parte V de la Ley de Defensa (*Defense Act*) de 1954. Entre las sanciones se encuentran la detención y el confinamiento en el cuartel.

1.5.3.2 Reino Unido

En el Reino Unido en materia de Derecho militar rige la *Armed Forces Act* de

2006, que unifica la normativa militar propia de cada uno de los ejércitos. Dentro de la *Armed Forces Act* interesa el capítulo 52, en concreto las secciones 24, 25 y 26 referidas a «las ofensas a la propiedad».

Las penas o sanciones a imponer se establecen en la sección 164. Estas son la prisión, la degradación, la pérdida de antigüedad o de puestos en el escalafón o separación del servicio. Se definen en la sección 172 y siguientes.

La Ley de las FAS (*Armed Forces Act*) de determinadas infracciones que cabe calificar como faltas disciplinarias o contravenciones. El apartado 132 tipifica las sanciones que se pueden, entre las que se menciona la *detention*.

2. CARACTERES GLOBALES EN EL DERECHO COMPARADO

Examinada una pluralidad importante de sistemas en donde se recogen una gran diversidad de tipos que se equiparan a las infracciones contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar, en un limitado análisis comparativo cabe extraer las siguientes consideraciones que se agrupan por categorías.

2.1 Naturaleza militar o común, penal o administrativa

Del análisis expositivo de la legislación extranjera se desprenden cuatro situaciones distintas que son las siguientes: 1) legislaciones que incluyen estas infracciones en los textos punitivos castrenses de forma específica (Bélgica, Brasil, Canadá, Chile,

130 MURPHY, R.: «Comparative Analysis of the Municipal Legal Basis for Canadian and Irish Participation in United Nations Forces», en *Mil. L. & L. War Rev.* núm. 38, 1999, p. 163.

Colombia, Congo, Estados Unidos, Francia, Holanda, India, Irlanda, Italia, Mali, Marruecos, Méjico, Paraguay, Perú, Portugal, Reino Unido, Rusia; 2) legislaciones que remiten a la normativa penal común como es el caso de Alemania; 3) legislaciones que lo regulan directamente en las normas comunes como ocurre en Argentina y Rusia; 4) legislaciones que, en cambio, ni siquiera las mencionan o no hace referencia a aquellos delitos o infracciones contra los recursos económicos de las FAS. El ejemplo es Portugal.

La gran mayoría de los países expuestos recogen como infracciones militares los supuestos contemplados en nuestro país como infracciones contra el patrimonio en el ámbito militar.

Dentro de aquellos países que incluyen este tipo de infracciones en las normas penales castrenses, algunos tienen el viejo sistema de código integral y otros el de códigos separados (destacando estos últimos). Además, en la mayoría de los casos, se diferencian las infracciones penales de las disciplinarias, regulándose estas últimas en otros textos.

Una consecuencia de esta diversidad de regulación respecto a una materia concreta implica que muchas de las infracciones que en nuestro Derecho se consideran delitos militares y, por tanto, delitos especiales, en otros casos no son más que delitos comunes (al regularse en la normativa penal común) y por tanto, la naturaleza de estas infracciones será común o especial dependiendo de la infracción y de los criterios de política criminal que se sigan en cada país.

Además, la naturaleza de las infracciones podrá ser penal (si los delitos y las faltas

se recogen en un texto de naturaleza penal) o penal-administrativa (si para los delitos se recoge en un código penal militar y las faltas disciplinarias en un texto distinto y bajo normativa administrativa) dependiendo de dónde se regulen las faltas disciplinarias, con la consecuencia que esta distinción apareja tanto en materia procedimental, graduación de la sanción, competencia disciplinaria, entre otras.

2.2 Técnica legislativa, sistemática y bien jurídico protegido

En las leyes penales militares no siempre destaca el bien de los tipos en ellas integrados. La no sistematización de los diversos preceptos con una relación meramente enumerativa, como ocurre en Canadá, Estados Unidos y Rusia, o la adopción de criterios distintos al del bien jurídico protegido por la norma pueden impedir el discernimiento del contenido sustancial del injusto en las concretas infracciones previstas, al menos, desde un punto de vista sistemático. La elaboración de un orden lógico de tipificación es, sin lugar a dudas, un instrumento que facilita la aplicación de la ley por parte de aquellos que tienen la potestad de aplicarla.

Efectivamente, el bien jurídico protegido es un factor muy decisivo a la hora de la sistematización de las infracciones, siendo un criterio primario y fundamental. Pero hay que tener en cuenta, como advierte Rodríguez Devesa, que «el bien jurídico adquiere importancia como criterio rector en cuanto constituye la esencia de la antijuricidad, pero no es un módulo exclusivo»¹³¹. Por ello, otros autores hacen referencia a

131 RODRÍGUEZ DEVESA, J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 7.

que no debe ser estimado de un modo excluyente y unilateral, como el único y válido criterio que fundamente la sistematización del Derecho penal¹³².

A pesar de ello, en la mayoría de las legislaciones expuestas, el criterio del bien jurídico protegido es el imperante y, por eso, hay que hacer referencia a las diferentes sistemáticas expuestas, teniendo en cuenta que en algunos textos legislativos son pocos los preceptos referidos a las infracciones contra los recursos económicos y materiales de las FAS (aunque destaca una amplia casuística), mientras que en otros sólo se refiere a los recursos materiales, sin mencionar individualizadamente los económicos (Portugal, Bélgica).

En determinadas legislaciones lo que en nuestro país es un título propio de la parte especial del CPM¹³³, en otras legislaciones viene recogido en diferentes títulos o capítulos del texto penal castrense.

Además, en materia de faltas disciplinarias, no extraña la existencia de diferentes normas disciplinarias, una para cada uno de los ejércitos como ocurre en Chile, Brasil o La India. Suele ser habitual la clasificación de las faltas disciplinarias en leves, graves o muy graves (Argentina o Perú), como también ocurre en nuestro país y que implican una coherente graduación de las conductas tipificadas a la hora de sancionar atendiendo a su respectiva gravedad.

La gran amplitud de países expuestos permite observar una amplia ordenación existente en general para regular este tipo de infracciones. Condensándolas, destaca que muchas de estas infracciones se regulan bajo distintas categorías o títulos, que cabe clasificar en: 1) Títulos de delitos contra la Administración Pública o Militar (Paraguay y Colombia); 2) Delitos contra el servicio (Colombia o Rusia). Aunque en países como Italia, el bien jurídico protegido es el *servicio* que se vería dañado a través del deterioro de los bienes militares, por lo que la propiedad queda como bien jurídico protegido por debajo del servicio; 3) Infracciones contra los bienes militares o de interés militar (Bélgica, Chile, Holanda, La India, Perú); 4) Contra el patrimonio o la propiedad (Brasil, Suiza, Chile, Canadá); 5) Contra el honor y el deber (Francia, Congo, Mali, Marruecos). También podríamos incluir aquí a Brasil en cuanto a las infracciones llamadas en su normativa contra las incolumidades públicas; 6) Delitos contra la existencia y seguridad del Ejército o contra sus intereses (Chile o México); 7) La venta, empeño u ocultación de efectos militares (Paraguay). En este caso destaca la rúbrica utilizada para describir un grupo de conductas que en la mayoría de las legislaciones se incluyen dentro de las infracciones contra los intereses de los ejércitos, contra la Administración militar, o contra el servicio.

132 POLAINO NAVARRETE, M.: «El bien jurídico en el Derecho Penal», en *Anales de la Universidad Hispalense, serie: Derecho*, núm. 19, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, p. 302.

133 En este punto es importante mencionar que no existe ninguna legislación penal militar que tenga una rúbrica que lleve por título «Hacienda en ámbito militar», y que por tanto es una innovación que introduce el legislador español en el CPM de 1985 para aglutinar a distintas especies de delitos, tal y como se pone de manifiesto en el propio preámbulo del texto penal castrense español de 1985.

A pesar de las diferencias sistemáticas de las distintas legislaciones, entre todas ellas sobresalen las rubricas referidas a la protección de bienes o propiedad militar, las referidas a los intereses militares y Administración Pública militar (incluyendo conductas contra el honor y deber del militar).

Determinar cuál es el bien jurídico imperante en los comportamientos que se tipifican en las distintas disposiciones normativas penales y disciplinarias expuestas no es una cuestión menor, sino de gran importancia. Esto se debe a que, con ello, se obtiene una valiosa información respecto a que se pretende realmente proteger en el común de los países.

La conclusión es que se quieren proteger los recursos militares, bien sean estos materiales (si nos referimos a los bienes muebles) o económicos si se refieren al dinero o gasto. La protección de esos recursos, unas veces queda claramente marcado en las legislaciones (como, por ejemplo, cuando se protegen directamente los bienes o el patrimonio militar) y otras se infiere en la misma lectura de los preceptos, sobre todo cuando, se regulan e incluyen en las normas castrenses una serie de delitos económicos referidos a los deberes que debe de cumplir el militar en su actuación diaria o como gestor de los recursos.

2.3 Tipos agravados y atenuados

Al igual que sucede en todas las legislaciones penales actuales, en las penales y disciplinarias militares también se dan

circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y tipos agravados y atenuados, que en esta sede, a efectos comparativos, merecen una mención particular.

2.3.1 Tipos agravados

En las distintas normativas examinadas destaca un elevado número de circunstancias agravantes, constitutivas en muchos casos de tipos cualificados o agravados, intentando los diferentes legisladores, según parece desprenderse, agotar diversos supuestos que denoten una mayor culpabilidad o una antijuricidad más intensa. En mi opinión, esto es un error y es fruto de una mala sistemática, ya que en la moderna ciencia penal se tiende a reducir esas circunstancias a las derivadas a la propia esencia del delito y acudiendo a las circunstancias generales previstas en la parte general de la legislación penal militar o de la penal común en caso necesario, ya que se aplicaría la cláusula de remisión a la normativa común que tienen la mayoría de las legislaciones penales militares¹³⁴.

Las circunstancias de agravación incorporadas a las infracciones objeto de este estudio que pueden destacarse son en síntesis: 1) El tiempo de guerra, que, en contraposición al tiempo de paz, integra una distinción consustancial a la mayor parte de los delitos militares (Brasil, Chile, Francia, Holanda, Congo, Italia, Suiza) o estar en campaña (Méjico); 2) Causar la muerte de alguien o causar un perjuicio grave (Chile, Suiza, Francia, Paraguay, Méjico); 3) El escalamiento, excavación, uso de llaves falsas,

134 Chile, Perú, Portugal, Alemania, Bélgica, Holanda o Suiza, entre otros.

la violencia (Brasil, Italia, Chile, Portugal). Cometer los hechos en detrimento de la Administración Militar (Italia); 4) La condición de oficial (Bélgica, Méjico), suboficial (Bélgica) o su profesionalidad en el sujeto activo del delito (Canadá); 5) Poner en peligro la seguridad del establecimiento (Brasil, Chile) o causar un perjuicio en operación o acción militar (Colombia) o cometerlo en campaña (Méjico); 6) Estar de servicio, bien sea de armas, guarda o centinela u otro (Chile, Suiza) o detentar el mando; 7) Ser el encargado de la custodia del objeto o el responsable (Canadá, Suiza, Méjico); 8) Cometer el hecho sobre material de guerra (Chile, Portugal, Perú) y o la reincidencia (Méjico); 9) Que el valor de lo sustraído sea considerablemente elevado (Portugal, Colombia, Méjico, Perú, Portugal); 10) No cumplir una orden del servicio o cometerlo deliberadamente (Canadá); 11) El concierto de dos o más personas (Italia, Perú).

