

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

PUBLICACIÓN ACADÉMICA DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR
AÑO VII - NÚMERO 12 / DICIEMBRE 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

DIAGRAMACIÓN

Socorro Gamboa García

DISEÑO DE PORTADA

Nicol Huamanchumo Farfán

SECRETARIA

Yasmina Santos Agapito

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

Edición diciembre 2018
Año 7 - Número 12
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 Fuego 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

LA JURISDICCIÓN MILITAR EN EL PERÍODO GADITANO: SU INFLUJO EN EL PERÚ	
<i>José F. Palomino Manchego</i> _____	17

EL AUDITOR GENERAL DEL FUERO PRIVATIVO MILITAR EN EL VIRREINATO PERUANO	
<i>José Francisco Gálvez Montero</i> _____	35

ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR Y ALCANCES DEL DERECHO PENAL MILITAR URUGUAYO	
<i>Marta Iturvide Contich</i> _____	51

EL ARTÍCULO 82 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR ESPAÑOL	
<i>José Antonio Rodríguez Santisteban</i> _____	63

EL AMPARO CONTRA PARTICULARES EN COSTA RICA, Y EN EL DERECHO COMPARADO	
<i>Luis Alberto Canales Cortés</i> _____	83

PANORÁMICA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR ESPAÑOLA	
<i>Alfredo Fernández Benito</i> _____	95

REFLEXIONES SOBRE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL	
<i>Erickson Costa Carhuavilca</i> _____	111

JUSTICIA MILITAR E INTERVENCIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS EN SUPUESTOS DE PROTESTAS SOCIALES <i>David Lovatón Palacios</i> _____	121
---	-----

CONCEPTO SISTÉMICO, METODOLÓGICO Y ESTRATÉGICO DE LA TEORÍA DEL CASO EN EL MANUAL DE ACTUACIONES FISCALES <i>Jorge Félix Ampuero Begazo</i> _____	131
--	-----

JUSTICIA MILITAR COMO EXPRESIÓN DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SU APOORTE A LA DEMOCRACIA <i>Aldo Nervo Atarama Lonzoy</i> _____	151
---	-----

BIOGRAFÍA

BIOGRAFÍA DEL GENERAL DE BRIGADA GABRIEL VELARDE ÁLVAREZ <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	159
--	-----

ANEXOS

PRESENTACION DE LA REVISTA “EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL” N° 11 _____	165
---	-----

EL BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA DEL PERÚ <i>Hernán Ponce Monge</i> _____	167
---	-----

VI ENCUENTRO DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO MILITAR <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	179
---	-----

PRESENTACIÓN

Continuamos publicando el “Jurista del Fuero Militar Policial”. Hemos llegado al número 12, gracias a nuestras alas y al buen viento de nuestros lectores, durante este año.

En este número, seguimos explorando el Derecho desde sus diversas aristas y hemos incluido material relativo al VI Encuentro de Derecho Internacional Humanitario y Derecho Militar, que el Fuero Militar Policial del Perú ha organizado conjuntamente con la Asociación Internacional de Justicias Militares (AIJM), que tiene su sede en Brasil.

Este evento tuvo su desarrollo los días 11 y 12 de octubre último, con la presencia de representantes de nueve naciones: Angola, Brasil, Chile, Grecia, Estados Unidos de Norte América, España, Nicaragua, Perú y Uruguay. Los temas fueron tratados en seis mesas temáticas, habiendo llamado la atención del público asistente y la prensa, la mesa temática sobre el rol de la mujer en la sociedad, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú.

El 20 de diciembre de este año se cumplirán 120 años de la promulgación del primer Código de Justicia Militar, fecha en la que celebraremos también el día del Fuero militar Policial, manteniendo nuestro compromiso de seguir trabajando para entregarles una revista actual e interesante, con temas que, estamos seguros, van a ser de total agrado de Uds., hasta pronto.

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

NOTA DEL EDITOR

El 11 de octubre de 2018 falleció el general de brigada Raúl Talledo Valdivieso, en Lima. Su partida causó hondo pesar entre su familia, amigos y los miembros del Fuero Militar Policial que sirvieron con él durante su larga trayectoria en esta Institución.

Conocimos al general Talledo allá por el año 1991, durante los difíciles años del terrorismo, que asoló a nuestra patria. Él venía de prestar servicios en Ayacucho. Fue relator de la Sala de Guerra del entonces Consejo Supremo de Justicia Militar y su fiscal, con el grado de coronel, entre 1993 y 1996. Ascendido al alto grado de general de brigada, con fecha 1 de enero de 1997, fue designado “Vocal Instructor”, siendo el primer oficial del Cuerpo Jurídico Militar en acceder a dicho cargo.