2.3.2 Tipos atenuados

Son menos frecuentes que las circunstancias específicas de agravación. Entre los tipos privilegiados destacan: 1) Reparar el daño causado (Méjico, Paraguay); 2) Restituir la cosa antes de dirigirse el proceso penal contra el autor de los hechos (Brasil) o antes de un plazo concreto (Colombia, Méjico, Paraguay); 3) Que la cosa sea de escaso valor (Brasil, Italia, Portugal).

2.4 La imprudencia y los tipos de imperfecta realización

La imprudencia no suele estar expresamente resuelto en la mayoría de las legislaciones, a excepción de alguna legislación en concreto como la portuguesa, la brasileña, la chilena, colombiana, canadiense,

en Estados Unidos, Irlanda, o la del Reino Unido, Perú y Rusia en que específicamente se tipifica.

En cuanto a los tipos imperfectos de realización, la tentativa se halla expresamente prevista en las legislaciones de Portugal, Chile o la India. El encubrimiento se halla expresamente tipificado en algunas legislaciones (Holanda, Méjico, Perú).

2.5 Sanciones principales y accesorias

Para concluir, las penas son generalmente privativas de libertad, generalmente la prisión (por ejemplo Canadá, Marruecos, Italia, Paraguay). Para los supuestos más graves ocurridos en tiempo de guerra en algunos países está establecida la pena de muerte (Brasil, Chile, Mali), los trabajos forzados (Marruecos) y, menos frecuente, es la cadena perpetua (Canadá, Perú).

Entre las penas accesorias, destacan la «destitución» (Bélgica, Méjico), la «separación del servicio» (Reino Unido, Paraguay), la «expulsión» (Portugal), la «destitución de empleo» (Méjico), la «degradación militar» (Bélgica, Italia, Mali, Reino Unido), la «inhabilitación total o parcial» (Méjico, Perú), la «pérdida de puestos en el escalafón» (Reino Unido), «la multa» (Congo, Holanda, Mali, Rusia, Portugal), «la pérdida del salario» (Estados Unidos), y «el deshonor» (Estados Unidos).

En cuanto a las sanciones a imponer disciplinariamente destacan los «arrestos disciplinarios» (Alemania, Portugal, Argentina, Bélgica, Brasil, Chile, Canadá, Francia, Italia, Marruecos, Mali, Méjico), el «confinamiento en el cuartel» (Alemania, Irlanda), «la consigna» (Bélgica, Italia, Francia), «la detención» (propia de los sistemas de la Comom Law como Reino Unido), «la

privación de salida» (Suiza), «la restricción a determinados límites» (Estados Unidos), «la amonestación» (Chile) y «la represión» (Chile). También es de destacar por ser en mi opinión arcaica «el confinamiento a pan y agua en los Estados Unidos».

En definitiva, el análisis obtenido con el informe histórico y el estudio del Derecho comparado ponen de manifiesto la atención y la preocupación existentes,

históricamente y con carácter general, por la protección de los bienes de propiedad militar, tanto a nivel penal como a nivel disciplinario, con penas fundamentalmente privativas de libertad (prisión si es delito y arresto si es falta disciplinaria) como consecuencia de la repercusión que estas infracciones pueden generar en la eficacia de los diferentes ejércitos tanto en el tiempo presente como futuro.

Henry Eyner Isaza¹

LOS DERECHOS HUMANOS, DIVERSIDAD CULTURAL Y SISTEMA INTERAMERICANO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. III. EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD CONCENTRADO Y DIFUSO. IV. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EJERCIDO POR EL PODER JUDICIAL DE PANAMÁ. V. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, MARGEN DE APRECIACIÓN Y CONCORDANCIA PRÁCTICA Y SU APLICACIÓN A LA DIVERSIDAD CULTURAL. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Los estándares, principios o lineamientos constitucionales elaborados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, forzosamente son obligatorios para los Estados del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Estos estándares, principios o lineamientos constituyen una base jurídica constitucional que debería ser tomada en cuenta por los Estados con relación al control de convencionalidad, al momento de adecuar y perfeccionar los sistemas constitucionales de cada Estado.

1 Doctor en Ciencias Políticas y Derecho Constitucional, Magister en Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Chiriquí, Panamá, Magister en Administración de Instituciones de Justicia de la Universidad Santa María la Antigua, Panamá, Postgrado en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Chiriquí, Panamá, Postgrado en Docencia Superior de la Universidad del Istmo, Panamá, Especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, Universidad de Pisa, Italia, Diplomado en Derecho Administrativo y Probatorio de la Universidad Metropolitana de Educación, Ciencia y Tecnología, Miembro del Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Miembro de los Institutos Panamericanos e Iberoamericano de Derecho Procesal, Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Director del Centro de Estudios e Investigaciones jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chiriquí-Panamá, Profesor Universitario y Autor de Libros Jurídicos.

La diversidad cultural como principio rector del sistema penal acusatorio debe ser analizada desde el contexto de las doctrinas del control de convencionalidad, margen de apreciación y concordancia práctica, toda vez que los jueces están obligados a tomar en cuenta al momento de aplicar e interpretar la norma, la más favorable a la persona humana, por el "Principio pro Homine".

ABSTRACT

The standards, principles or constitutional guidelines elaborated by the Inter-American Court of Human rights are obligatory for the States of the Inter-American system of protection of human rights. These standards, principles or guidelines constitute a constitutional legal basis that should be taken into account by States with reference to the control of Convention, at the time of adapting and perfecting the constitutional systems of each State.

The Cultural diversity as the guiding principle of the adversarial criminal system must be analyzed from the context of the doctrines of conventionality control, margin of appreciation and practical concordance, since the judges are obliged to take into account the Time to apply and interpret the norm, the most favorable to the human person, by the "principle Pro Homine".

I. INTRODUCCIÓN

La constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha manifestado, en primer lugar, con el otorgamiento de un determinado rango normativo en el derecho interno a los instrumentos internacionales, con más exactitud, en las Constituciones, determinando el valor que debe tener tanto la norma

internacional como la de derecho interno en relación con los Derechos Humanos, precisando cual es la que debe prevalecer en caso de conflicto entre las mismas.

Una de las manifestaciones más claras sobre esta constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es la que otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos o el de incorporar los tratados de Derechos Humanos al bloque de la constitucionalidad, tendencia seguida por algunos países, entre ellos Panamá.

La Constitución Política de la República de Panamá, establece en sus artículos 4 y 17, lo siguiente:

"Artículo 4: La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional."

"Artículo 17: Las autoridades de la República de Panamá están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los Derechos Fundamentales y la dignidad de la persona."

El artículo 4 de la Constitución Política de Panamá, establece que "La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional", razón por la cual, nuestro país está obligado a acatar, respetar y cumplir los tratados del sistema interamericano de

protección de Derechos Humanos de los que Panamá es Estado parte.

Se incorpora con las reformas constitucionales del 2004, al artículo 17 de la Constitución Política de Panamá, la doble dimensión de los derechos fundamentales, reconociéndoles, por un lado, en virtud del artículo 54, la dimensión subjetiva, esto es, como derecho de protección y defensa frente a los poderes públicos del Estado; pero también, en virtud del artículo 17, la dimensión objetiva con contenido y alcance que supera y excede a la tradicional concepción de derechos subjetivos, es decir, como una norma vinculante para el deber de protección, implicando ello la tutela de los derechos fundamentales no solo por violaciones de los poderes públicos, sino también, por violaciones de actos de particulares, reconocidos por la Constitución y la Convención Americana de los Derechos Humanos.

En el sistema jurídico panameño existe la doctrina del bloque de constitucionalidad, al cual pueden referirse los juicios sobre la constitucionalidad de las leyes ordinarias, decretos u otros actos de inferior jerarquía, sujetos al control judicial de constitucionalidad.

En Panamá la doctrina del bloque de constitucional se introdujo con el fallo de 30 de Julio de 1990 (R.J: Julio 1990, p. 131), en el que se resuelve la consulta de inconstitucionalidad promovida por el juez décimo del primer circuito judicial de Panamá, ramo civil, contra el artículo 1768 del Código Judicial. Magistrado ponente, Carlos Lucas López.

Los distintos elementos que integran el bloque de constitucionalidad en Panamá, son enunciados también en el fallo de 30 de Julio de 1990, mediante la reproducción literal de un artículo publicado en el periódico “Panamá América”, escrito por el ex magistrado Arturo Hoyos, precursor de esta doctrina en nuestro país, donde se establece que: “Existe un conjunto normativo que integra, con la Constitución Política de Panamá, un bloque de constitucionalidad que sirve a la Corte como parámetro para emitir un juicio sobre la constitucionalidad de una norma jurídica o cualquier acto sujeto al control judicial de constitucionalidad”.²

Integran el bloque de constitucionalidad en nuestro país, los siguientes elementos:

1. La doctrina constitucional sentada en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, siempre que sean compatibles con el estado de Derecho y sin perjuicio de la potestad de la Corte de variar la doctrina cuando exista justificación suficiente para ello.
2. El reglamento de la Asamblea Legislativa, con respecto a las normas que se refieren exclusivamente al ejercicio de la función legislativa de la Asamblea.
3. La costumbre constitucional, siempre que no contrarie el texto de la Constitución.
4. Las normas de la Constitución derogada de 1946, con respecto a actos expedidos y que surtieron sus efectos durante la vigencia de dicha Constitución.

2 QUIROGA LAVIÉ, Humberto. Derecho Constitucional Argentino. Rubinzal – Culzoni, Argentina, 2001.

5. El Estatuto de retorno inmediato a la plenitud del orden constitucional.
6. Algunos convenios internacionales ratificados por la república de Panamá.

En un fallo de 28 de Septiembre de 1990, que resolvió una acción constitucional de hábeas corpus, la Corte Suprema de Justicia destacó el valor de la Convención Americana de Derechos Humanos como forma de protección de los derechos de los ciudadanos. Es interesante resaltar que las garantías que se prevén en el artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, constituyen un mínimo de protección a la persona humana.

Posteriormente, en un fallo de 8 de noviembre de 1990, que resolvió en apelación una acción constitucional de amparo de garantías constitucionales promovido por Alex Askaazar Ahouri, la Corte estableció expresamente que la Convención Americana de Derechos Humanos formaba parte del bloque de constitucionalidad. En esta sentencia fue ponente el magistrado Arturo Hoyos.

Es conveniente resaltar que la Corte Suprema de Justicia ha dejado establecido que en Panamá existe un bloque de constitucionalidad, que se integra por un conjunto de normas, las que, conjuntamente con la Constitución formal, sirven a la Corte para emitir juicio sobre la constitucionalidad de las leyes y otros actos de servidores públicos sujetos al control de constitucionalidad. En este sentido, el pleno de la Corte Suprema entiende que el artículo 8 de la Convención

Americana de Derechos Humanos forma parte del bloque de constitucionalidad de la República de Panamá, ya que puede integrarse al mismo en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución nacional.

El pleno de la Corte Suprema de Justicia considera que ciertos derechos, como el Derecho a un proceso Justo, son elementos fundamentales del Estado de Derecho que se reconstruye en la República de Panamá y, de conformidad con lo expuesto anteriormente, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos se integra con el Artículo 32 de la Constitución nacional para formar, entre ambos, el bloque de las garantías constitucionales de un proceso justo en nuestro país.

Finalmente, luego del análisis de la jurisprudencia, se ha expresado excepcionalmente, que ciertas normas de Derecho Internacional ratificadas por Panamá, pueden tener jerarquía constitucional si consagran Derechos Fundamentales, que son esenciales para el Estado Constitucional de Derecho.

En ese mismo orden de ideas, Humberto Quiroga Lavié opina que “El bloque de Constitucionalidad se encuentra conformado por un conjunto de normas de igual jerarquía suprema pero no incluidas en un mismo cuerpo normativo. Según este autor, a este cuerpo normativo deben sumársele los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos con rango constitucional en aquellas naciones que lo consagran expresamente”.³

3 PIZA R., Rodolfo E. Derecho internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana de los Derechos Humanos, San José 1989; y por Ayala Corao, Carlos. La jerarquía constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos y sus consecuencias, México, 2003.

II. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

A partir de mediados del siglo XX se pasó a hablar de la “internacionalización” del Derecho constitucional y más recientemente, en las dos últimas décadas, de la “constitucionalización” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DI de los DDHH).

Los Derechos Humanos (DDHH) vinieron a reconocer que, en el plano internacional propiamente dicho, los tratados sobre DDHH tienen una dimensión “constitucional”, no en sentido de su posición en la jerarquía de normas en el Derecho interno de cada Estado, sino más bien en el sentido mucho más avanzado de que construyen, en el propio plano internacional, un orden jurídico constitucional de respeto a los DDHH.

La “constitucionalización” de los tratados de DDHH, acompaña, así, con igual paso, el control de su convencionalidad, que puede ser ejercido por los jueces tanto nacionales como internacionales, dada la interacción entre los órdenes jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección de DDHH. El artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CA de DDHH), en virtud del cual los Estados partes están obligados a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la CA de DDHH, abre efectivamente la posibilidad de un “control de convencionalidad” con miras a determinar si los Estados partes del sistema interamericano han efectivamente

cumplido o no con la obligación general del artículo 2 de la CA de DDHH, así como el artículo 1, numeral 1.

Para el profesor Víctor Bazán, “la creciente trascendencia de la intersección del Derecho nacional y el DI de los DDHH exige una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en aras del afianzamiento real y no sólo declamado del Sistema de Derechos y Garantías. En tal escenario, subyace la circunstancia que marca que la medular cuestión de los DDHH es una incumbencia concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales y la internacional; esto es, que hace mucho tiempo ha dejado de ser una problemática exclusiva de los Estados. La jurisdicción interamericana ostenta una naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de aquella de los ordenamientos nacionales”.⁴

Para el especialista en DDHH Ernesto Rey Cantor, “El control de convencionalidad es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento en que el derecho interno (constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados –aplicables–, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o

4 BAZÁN, Víctor. Contextos es una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, número 05, Primera Edición, 2013, pág. 8.

reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objetivo de garantizar la supremacía de la Convención americana”.⁵

Así las cosas, la doctrina ha clasificado el control de convencionalidad en dos; el control en sede internacional implica que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tiene competencia cuando existe incompatibilidad normativa entre el ordenamiento jurídico interno de un país con la CA de DDHH. Por otra parte, el control de convencionalidad aparece en sede nacional cuando un juez no emplea el derecho interno y aplica la Convención u otro tratado que forme parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, realizando un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado) en un caso concreto y adoptando una decisión judicial de proteger los derechos de la persona humana.

La terminología “Control de Convencionalidad”, que significa una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica con otras convenciones a las que los países se han plegado y las disposiciones del derecho interno de los Estados adheridos, fue mencionada por primera vez en el caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, en el año (2003), a través del voto razonado del juez Sergio García Ramírez. Ello no quiere decir que sólo a partir del citado caso la Corte IDH haya ejercido tal potestad, sino que

desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que a partir de ese momento se comienza a utilizar el término.

La doctrina del “Control de Convencionalidad” surge en el año 2006, en el caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*, donde la Corte IDH estableció que “El poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana de los Derechos Humanos”.⁶

En el caso *Trabajadores cesados del Congreso Vs. Perú* (2006), la Corte IDH estableció que “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin”.⁷

En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” fundamentado en los siguientes aspectos:

-
- 5 REY CANTOR, Ernesto. Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, homenaje a Héctor Fix Zamudio, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicanos de Derecho Procesal Constitucional, México 2008, pág. 47.
 - 6 CORTE IDH. Caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*, Párrafo 124.
 - 7 CORTE IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, Párrafo 128.

1. Procede de oficio sin necesidad que las partes lo soliciten.
2. Debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.
3. Es complementario al “control de constitucionalidad”, de manera que se debe aplicar además del citado control al que están obligados los órganos del Poder Judicial por su propia legislación interna.
4. Es de aplicación también en un eventual contexto de impedimentos normativos y prácticos, para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales.

Posteriormente, la Corte IDH, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México* (2010), aclara su doctrina sobre el “control de convencionalidad”, al sustituir las expresiones relativas al “Poder Judicial” que aparecían desde el caso *Almonacid Arellano Vs. Chile* (2006), para hacer referencia a que “todos los órganos” de los Estados que han ratificado la Convención Americana, “incluidos sus jueces”, deben velar por el efecto útil del Pacto, y que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están obligados a ejercer, de oficio, el “control de convencionalidad”.⁸

La intencionalidad de la Corte IDH es clara: definir que la doctrina del “control de convencionalidad” establece que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la CA de DDHH, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

En el caso *Gelman Vs. Uruguay* (2011), se amplió el ejercicio del control de convencionalidad a todas las autoridades públicas. La Corte IDH estableció: “la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al DI de los DDHH, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la CA de DDHH, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del DI de los DDHH, la protección de los DDHH constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en

8 CORTE IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, Párrafo 225.

las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”⁹

La Corte IDH, en los casos *López Mendoza Vs. Venezuela* (2011) y *Atala Riffo y niñas Vs. Chile* (2012), estableció la “adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la corte interamericana de los derechos humanos”.¹⁰

En ese mismo sentido, en el caso *Gudiel Álvarez y otros Vs. Guatemala* (2012), la Corte IDH determinó que “el Parámetro de Convencionalidad se extiende a otros tratados de Derechos Humanos del Sistema Interamericano”.¹¹ Finalmente, en el caso *Liakat Ali Alibux Vs. Surinam* (2014), la Corte estableció que “la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impone un determinado modelo de control de Convencionalidad”.¹²

III. EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD CONCENTRADO Y DIFUSO

El control de la convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter “concentrada” por parte de la Corte IDH en sede internacional; y otra de carácter “difusa” por los jueces nacionales, en sede interna.

Control concentrado

Obedece a las facultades inherentes de la Corte IDH, al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la CA de DDHH. Es en realidad un control “concentrado” de convencionalidad, al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de “garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” y “reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración a la parte lesionada”. Cuando la Corte IDH decide que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la CA de DDHH (art. 63), dicho fallo tiene carácter “definitivo e inapelable” (art. 67), comprometiéndose los Estados parte a cumplir con la decisión de la Corte (art. 68.1).

El control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte IDH: realizar un control de compatibilidad entre el acto de violación (en sentido lato) y la CA de DDHH (y sus protocolos adicionales). En caso de violación (sea por acción u omisión), la responsabilidad internacional recae sobre el Estado y no sobre alguno de sus órganos o poderes.

La consecuencia que se deriva del control de convencionalidad que realiza la Corte IDH es que dispone que en el caso en concreto se violó la Convención; tal pronunciamiento es vinculante a tenor de los

9 CORTE IDH. Caso *Gelman Vs. Uruguay*, Párrafo 239.

10 CORTE IDH. Caso *López Mendoza Vs. Venezuela*, Párrafo 226 y 227 y CORTE IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párrafo 284.

11 CORTE IDH. Caso *Gudiel Álvarez y otros Vs. Guatemala*, párrafo 330.

12 CORTE IDH. Caso *Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*, párrafo 124.

artículos 62.3 y 68.1 de dicha norma internacional y el Estado tiene la obligación de adaptar y, en su caso, modificar el Derecho interno, incluyendo la propia Constitución, como ha ocurrido en algunos casos ventidos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIP de DDHH).

Control difuso

Una de las manifestaciones de este proceso de “Constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” es, precisamente, la concepción difusa de convencionalidad que estamos analizando, ya que parte de la arraigada connotación del “control difuso de constitucionalidad”, en contraposición con el “control concentrado” que se realiza en los Estados constitucionales, por las altas “jurisdicciones constitucionales”, llamados Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales. En algunos casos, por las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones. En este sentido, el “control concentrado de convencionalidad” lo ha venido realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular.

Este “control concentrado” lo realizaba, fundamentalmente, la Corte IDH. Ahora se ha transformado en un “control difuso de convencionalidad”, al extender dicho “control” a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno. Si bien conserva la Corte IDH su calidad de “intérprete último de la Convención Americana de los Derechos Humanos” cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno.

Los órganos del Poder Judicial de cada Estado, parte de la CA de DDHH, deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho constitucional sino también el DI de los DDHH; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentra en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana.

El carácter “difuso” “deben” ejercerlo todos los jueces nacionales. Se trata, en realidad, de un “control difuso de convencionalidad”, debido a que debe ejercerse por todos los jueces nacionales. Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del Derecho constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del DI de los DDHH, especialmente al crearse las “Garantías” y “Órganos” internacionales de protección de los DDHH.

Se advierte claramente una “internacionalización del Derecho Constitucional”, particularmente, al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional” a las “garantías convencionales”, como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los DDHH previstos en los pactos internacionales, cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”.

El jurista mexicano Sergio García Ramírez aclara que el “parámetro” de control de convencionalidad no debería limitarse a la CA de DDHH, sino a todo el corpus juris

convencional de los DDHH de los que es parte el Estado.¹³

En ese mismo orden de Ideas, el jurista brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, agrega que “los jueces nacionales deben aplicar no sólo el derecho constitucional sino también el derecho internacional de los derechos humanos, ejerciendo ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción para la protección de la persona humana, por tal razón, los recursos efectivos de derecho interno, a los cuales se refiere expresamente determinadas disposiciones de los tratados de derechos humanos, integran la propia protección internacional de los derechos humanos”.¹⁴

Dicho órgano interamericano ha dejado claro siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones locales sino que su tarea es la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sobre DDHH sujetas a su competencia.

Dos razonamientos sobre el presente

Tema:

1. El ejercicio del control de convencionalidad cabe tanto a los jueces nacionales como a los internacionales.

2. La obligación general del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos abre el camino para su “constitucionalización”, o sea, la “constitucionalización” de una convención internacional.

Para el jurista y juez de la Corte IDH Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “*los jueces nacionales se convierten en jueces interamericanos: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus protocolos adicionales y eventualmente de otros instrumentos internacionales*) y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que interpreta dicha normatividad”.¹⁵ Si seguimos esta idea y la relacionamos con el control de constitucionalidad, los jueces panameños serán, al mismo tiempo, guardianes de la Constitución Política y de la CA de DDHH, lo que implica una mejor protección y garantía de los DDHH.

IV. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EJERCIDO POR EL PODER JUDICIAL DE PANAMA

Las anteriores características de la doctrina jurisprudencial del “control difuso de convencionalidad” aplican para el sistema jurisdiccional panameño. Al haber firmado Panamá la carta de la Organización de Estados Americanos de 1948, ratificado la Convención Americana sobre Derechos

13 Voto razonado del juez Sergio García Ramírez. CORTE IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú.

14 Voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. CORTE IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú.

15 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinador). El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. 2012.

Humanos en el año 1978 y haber aceptado la competencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el año 1990, estas sentencias internacionales deben ser cumplidas y las mismas adquieren carácter “definitivo e inapelable”, sin que pueda invocarse ninguna disposición de derecho interno o criterio jurisprudencial como justificación para su incumplimiento, toda vez que los pactos internacionales obligan a los Estados partes y sus normas deben ser cumplidas en términos de los artículos 26 y 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrito también por el Estado de Panamá.

De esta manera, el “Control Difuso de Convencionalidad” implica que todos los jueces panameños y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, pertenecientes o no al Poder Judicial, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, están obligados, de oficio, a realizar un ejercicio de compatibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos, sus Protocolos adicionales (y algunos otros instrumentos internacionales), así como con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y sus opiniones consultivas, formándose un “Bloque de Convencionalidad”.

El Juez local, en su juicio de ponderación y atendiendo las circunstancias en cada caso, puede ampliar su capacidad interpretativa aplicando las normas de la CA de DDHH y la jurisprudencia de la Corte IDH donde el Estado ha sido parte. En

este sentido, los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales, sean de la competencia local o nacional, necesariamente deben ejercer el “Control Difuso de Convencionalidad” para lograr interpretaciones conformes con el corpus juris interamericano. En otras palabras, el control de convencionalidad se debe realizar teniendo en cuenta las cláusulas de la CA de DDHH, más las interpretaciones que de ello ha hecho la Corte IDH en sus sentencias y opiniones consultivas.

En ese orden de ideas, el profesor Néstor Pedro Sagües plantea que ya no se justifica que el DI de los DDHH y el Derecho constitucional sigan siendo abordados de forma estática o separada. Por tal razón, “Los papeles del Control de Convencionalidad, que guardan paralelismo con el Control de Constitucionalidad, son los siguientes”:¹⁶

- a. **Rol exclutorio.** En este ámbito, la Corte IDH exige que los jueces nacionales inapliquen, por inconvencionales, es decir que reputen como carentes de efectos jurídicos, a las leyes y normas internas (con lo que caen también bajo este control, las cláusulas constitucionales), opuestas a la Convención y a la jurisprudencia de la Corte IDH. La doctrina discute si esta tarea deben realizarla todos los jueces, o solamente quienes están habilitados para efectivizar el control de constitucionalidad.
- b. **Rol constructivo o positivo.** El control de convencionalidad demanda aquí que los jueces nacionales apliquen el

16 SAGÜES, Néstor Pedro. Dificultades operativas del “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, artículo de doctrina publicado en La Ley, 2009-B, p1.

derecho local (incluido el Constitucional), en consonancia o de conformidad con la Convención y la jurisprudencia de la misma Corte. De hecho, tal función (que llamamos “constructiva”) de control de convencionalidad es similar al papel, igualmente constructivo, que deben realizar los jueces en materia de control de constitucionalidad. Por lo demás, esta tarea está a cargo de todos los jueces, aunque algunos no estén autorizados a realizar por sí mismo control exclutorio de constitucionalidad, puesto que no pueden hacer funcionar el Derecho interno o doméstico ignorando la Convención y la referida jurisprudencia de la Corte IDH.

V. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, MARGEN DE APRECIACION Y CONCORDANCIA PRÁCTICA Y SU APLICACIÓN A LA DIVERSIDAD CULTURAL

La diversidad cultural es la variedad de diferentes culturas, dentro de un grupo de personas o una sociedad. El nuevo código procesal penal de Panamá, el cual se implementó mediante Ley 63 de 28 de Agosto de 2008, regula la diversidad cultural en los artículos 28 y 416, los cuales dicen textualmente lo siguiente:

“Artículo 28: Las autoridades judiciales y los tribunales llamados a pronunciarse en materia penal deben tomar en cuenta la diversidad cultural de los intervinientes.”

“Artículo 416: En los casos de hechos punibles en que uno o más de los sujetos sea parte o provengan de una diversidad cultural, se debe ordenar una pericia para ambas partes para reconocer los valores que permitan valorar adecuadamente su responsabilidad penal.

Dentro del Código Procesal Penal encontramos diseminados una serie de artículos que hacen referencia a la aplicación directa de los Tratados y Convenios internacionales de DDHH ratificados por Panamá al nuevo sistema penal acusatorio, entre los cuales tenemos:

“Artículo 2: Legalidad procesal: nadie puede ser condenado a una pena o sometido a una medida de seguridad sin juicio previo dentro de un proceso tramitado con arreglo a las normas de la constitución política, de los tratados y convenios internacionales ratificados por la republica de panamá y de este código”.

“Artículo 14. Respeto a los Derechos Humanos: las partes en el proceso penal serán tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Los derechos y garantías que consagra la constitución política, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos y este código, deben entenderse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.”

A. Control de Convencionalidad

La Corte IDH se ha pronunciado en el tema de la “Diversidad Cultural” aplicando el control de convencionalidad donde obliga al Estado condenado a adecuar su Derecho interno a los principios, lineamientos y estándares del DI de los DDHH, entre la jurisprudencia que podemos citar está:

1. Caso Aloeboetoe Vs. Surinam: sentencia de 2003.
2. Caso Cayara Vs. Perú: sentencia de 2003.
3. Caso comunidad Mayagna Awas Tingni Vs. Nicaragua: sentencia de 2000.

4. Caso Bamaca Velásquez Vs. Guatemala: sentencia de 2000.
5. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala: sentencia de 2004.
6. Caso Yatama Vs. Nicaragua: sentencia de 2005.
7. Caso de la comunidad Moiwana Vs. Surinam: sentencia de 2006.
8. Caso comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay: sentencia de 2006.
9. Caso comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay: sentencia de 2006.
10. Caso Escue Zapata Vs. Colombia: sentencia de 2007.
11. Caso del pueblo Saramaka Vs. Surinam: sentencia de 2007.
12. Caso Tiu Tojin Vs. Guatemala: sentencia de 2008.
13. Caso Rosendo Cantú y Otros Vs. México: sentencia de 2010.
14. Caso Chitay Nech y Otros Vs. Guatemala: sentencia de 2010.
15. Caso Fernández Ortega Vs. México: sentencia de 2011.
16. Caso pueblo Indígena Kichwa Sarayaku Vs. Ecuador: sentencia de 2012.
17. Caso masacre de río Negro Vs. Guatemala: sentencia de 2012.
18. Caso Kuna de Madugandi y Embera de Bayano y sus miembros Vs. Panamá: sentencia de 2014.
19. Caso comunidad Garifuna Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras: sentencia de 2015.
20. Caso Pueblo Kaliña y Lokono Vs. Surinam: sentencia de 2015.

En la sentencia dictada contra Panamá, KUNA DE MADUGANDI Y EMBERA DE BAYANO y sus miembros: se condenó al

Estado por violación a los siguientes Derechos y se aplicó control de convencionalidad.

1. Al derecho a la propiedad.
2. Los procedimientos para acceder a la propiedad del territorio indígena.
3. Protección frente a terceros.
4. Obligación de respetar los derechos sin discriminación por origen étnico.
5. Brindar protección igualitaria ante la ley.
6. El deber de adecuar el Derecho interno (control de convencionalidad), para ordenar al Estado el establecimiento de un recurso adecuado y eficaz que tutele el derecho de los pueblos indígenas en Panamá a reivindicar y acceder a sus territorios tradicionales, el respeto de los pueblos indígenas a aplicar sus normas consuetudinarias a través de sistemas de justicia.

B. Margen de Apreciación

Esta doctrina fue creada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en el caso *Handyside Vs. Gran Bretaña*: El margen de apreciación es un instrumento de interpretación que le concede a los tribunales de los Estados la posibilidad de aplicar los derechos consagrados a nivel internacional con una interpretación nacional.

La Corte IDH ha utilizado los límites de esta doctrina para justificar tratos desiguales a favor de los pueblos o comunidades indígenas por su diversidad cultural. El margen de apreciación está limitado por la protección y el empoderamiento de los grupos sociales desfavorecidos.

En el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, la Corte IDH debía determinar si la

condena por difamación que sufre un periodista constituye una violación a la libertad de expresión protegida por la CA de DDHH. En el análisis de la Corte IDH y tal como lo ha reiterado en varias oportunidades, la libertad de expresión cumple un rol fundamental para el Estado democrático. Así, el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público. Por ello, las expresiones referidas a autoridades públicas – personas que ejercen funciones públicas – deben contar de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Tal “apertura” implica una reducción considerable sobre el margen de discrecionalidad estatal en la determinación de restricciones a la libertad de expresión.

C. La Concordancia Práctica

Esta doctrina fue creada por el Tribunal Constitucional Peruano, la cual se enfoca que en toda aparente tensión, entre las propias disposiciones constitucionales, debe resolverse “**optimizando**” su interpretación, es decir, sin sacrificar ninguno de los valores, derechos o principios.

Esta doctrina se da cuando hay tensiones entre derechos fundamentales donde se debe aplicar el principio de proporcionalidad y ponderación de derechos, el cual ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional Español, donde establece que no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde

la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca.

La Corte IDH ha utilizado la doctrina de la “Concordancia Práctica”, por ejemplo, en el caso *Kimel Vs. Argentina*. La Corte señaló que la decisión de criminalizar la expresión de opiniones e informaciones “se debe analizar con especial cautela” por los Estados partes, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales.

Quizás, el ejemplo más claro de proporcionalidad se encuentra en la sentencia del caso *Castañeda Gutman Vs. México*. La Corte IDH comprendía el contenido normativo de los derechos políticos asegurados por la CA de DDHH. El Estado mexicano había negado el registro de la candidatura independiente de Castañeda Gutman para la presidencia de la Nación. Las reglas electorales en México exigen que los candidatos sean postulados por los partidos políticos, excluyendo a los independientes o las candidaturas ciudadanas.

VI. CONCLUSIONES

1. La constitucionalización del DI de los DDHH implica otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de DDHH o incorporar los tratados de DDHH al “Bloque de la Constitucionalidad” o incorporar los tratados y convenios en materia de DDHH a través de la implementación del sistema penal acusatorio.

2. El control de convencionalidad obliga a los Estados que forman parte del sistema interamericano a adecuar su Derecho Interno a los principios, lineamientos y estándares fijados por la Corte IDH a través de su jurisprudencia y opiniones consultivas.
3. El control de convencionalidad obliga a las autoridades públicas, es decir al Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y especialmente al Poder Judicial, a aplicar los precedentes jurisprudenciales fijados por la Corte IDH.
4. La diversidad cultural como principio rector del nuevo sistema penal acusatorio en Panamá, debe ser analizada desde el contexto de los DDHH, aplicando las doctrinas del llamado “Control de Convencionalidad, Margen de Apresiasión y Concordancia Practica”.
5. La doctrina de la Corte IDH sobre el control de convencionalidad plantea tres interrogantes para los Estados que hacen parte del sistema interamericano, sobre la determinación del parámetro de control para enjuiciar la norma nacional, sobre el estándar de protección y sobre el órgano llamado a ejercer el control.
6. El desafío del control de convencionalidad es que los Estados que hacen parte del sistema interamericano, en su derecho interno, deben ir avanzando hacia la aplicación directa de las normas del DI de los DDHH, la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte IDH.

VII. BIBLIOGRAFIA

- BAZÁN, Víctor. Contextos es una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, número 05, Primera Edición, 2013, pág. 8.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinador). El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. 2012.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Revista Peruana de Derecho Público, número 31, editorial Moreno, S.A, 2016, pág. 42.
- HOYOS, Arturo. El control judicial y el bloque de constitucional en Panamá. Órgano Judicial, Panamá, 1991.
- PIZA R, Rodolfo E. Derecho internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana de los Derechos Humanos, San José 1989; y por Ayala Corao, Carlos. La jerarquía constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos y sus consecuencias, México, 2003.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto. Derecho Constitucional Argentino. Rubinzal – Culzoni, Argentina, 2001.
- REY CANTOR, Ernesto. Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos, Editorial Porrúa, México, pág. XLVII, 2008.
- SAGÜES, Néstor Pedro. Dificultades operativas del “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, artículo de doctrina publicado en La Ley, 2009-B, p1.

Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez. Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.

Voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano Vs. Chile, Párrafo 124.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú, Párrafo 128.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, Párrafo 225.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Gelman Vs. Uruguay, Párrafo 239.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso López Mendoza Vs. Venezuela, Párrafos 226 y 227.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Párrafo 284.

Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

Constitución Política de la República de Panamá de 1972.

EVOLUCIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

SUMARIO: I. PREÁMBULO; II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: CONCEPTO Y DESARROLLO; Y III. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El autor hace una exposición de la posición de varios y notables autores sobre lo que entienden sobre el bien jurídico protegido en el Derecho penal.

ABSTRACT

The author makes an exhibition of the position of several notable authors on what they understand about the legal good protected in criminal law.

PREÁMBULO

El jurista español Luis Jiménez de Asúa (1889–1970), maestro de muchas generaciones y de la mía, definió el Derecho penal como el “conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder

1 Contralmirante del CJ en situación naval de retiro. Asesor del Fuero Militar Policial.

sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociado a la infracción de la norma, una pena finalista o una medida aseguradora”².

El filósofo Polaco Franz SCHOPENHAUER (1788-1860), en su obra “La Sabiduría de la Vida”, consideraba que el Derecho debía ser nítido y sencillo para que se convierta en una herramienta que proteja con más claridad e intensidad los bienes del individuo y de la sociedad, que estén necesitados de su protección.

I. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: CONCEPTO Y DESARROLLO

En la dogmática penal, el concepto de bien jurídico tiene un significado transcendental. Hans Heinrich JESCHECK lo definió como “aquellos bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedades que son, por tanto, merecedoras de protección a través del poder coercitivo del estado representado por la pena pública”³.

El jurista alemán Johan Michel Franz BIRNBAUM (1763-1834), a mediados del siglo XIX, estableció que el bien jurídico se refería a los bienes que son efectivamente protegidos por el Derecho y diferenció entre lesión de un derecho subjetivo y lesión

de un bien. Esta concepción abstracta, no cumple con la función delimitadora del ius puniendi (facultad sancionadora del Estado), otorga un carácter limitador al poder estatal, establece bienes jurídicos más allá del Derecho, no se confunden con él y sirven de fundamento al momento de establecer los delitos.

El filósofo Alemán Ludwig Andrea Feuerbach (1804-1872) sostuvo la tesis de la lesión de un derecho subjetivo, tal como Kant, que debe entenderse “en el contexto de la pugna entre opciones filosóficas ius-naturalistas y de la Ilustración”, como objeto de la protección penal. Si los individuos decidieron libremente constituir la sociedad civil, la libertad queda garantizada por todos, la función del Estado será la de crear los medios adecuados que impidan las lesiones jurídicas. El objetivo del Derecho es la conservación de derechos, sus conminaciones protegerán los derechos de los súbditos como los del bien jurídico “seguridad”⁴.

El planteamiento de Karl Ludwig Lorenz BINDING (1841-1920), tiene como presupuesto la existencia de un «derecho subjetivo». A diferencia de Feuerbach, que los concebía como derechos subjetivos de los particulares o del Estado, para Binding éste solo le pertenece al Estado. El derecho subjetivo del Estado es un derecho a mandar, capaz de exigir obediencia y ejercer el

2 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Editorial Lozada, Buenos Aires, 1949, pág. 33.

3 JESCHECK, Hans Heinrich, “Tratado de derecho Penal, Parte General”, (traducción y adiciones de Derecho Especial realizados por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde), Bosch Editores, Barcelona, 1999.

4 WELZEL, Hans, “Derecho Penal Alemán”, Parte General, II edición, Chile, 1970, página 11.

imperio. El rehusar la obediencia es, por lo tanto, siempre negación del poder público, establecido exclusivamente a favor del Estado.

El bien jurídico debe reflejar «todo lo que a los ojos del legislador tiene, como condición de la vida sana de la comunidad jurídica, valor para la misma», intentando este protegerlo por medio de sus normas frente a las lesiones o puestas en peligro no deseadas.⁵

La valoración del legislador quedará expresada en la norma, llevará en sí su propio bien jurídico. El objeto del delito es un producto de la decisión política del Estado y su lesión constituye una infracción al derecho subjetivo de obediencia que el Estado puede exigir a sus súbditos. Es la expresión de la soberanía del Estado. El bien jurídico es un bien del derecho. La crítica a esta concepción, es la total desprotección a la persona frente al Estado.

El jurista Austriaco Franz Ritter VON LISZT (1851-1919), define el “bien jurídico” como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico, bajo una concepción material y su origen reside en el interés de la vida existente antes del Derecho y surgido de las relaciones sociales. El interés social no se convierte

en bien jurídico hasta que no es protegido por el Derecho.

El concepto político criminal del bien jurídico trata de distinguir el bien jurídico de los valores morales, es fruto de un estado social y democrático de Derecho, requiere una ulterior concreción de la esfera de actuación del Derecho penal a la hora de tutelar intereses difusos.⁶

Según la leyenda Suiza, hace unos seiscientos años, el gobernador de Altdorf, Hermann Gessler, ordenó que los habitantes de ese pueblo se inclinasen y reverenciasen un poste de madera, colocado en el centro de la plaza, que tenía colgado un gorro, que representaba a su persona. Guillermo Tell rehusó hacerlo, tomándose su actitud como de rebeldía, por lo que fue obligado a disparar con una ballesta a una manzana colocada sobre la cabeza de su propio hijo, lo que hizo con éxito. El final de la historia es que Tell, condenado a prisión huyó de sus captores y mató a Gessler.⁷ El profesor Claus ROXIN utiliza el ejemplo del sombrero de Gessler para recordarnos que no se puede exigir a los ciudadanos que tributen reverencia a algo como el sombrero de Gessler o a otro símbolo cualquiera, bajo amenaza de una pena; pues ello ni sirve a la libertad de los individuos en un Estado liberal ni a la capacidad funcional de un sistema social basado en tales principios.⁸

5 BINDING, Karl, “La Culpabilidad en el Derecho Penal”, 2009, Buenos Aires, pág. 208.

6 LISZT, Franz von, “Tratado de Derecho Penal Alemán”, 1881, Tomo II, 20 Edición, REUS S.A., Madrid, p. 6.

7 Guillermo Tell, por Friedrich Von Schiller, traducción de Alfonso Jone, Editorial Planet, Barcelona, 1990.

8 ROXIN, Claus, “Derecho Penal Parte General”, T. I, Madrid, CIVITAS Ediciones, S.L. 1997.

La ciencia penal del nacional socialismo construyó su sistema jurídico con criterios del sentimiento y voluntad del pueblo alemán. Tales planteamientos contravenían la dogmática liberal. El Derecho es el ordenamiento de la vida del pueblo, su espíritu, es la fuente del Derecho; si el Derecho nace del pueblo, el individuo le debe fidelidad a su pueblo y, por tanto, al Derecho, entonces, el delincuente es un «traidor» a su pueblo.

La constante en el pensamiento de Hans WELSEL es el concepto final de la acción, que se vincula a una teoría del actuar humano justo o injusto. La acción humana pasa a ser el concepto central de la teoría del delito (punto de vista ontológico). En éste sentido el bien jurídico ocupa una posición secundaria, lo fundamental son los deberes éticos-sociales y «Sólo asegurando los elementales valores sociales de acción se puede lograr una protección de los bienes jurídicos realmente duradera y eficaz».

Roxin, en relación con el bien jurídico protegido, rechaza que el Derecho penal pueda intervenir en las cuestiones morales, éticas y creencias, que no resista que una entidad sea merecedora de una protección penal.

Günther Jacobs concibe que el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad y la misión de la dogmática penal reside en desarrollar las proposiciones que se necesitan para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado.

No reconoce que la misión del Derecho penal sea la protección de bienes jurídicos, por tanto, para él el bien jurídico penal es la vigencia efectiva de la norma. Expresa que “lo que caracteriza al comportamiento humano jurídico penalmente relevante no es que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos –esto también sucede con las catástrofes naturales, animales, etc.–, sino su significado... el mundo social no está ordenado de manera cognitiva, sobre la base de relaciones de causalidad, sino de modo normativo, sobre la base de competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por el contexto... se trata de delimitar comportamiento socialmente adecuado o inadecuado...”⁹

Alessandro Baratta consideraba que el objeto de la tutela penal se desplazaba de los intereses de sujetos o víctimas potenciales hacia complejos funcionales que son, en gran parte, objeto de actividad de otros sectores del Derecho y de la acción administrativa del Estado. Antes que bienes jurídicos, el Derecho penal protege funciones.

II. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El Derecho Penal no es instrumento que utilice razones políticas, morales, ideológicas, culturales, económicas o de cualquier orden que no sea, precisamente, aquella vinculada a preservar la libertad del individuo.

Hoy en día, el bien jurídico penal predica sus fundamentos bajo un Estado de Derecho social y democrático, que por su

9 GÜNTHER Jacobs, Prólogo de su obra “Imputación Objetiva en el Derecho Penal”, Cuadernos Civitas, Pág. 11 y 12, 1996, Editorial Civitas, Pamplona, España.

naturaleza, permite una revisión constante de los bienes jurídicos. En esta línea, la categoría del bien jurídico pasa a ocupar su puesto de límite y garantía dentro del Derecho penal. No debe olvidarse que

los bienes jurídicos expresan condiciones necesarias de realización del ser humano, esto es, valores que la sociedad ha asumido como valiosos para su sistema de convivencia.

■ Biografía

BIOGRAFÍA DEL CORONEL RAMÓN ARÍSTIDES DE CÁRDENAS¹

Roosevelt Bravo Maxdeo

Nació en Lima el 31 de agosto de 1861². Ingresó al servicio como subteniente el 4 de abril de 1879, al declararse la guerra con Chile, formando parte del batallón Lima N° 3. Sus ascensos fueron vertiginosos: ascendió a teniente el 8 de junio de 1879; a capitán el 19 de noviembre de del mismo año; a sargento mayor el 27 de noviembre de 1882 y a teniente coronel el 10 de agosto de 1884.

En ese tiempo prestó servicios en el batallón Lima N° 3, durante un año, 2 meses y 20 días; como ayudante de la Prefectura de Tacna durante 5 meses y 20 días; en la Sección de Ingenieros del Estado Mayor General del Ejército por 5 meses; como comisionado especial del gobierno en el norte, por 3 años, 11 meses y 6 días; como interventor fiscal en Trujillo, por 4 meses y 21 días; en el Estado Mayor General del Ejército del Norte, durante 3 meses y 19 días; y como subprefecto de

1 Esta biografía ha sido publicada en: BRAVO MAXDEO, Roosevelt. *La Justicia Militar Policial en la Historia del Perú, Segunda Parte*, Bio Partners, 2018, páginas 355 a 357, publicación del Fuero Militar Policial. Se han agregado algunos datos en esta biografía.

2 Escalafón General del Ejército de 1919, Imprenta Americana- Santo Toribio 230-234.

Pacasmayo 4 meses, sumando 7 años y 26 días de servicios prestados a abril de 1886.

Estuvo en “la campaña al monte la Soledad³ y la de Tarapacá, en octubre y noviembre del 79, a órdenes del Sr. Gral. Don Juan Buendía”. Participó en “las batallas de San Francisco y Tarapacá, con el Batallón Lima N° 3, a órdenes del Sr. Gral. Don Juan Buendía.” Concurrió a la batalla del Alto de la Alianza a órdenes del Sr. Gral. Narciso Campero y bajo las inmediatas del Sr. Contralmirante Don Lizardo Montero.” Durante la defensa de Lima, concurrió a las batallas de San Juan y Miraflores, los días 13 y 15 de enero de 1881, “a órdenes del Sr. Gral. Don Pedro Silva.”

En la foja de servicios del entonces teniente coronel de Cárdenas aparece que estuvo presente en la campaña del norte, sosteniendo la causa constitucional; así, estuvo en los hechos del “4 de octubre en Cajamarca, a órdenes del coronel Don Tomás Roncero y Flores... y el 10 de octubre (del mismo año) en Trujillo, a órdenes del Sr. Capitán de Navío Don Gregorio Miro Quesada.”

Los datos que constan en dicha foja de servicios, particularmente su participación en la guerra con Chile, fueron confirmados por personas que participaron directamente en dicha guerra, como el entonces coronel Justiniano Borgoño, el contralmirante Lizardo Montero, el doctor Pedro Alejandrino del Solar Gabans, prefecto de Tacna y combatiente, él y sus hijos, de la batalla del Alto de la Alianza, el general Belisario Suárez y el general Juan Buendía.⁴

En 1894, ya con el grado de coronel graduado, fue nombrado edecán del presidente Cáceres y al año siguiente jefe del batallón Puno N° 10.⁵

Dejó el servicio activo y fue nombrado prefecto del departamento de Lambayeque y fue senador suplente por La Libertad. Se reincorporó al

3 En esta campaña ocurrió el Combate de Quillagua, el 10 de octubre de 1879, que fue favorable a las tropas peruanas.

4 Esta información ha sido tomada de la foja de servicios de Aristides de Cárdenas que se conserva en el Centro de Estudios Histórico Militares del Perú, área de genealogía y doctrina, Fondo Documental: “Expedientes personales”, caja N° 51, documento N° 45.

5 MILLA BATRES, Carlos, Diccionario Histórico y Biográfico del Perú, Siglos XV-XX, Tomo II, p. 275.

ejército en 1909 y ascendió al grado de coronel efectivo con fecha 6 de octubre de ese mismo año, mediante Resolución Legislativa N° 1105.

En 1910 fue nombrado comandante de las fuerzas militares que combatieron a David Samanez Ocampo y Sobrino, que se había levantado encabezando una montonera en Apurímac y parte de los departamentos de Ayacucho y Cusco, durante el primer gobierno de Leguía. Batió a Samanez en el combate de Tablachaca y ocupó Abancay.

En 1912 fue jefe departamental de La Libertad y en 1913 ocupó el cargo de comandante general de la cuarta y tercera región militar, sucesivamente. Fue Director de la Escuela Militar de Chorrillos entre diciembre de 1914 y junio de 1915.

En la sesión de 15 de junio de 1915, presidiendo el Consejo de Oficiales Generales el contralmirante Manuel A. Villavisencio e integrándola el contralmirante Toribio Raygada, los coroneles Manuel Diez Canseco, Francisco Llosa y M. Enrique Galdós, capitán de navío Juan B. Cobián, el doctor Alfredo Gastón como fiscal y el doctor Juan Manuel Carrera como auditor, se integraron por primera vez al Consejo los coroneles Arístides de Cárdenas y Manuel Pío Alcalá.

En la sesión del 21 de julio de 1916, el coronel Arístides de Cárdenas, encargado del control de las cuentas de justicia militar, “manifestó que las zonas judiciales de la República se habían provisto ya de los útiles y mobiliario indispensables para sus oficinas, careciendo el Tribunal hasta el presente de local y que creía conveniente que se adoptara alguna medida al respecto, por lo que proponía al Consejo que se pasara un oficio al Supremo gobierno a fin de que los fondos de justicia militar existentes en el Caja de Consignaciones y Depósitos y los que en adelante se empocen, se destinen a la construcción de un local para el Consejo de Oficiales Generales”. La propuesta fue aprobada por el Consejo y se pasó un oficio en ese sentido al gobierno.

En la sesión del 08 de enero de 1918, “A pedido del señor Coronel Cárdenas se acordó dirigir oficio al Supremo Gobierno con el objeto de que se organice la publicación de los Anales de Justicia Militar, como está establecida en la Corte Suprema de Justicia.”

En la sesión del 22 de enero de 1918, se dio cuenta de un oficio del señor Ministro de Guerra en el que transcribe la resolución suprema, por la que se jubila en el cargo de Fiscal del Consejo de Oficiales Generales al doctor don Alfredo Gastón. En esa ocasión, el coronel

Arístides de Cárdenas, Vocal del Consejo de Oficiales Generales, expresó unas sentidas palabras en honor al doctor Gastón, que resultan necesarias anotarlas textualmente, pues son el resumen de una vida valiosa al servicio de la patria: “El decreto supremo que acaba de leerse, por el cual se concede la jubilación al Señor Doctor Don Alfredo Gastón Fiscal permanente de este Consejo, donde prestó eminentes servicios, me obliga a manifestar el sentimiento que su separación me causa y me sugiere dos consideraciones, de orden material la una, de orden moral la otra. Vuelve nuestro compañero al hogar a gozar del beneficio que la munificencia nacional concede a sus servidores, la jubilación, es la situación del empleado que goza en ella de los mismos beneficios que si estuviera en servicio, la única diferencia es que en la actividad se remunera sus servicios para que trabaje y en el retiro se le paga igual remuneración para que descanse, no hay pues diferencia entre una y otra condición en el orden material, el empleado civil debe anhelar que llegue la época de su retiro. No sucede lo mismo con el militar, al pasar al retiro, disminuye su presupuesto, tiene que imponerse e imponer a los suyos privaciones que no ha sufrido en el servicio, de manera que cuando asoma la época del retiro comienzan sus zozobras con el negro porvenir que se cierne sobre él al disminuir el haber de que disfrutaba. Nuestro amigo el Doctor Gastón, va al retiro como el General que descansa en su tienda después de haber arrancado la victoria al enemigo, esta es la verdadera condición del Fiscal que se retira, que por sus largos servicios, por el mérito de ellos, así como por su ilustración y talento puede considerarse como el Patriarca de la Justicia Militar. En mil ochocientos setentainueve desempeñaba el cargo de Auditor General del Ejército y como tal, salió a campaña, asistiendo a las batallas de San Francisco y Alto de la Alianza, donde fue hecho prisionero y trasladado a San Bernardo (Chile) hasta la terminación de la guerra. Sirvió después (en) importantísimos puestos, como Secretario de la Junta de Gobierno, Ministro de Estado, Representante a Congreso, dejando en todos ellos la estela luminosa de su talento y energía. Como Auditor General del Ejército primero y como Fiscal de éste Consejo después, deja el Doctor Gastón enseñanzas que seguir, teorías judiciales militares incommovibles, y en todo caso ejemplos de rectitud, energía, capacidad y amor al Ejército; así su proyecto en minoría sobre reforma del Código, cuya exposición de motivos es la defensa más grande de la independencia de la justicia militar, sus luminosas vistas, muy especial (mente) sobre obediencia militar y apreciación de ciertos delitos como el insulto al superior

serán juzgados con mejor criterio a medida que sean estudiados en los casos de jurisprudencia que se presenten. Del Consejo se retira no solo el letrado sino el compañero, pues como tal debíamos considerarlo todos los militares. Yo deseo que estas palabras consten en el acta, y cuando en mil novecientos cincuentauno el actual Fiscal Doctor Elías se jubile servirán de tipo a los que formen el Consejo en esa época para hacer su alabanza, seguro como estoy que ha de seguir las paralelas que el Doctor Don Alfredo Gastón le deja trazadas.” En la sesión del 29 de enero de 1918, a pedido del Coronel Diez Canseco, se acordó transcribir las elogiosas palabras del coronel Arístides de Cárdenas al doctor Gastón, con copia al Ministro de Guerra a petición del Coronel Pío Alcalá.

En la sesión del 17 de enero de 1919, presidió el Consejo el coronel Arístides de Cárdenas e integraron el mismo los coroneles Alcalá, Pásara, Regal, los capitanes de navío Mora, Rivera, Sotomayor y el fiscal doctor Elías.

En la sesión del 28 de enero de 1919, se dio lectura, por segunda vez, al Reglamento interno para los empleados del Consejo de Oficiales Generales, formulado por el señor vocal coronel Cárdenas...” En la sesión del 31 de enero se dio una tercera lectura, acordándose se resolvería el asunto en la siguiente sesión.

En la sesión del 05 de enero de 1920 presidió el Consejo el general de brigada Carlos I. Abrill y asistieron los señores vocales coroneles Arístides de Cárdenas, Manuel Pío Alcalá, Carlos Augusto Pásara, César Gonzales, capitanes de navío J. Ernesto de Mora, Federico Sotomayor Vigil, Ernesto Caballero y Lastres y el Fiscal doctor Ricardo Leoncio Elías.

En la sesión del 9 de enero de 1920, se organizaron las Salas Revisora y de Guerra. La primera fue integrada por el general de brigada Carlos I. Abrill (Presidente), los coroneles Arístides de Cárdenas y Manuel Pío Alcalá, capitanes de navío J. Ernesto de Mora y Federico Sotomayor y Vigil y la segunda por los coroneles Carlos A. Pásara (Presidente) y César Gonzales y el capitán de navío Ernesto Caballero y Lastres.

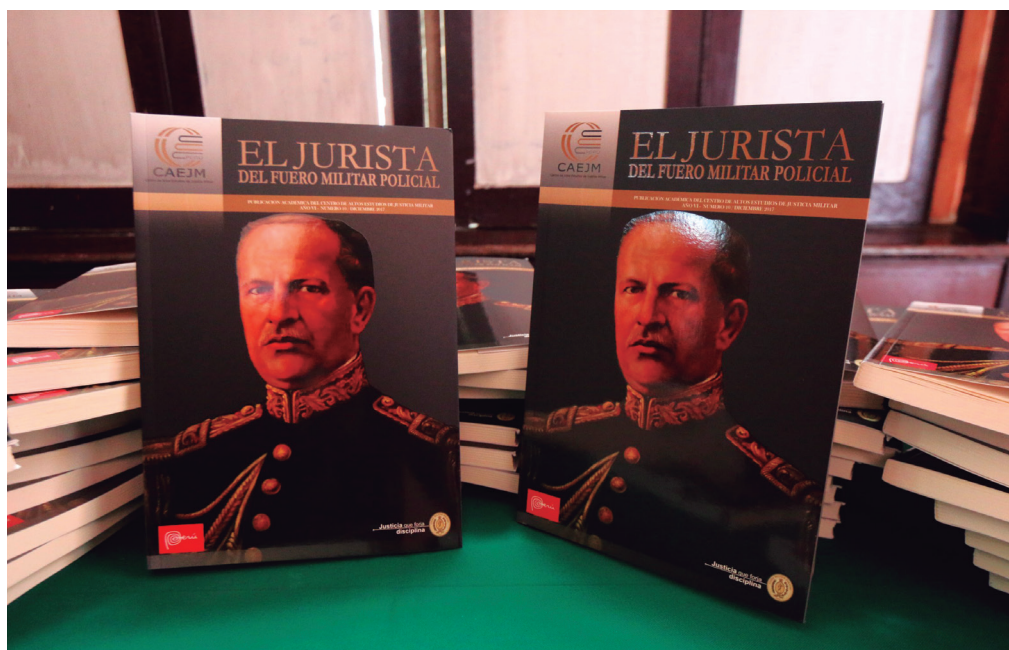
El 13 de julio de 1920, el coronel Arístides de Cárdenas asistió a la sesión del Consejo por última vez. En la sesión del 15 de octubre de 1920 se recibió un telegrama del Jefe de Zona de Cuarta Región Militar presentando sus condolencias y del personal de la zona “por el fallecimiento del señor vocal Coronel don Arístides de Cárdenas”. El

coronel de Cárdenas falleció en Lima el 6 de octubre de 1920. Estuvo casado con doña Rosa María Tillit Tristán, hija de Florentino Tristán y Flores del Campo, por tanto emparentado con los Echenique Tristán y los Piérola. Tuvo tres hijas: Rosa, nacida en Pacasmayo en 1891, Blanca (1895) y Marta (1899) de Cárdenas Tillit.⁶

6 <<https://gw.geneanet.org/antonioalvistur?lang=es&pz=epifanio&nz=carballido+rincon&ocz=0&p=aristides+de&n=cardenas>>, consultado 5 de junio de 2018.

■ Anexos

PRESENTACIÓN DE LA REVISTA “EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL” N° 10



El 14 de diciembre de 2017, en el Centro de Estudios Histórico Militares del Perú, se presentó el décimo número de nuestra revista “El Jurista del Fuero Militar”. Como ya es costumbre, el evento contó con una gran concurrencia, actuando como presentadores los doctores Erickson Costa Carhuavilca y Moisés Paz Panduro.



La mesa de honor estuvo integrada, además de los presentadores, por el Contralmirante Julio Enrique Pacheco Gaige, Director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar y Director de nuestra revista, el General de Brigada Hermann Hamann Carrillo, Presidente del Centro de Estudios Histórico Militares del Perú y el entonces Capitán de Navío Carlos Schiaffino Cherre, Director Académico del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar.

JURAMENTACIÓN DEL CONTRALMIRANTE
CJ (R) JULIO ENRIQUE PACHECO GAIGE
COMO PRESIDENTE DEL FUERO
MILITAR POLICIAL





Los vocales supremos y el Presidente de la Fiscalía Militar Policial del Fuero Militar Policial, Gral. PNP CJ (R) Julio Bueno Tirado, flanqueando al Contralmirante CJ (R) Julio Enrique Pacheco Gaige, el día de su juramentación como Presidente del Fuero Militar Policial.

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL
CONTRALMIRANTE CJ (R) JULIO ENRIQUE
PACHECO GAIGE AL PRESTAR JURAMENTO
COMO PRESIDENTE DEL FUERO MILITAR
POLICIAL, EL 24 DE MAYO DE 2018

Asistieron a la ceremonia altas autoridades de la Republica, civiles y militares; ex ministros; ex jefes del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas; ex comandantes generales de la Marina de Guerra del Perú; ex presidentes del Fiero Militar Policial; el alcalde de La Punta, entre muchos otros. El almirante Pacheco dijo:

Me presento el día de hoy ante ustedes y les agradezco acompañarnos en una ceremonia tan importante para el Fiero Militar Policial. La justicia militar cuenta con ciento diecinueve años de vigencia en el país y así como en sus inicios, con el Consejo Supremo de Guerra y Marina, presidido por el vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República, doctor Simón Gregorio Paredes y actuando como fiscal general el jurista Miguel de la Lama, abrieron un camino orientado a coadyuvar en la disciplina de nuestras instituciones armadas, el día de hoy continúa este trayecto de servicio al país a través de la administración de justicia para nuestros militares y policías.

Es así como se desarrolló un proceso eleccionario, democrático e institucional, que ha llevado a un traspaso de la presidencia, en forma ordenada y conforme a la normativa vigente en nuestro país, por lo que quiero agradecer al señor general de brigada Juan Pablo Ramos Espinoza, por haber permitido y liderado este proceso.

Asumo la presidencia de este importante órgano jurisdiccional y fiscal, con la convicción absoluta de la importancia que él tiene en el mantenimiento de la disciplina en nuestras instituciones de las fuerzas armadas y la policía nacional. Me comprometo por ello a desarrollar el plan de trabajo que expuse ante el Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial el día del proceso eleccionario y que en breves palabras resumiré para ustedes.

He propuesto tres ejes de acción que desarrollaremos en esta gestión. En primer lugar, continuar agresivamente el plan de descentralización administrativa, académica, jurisdiccional y fiscal. Todavía tenemos algunas trabas en la creencia que el Perú es Lima y Lima es el Perú. En los últimos cinco años en que tuve el honor de ser director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, creamos, con aprobación del Consejo Ejecutivo, las oficinas descentralizadas, las que con la asignación de los recursos económicos necesarios han desarrollado actividades académicas en universidades y centros de formación en su propio territorio de trabajo, siendo los resultados muy satisfactorios. Esta descentralización debemos extenderla ahora a lo administrativo y jurisdiccional, para que los Tribunales Superiores Militares Policiales a nivel nacional, puedan auto regularse en materia de recursos humanos, control de la magistratura, investigación preliminar de infracciones disciplinarias y de función, entre otros temas más. Estoy totalmente convencido que el centralismo ahoga las expectativas e iniciativas y aletarga el avance.

El segundo eje está referido a inculcar una cultura organizacional propia del Fuero Militar Policial. Tengo más de 15 años trabajando en la justicia militar y he visto que uno de los temas que no ayuda a su desarrollo es que los oficiales, personal subalterno y civil, vienen de diversas instituciones y no se ha podido implementar una mística propia del Fuero Militar Policial. No se trata de desconocer nuestros orígenes institucionales, sino ponerlos en sintonía con la labor especializada que se desarrolla en la justicia militar. Reconozco que promover una cultura organizacional propia será muy complicado, pero estoy convencido que el esfuerzo se justifica plenamente.

El tercer eje se refiere a la realización de un trabajo oportuno, profesional y honesto, basado en una gestión por resultados. Es terrible abrir los diarios cada mañana o prender la radio o la televisión para ver o escuchar cómo la desidia, la deshonestidad o la inmoralidad se van enquistando en los diversos estratos de nuestra sociedad. La corrup-

ción es una enfermedad que tiene cura, pero a veces pareciera que no se conoce el remedio para combatirla o simplemente no se quiere usar dicho remedio.

En ese sentido, voy a disponer la repotenciación tanto de la inspección general como del órgano de control de la magistratura militar policial, para que estén en condiciones de fiscalizar y sancionar de manera drástica las faltas o denunciar los delitos que se verifiquen, a fin de hacer de nuestra organización un faro prístino que guíe la disciplina militar y policial. No habrá concesiones a la desviación. Asimismo, tendremos un trabajo coordinado con el órgano de control institucional, que debe ayudarnos a detectar, en su nivel, las eventuales trasgresiones administrativas y legales, para enmendar esas equivocaciones y desarrollar nuestro trabajo con transparencia.

Además de estos tres ejes de trabajo, tenemos otras importantes responsabilidades que cumplir, que se sustentan también en dichos ejes. Desde el 1 enero de 2011, con la vigencia del novísimo código penal militar policial, se planteó el reto del cambio de sistema procesal penal inquisitivo por otro de corte acusatorio, con rasgos adversariales, que garantiza los derechos de las partes y que consagra una actuación jurisdiccional y fiscal en base a los principios militares policiales esenciales (la disciplina, jerarquía, mando y obediencia, defensa y seguridad de la república y de subordinación al poder constitucional), con valores tales como la justicia, integridad moral y ética, honor, honestidad, responsabilidad, patriotismo y excelencia. Siendo nuestra razón de ser la administración de justicia, debemos esforzarnos para que ésta sea oportuna, eficaz y ágil.

De otro lado, los medios tecnológicos deberán ser utilizados adecuadamente y deberán servir con eficacia al trabajo que realizamos. Estoy disponiendo que en un plazo no mayor de 2 meses se empiecen a publicar las sentencias consentidas y ejecutoriadas, lo que permitirá que los sujetos procesales conozcan el criterio de nuestros tribunales y nuestras decisiones se hagan predictibles. Por tanto, trabajaré para garantizar la imparcialidad y la transparencia de los procesos penales militares policiales, asegurar el respeto al debido proceso e impulsar la celeridad de los procedimientos.

Priorizaré la transparencia de la gestión pública, la que será fortalecida dando cumplimiento a la obligatoriedad de publicar la hoja de vida y

las agendas de los altos funcionarios, mediante la página web, en un plazo que no excederá de un mes, que muestren información actualizada sobre las responsabilidades y decisiones de la institución. No debemos seguir manteniendo la cultura del secretismo.

Trabajaremos decididamente en la reducción de toda expresión de violencia y maltrato al interior de la institución, fomentando acuerdos de auto regulación, con el objeto de lograr la cultura de paz, respeto y solidaridad, buscando la eliminación de cualquier práctica que contradiga las buenas formas y erradicando conductas inadecuadas. El ser humano es la razón de ser de nuestro trabajo y como ser humano, requiere el respeto debido; ello, sin embargo, no será óbice para que se le aplique todo el peso de ley, en caso de incumplirla.

Vamos a continuar el trabajo que desarrolló el general Juan Pablo Ramos Espinoza, durante su presidencia, en adecuar y/o construir nuevos locales para nuestros jueces y fiscales; asimismo, lograr la titulación y saneamiento de nuestros inmuebles. El personal se siente motivado y tranquilo cuando puede desarrollar su trabajo en un ambiente adecuado y con las facilidades necesarias. El proceso acusatorio requiere medios tecnológicos adecuados a la nueva forma de administrar justicia y para ello solicitaré al señor presidente del Poder Judicial, y al Fiscal de la Nación, para que nos apoyen, con la experiencia que ellos tienen, en esta materia.

En la misma línea, nos acercaremos a los señores congresistas para solicitarles su apoyo en la modificación de algunos artículos de nuestra ley de organización y funciones y del código penal militar policial, dado que en estos primeros 8 años de vigencia se ha evidenciado la necesidad de precisar algunos problemas que impiden un desarrollo funcional al momento de investigar y juzgar. Incluso, hay una falencia normativa nacional en lo que se refiere a los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario (DIH), que no está legislado en el código penal común y que habiéndolo estado, con la opinión favorable de la Cruz Roja Internacional, en el código penal militar policial, fue expulsado de dicho código por el Tribunal Constitucional.

Un país como el Perú requiere tener normativa actualizada sobre los potenciales delitos que se cometen en operaciones militares y como ocurre en muchos países, la investigación y sanción de esos delitos los ve la justicia militar. No me refiero a los delitos de tortura, desapariciones forzadas o ejecuciones extra-judiciales que configuran violaciones

a los derechos humanos y deben ser vistos por la justicia común, sino a aquellos ocurridos en legítima acción operacional. Propondremos reinstalar el capítulo sobre delitos contra el DIH en el código penal militar policial y para ello coordinaremos con el Tribunal Constitucional y con el Congreso de la República para que el Perú pueda tener una legislación vanguardista en esta materia.

En lo que se refiere al empoderamiento de la justicia militar en el ámbito internacional, seguiremos siendo partícipes natos del Foro Interamericano sobre Justicia Militar, que se fundó hace 6 años y del cual el Fuero Militar Policial tuvo la primera secretaría técnica y organizó su desarrollo. Pero, evidentemente, este posicionamiento no es sólo por razones coyunturales, sino que se da como respuesta a la formación y capacitación de nuestro personal, como lo veremos más adelante.

Este trabajo internacional se inició y ya no se detuvo, hay que reconocerlo con agradecimiento, en la gestión del señor contralmirante Carlos Enrique Mesa Angosto, lo continuó el general de brigada Hugo Pow Sang Sotelo, recientemente fallecido, y lo ha mantenido a muy buen nivel el general de brigada Juan Pablo Ramos Espinoza, cada uno de ellos en sus respectivas presidencias.

Una de las razones más importantes de este éxito se debe a la organización interna de nuestra justicia militar. Las justicias militares de otros países dependen o del poder ejecutivo o del poder judicial. El caso peruano es sui generis y en buena hora que así lo sea. Se cuestionó en nueve sentencias del Tribunal Constitucional la falta de autonomía, independencia, imparcialidad e inamovilidad de los operadores judiciales militares, ya que, se argumentaba, que al ser todos los jueces y fiscales, oficiales en actividad, estaban sujetos al mando de su institución y ello les restaba la autonomía propia que deben tener los magistrados. Este mismo cuestionamiento se viene dando en varios países, especialmente de Sudamérica y Centroamérica. El Perú encontró una fórmula que ha sido aceptada, no sólo por nuestro Tribunal Constitucional, sino también por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se dispuso que la última instancia jurisdiccional y fiscal del Fuero Militar Policial estuviera conformada por oficiales generales y almirantes del Cuerpo Jurídico Militar en situación militar de retiro, los mismos que no están sujetos a mando institucional. Lamentablemente, en la actualidad, la percepción, se ha convertido en verdad y de la verdad, todos dudan.

Somos vistos entonces como una alternativa viable de organización de administración de justicia.

Continuaremos impulsando la preparación de nuestro personal en el ámbito académico. Podemos contar que en varias oportunidades, una de ellas, hace menos de un mes, nuestros jueces, fiscales y defensores de oficio han sido invitados a seminarios y talleres en países amigos, como los Estados Unidos de América, Chile, Brasil, Colombia y México, en condición de participantes y expositores en el nuevo modelo procesal penal. Somos, por tanto, a nivel internacional, un referente por nuestra organización jurídica y la preparación académica y profesional de nuestros abogados. El Centro de Altos Estudios de Justicia Militar tiene esa misión y desde ya le encargo al director de este organismo autónomo, que continúe en el empeño de seguir preparando a nuestro personal. Tenemos convenios firmados con importantes instituciones nacionales y extranjeras para este fin y los utilizaremos en este empeño.

Promoveré la formación técnica entre los operadores de justicia, orientada a la profesionalización progresiva. Haremos una revisión práctica de los programas de educación, buscando una formación básica que incorpore posteriores programas de especialización, buscando homologar niveles académicos universitarios sobre la base de conocimientos y experiencia, promoviendo una real fusión con la formación académica universitaria especializada.

Seguiremos por supuesto con la publicación bianual de nuestra revista “El Jurista del Fuero Militar Policial”, que ya tiene 10 números publicados y se encuentra indexada en la fundación Dialnet de España, debido a la importancia de sus contenidos y la seriedad de la revista.

Debo también señalar que una de las prioridades que tenemos por delante es la creación del expediente judicial virtual o electrónico. Sobre este tema, el Poder Judicial ha avanzado mucho y nosotros confiamos que en el Fuero Militar Policial podamos contar con esta importante herramienta de trabajo en breve tiempo.

Trabajaremos incesantemente por contar con el personal necesario para desarrollar nuestro trabajo. En esta línea, solicitaré muy respetuosamente a los señores comandantes generales de las Fuerzas Armadas y al director general de la Policía Nacional, su apoyo para contar con el personal necesario para cumplir nuestra labor.

Como se sabe, por tratarse de una organización que juzga pares, se requiere contar con jueces y fiscales militares del grado de teniente coronel o equivalente para investigar al personal militar y policial hasta ese grado y requerimos personal del grado de coronel o equivalente para formar los tribunales superiores militares policiales; asimismo, para la investigación y enjuiciamiento de personal del grado de coronel o equivalente y de general o equivalente, se necesita contar con oficiales generales y almirantes del grado de general o equivalente. Somos conscientes de la dificultad que tienen nuestras instituciones en lo relativo al personal, pero la falta de oficiales es un impedimento para que desarrollemos en forma eficiente nuestra misión. Demás está decir, que la cantera para dotar de personal superior al Fuero Militar Policial son las instituciones de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Corremos el riesgo, como ya ha ocurrido, que un sentenciado cuestione al tribunal que lo juzgó por no haber participado jueces y fiscales del grado militar o policial previsto en la ley o lo que es peor, que no podamos llevar a cabo el juzgamiento por falta de oficiales del grado previsto y que el proceso prescriba. Estoy convencido que con un poco de imaginación podremos solucionar este problema.

En este tema de personal, una falencia que tenemos actualmente es la falta de jueces y fiscales titulares. La ley 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, dispone que deben haber 4 oficiales generales o almirantes en situación de retiro, tres de ellos vocales y un fiscal, en la Sala Suprema Revisora. En la Sala Suprema de Guerra, la Vocalía Suprema y los fiscales supremos correspondientes, deben actuar ocho oficiales generales y almirantes, dos de cada institución, en actividad, nombrados por el presidente de la República como señala la ley. En la actualidad, faltan un vocal supremo en retiro y cuatro en actividad.

Debo invocar también a los señores ministros de Defensa y del Interior, así como a los comandantes generales de nuestras Fuerzas Armadas y al director de la Policía Nacional, que la designación de generales y almirantes en actividad se realice al Fuero Militar Policial y no a un cargo específico dentro de la organización. Los tres generales y el almirante en actividad que actualmente prestan servicios en el Fuero Militar Policial, actúan como vocales y no se cuenta con fiscales supremos. Es una limitación importante que hay que superar, permitiendo al Fuero Militar Policial decidir en qué cargos necesita al oficial designado.

Estando a puertas del bicentenario, debemos llegar al 2021, y estoy seguro que así será, como una organización ejemplar, proba y justa, con un nuevo y vigoroso impulso. Mi obligación es lograr consolidar el cambio con la mayor velocidad posible, manteniendo un espíritu de emprendimiento, con objetivos y políticas claras, las que serán comunicadas siempre oportunamente. Esta es mi convicción, apuesto por una profunda reforma que fortalecerá la celeridad, probidad y transparencia en la justicia militar policial.

Agradezco la presencia de cada uno de ustedes, de mi querida familia acá presente, de mis amigos, mis jefes, mis colegas y mis subordinados. Todos ustedes, de una u otra forma, son responsables que hoy haya juramentado como presidente del Fuero Militar Policial. Le pido a Dios todopoderoso y a su Santa Madre, que guíen mis pasos en esta nueva etapa de mi vida y a ustedes les prometo que todos mis actos estarán regidos por mi formación católica y por los principios y virtudes del gran almirante del Perú don Miguel Grau Seminario.

Termino mi presentación dirigiéndome al personal del Fuero Militar Policial que se encuentra presente y a los integrantes de los cuatro tribunales superiores militares policiales del país. Les exijo lealtad, profesionalismo y honradez en el trabajo. Somos una institución centenaria y prestigiosa en el país y nuestra existencia tiene sustento constitucional, por lo que debemos demostrar, con nuestra capacidad y trabajo, que somos útiles a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional, salvaguardando y manteniendo la disciplina, el orden y los valores supremos en dichas instituciones, para que cumplan con sus misiones constitucionales y sólo en esa medida seremos útiles al Perú.

Gracias.

EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Se terminó de imprimir en julio del 2018 en

IMAGIDEAS.COM de Milagros Morales

RUC: 20524409471

Calle Pedro Murillo 1064, Pueblo Libre

Teléfono: (511) 2613558 / Cel. 987848007

E-mail: mmorales@imagideas.com.pe



Altas autoridades civiles y militares presentan su saludo al contralmirante Julio Enrique Pacheco Gaige, el día de su juramentación como presidente del Fuero Militar Policial del Perú.

Fuero Militar Policial
Av. Arenales N° 321
Santa Beatriz
Telf. (511) 614 4747
www.fmp.gob.pe
Lima - Perú