Fue agregado militar del Perú en Estados Unidos de Norte América y, más adelante, presidente de la Sala de Guerra del entonces Consejo Supremo de Justicia Militar, siendo, igualmente, el primer oficial del Cuerpo Jurídico Militar en acceder a este cargo.

Encontrándose ya en la situación militar de retiro, fue Inspector General y, posteriormente, jefe de la Oficina de Control de la Magistratura del Fuero Militar Policial. Descanse en paz señor General.

ROOSEVELT BRAVO MAXDEO

El Jurista
del
Fuero Militar Policial

■ Artículos

LA JURISDICCION MILITAR EN EL PERÍODO GADITANO: SU INFLUJO EN EL PERÚ

SUMARIO: ¿QUÉ DECÍA LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ DE 1812?; II. ETAPA REPUBLICANA: PRELIMINARES; III. EL «PROYECTO DE CONSTITUCIÓN MILITAR DEL EJÉRCITO DEL PERÚ» DE 1827 COMO PRIMER ANTECEDENTE; IV. ANÁLISIS DEL «PROYECTO CONSTITUCIÓN MILITAR DEL EJÉRCITO DEL PERÚ» DE 1827; V. ANÁLISIS DEL «ENSAYO DE UNA CONSTITUCIÓN MILITAR DEDUCIDA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA» DE 1812, DE VICENTE SANCHO; VI. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE «CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA NACIÓN ESPAÑOLA POR LO TOCANTE A LA PARTE MILITAR» DE 1813, DE ÁLVARO FLÓREZ ESTRADA; VII. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE «CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA NACIÓN ESPAÑOLA POR LO TOCANTE A LA PARTE MILITAR» DE 1820, DE DIONISIO CARREÑO; Y, VIII. CONCLUSIONES.

RESUMEN

En este artículo, el autor resalta el contexto en el cual se gestaron las Cortes de Cádiz y la propia Constitución que ella alumbró, circunstancias en las cuales los militares asumieron papeles relevantes en la

1 Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales [Sobresaliente con la nota de veinte (20)] y Doctor en Derecho y Ciencia Política [Sobresaliente con la nota de veinte (20)] por la UNMSM. Decano (e) y Director Académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. Profesor Principal de Historia de la Cultura, Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Ciencia Política y Filosofía del Derecho en Pregrado y Posgrado de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, UIGV, USMP y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Miembro Asociado de la Académie Internationale de Droit Comparé. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Diplomado en Defensa Nacional por el Centro de Estudios de la Defensa Nacional de España (CESEDEN). Condecoración de la Orden del Fuero Militar Policial de Perú en el Grado de Comendador. Medalla Justicia Militar de Brasil, con ocasión de conmemorarse sus 200 años.

administración de la monarquía y de sus dominios coloniales y le dieron su sello particular.

Analiza los textos de tres “Constituciones Militares” españolas (1812, 1813 y 1820), con especial atención en el tema “de la Fuerza Armada en la Península Ibérica”, que se presentaron para propiciar las reformas y cambios que resultaban indispensables para la transformación que se gestaba.

En otro punto, analiza el “*Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú*” de 1827, que encabezó el coronel Quirós, que según el autor es un documento de vanguardia, pues contiene disposiciones razonadas y pertinentes, propias del espíritu liberal de sus autores, que, sin embargo, no pudo entrar en vigencia debido a la anarquía que en ese entonces vivía el Perú. En esta “Constitución Militar”, se harán importantes aportes sobre Justicia Militar.

ABSTRACT

In this article, the author highlights the context in which the courts of Cadiz were gestated and the constitution that they lit, circumstances in which people from the Army assumed relevant roles in the administration of the monarchy and its colonial domains and they gave their particular stamp.

The article analyses the texts of three Spanish “Military Constitutions” (1812, 1813 and 1820), with special attention on the

topic “of the Army in the Iberian Peninsula”, which were presented to favor the reforms and changes that were essential for the transformation that was gestating.

At another point, it analyses the “Project of Military Constitution of the Army of Peru” of 1827, led by Colonel Quirós, which according to the author is a document of vanguard, since it contains reasoned and pertinent provisions, characteristic of the liberal spirit of its authors. However, it could not enter into force because of the anarchy that at the time lived in Peru. In this “Military Constitution”, important contributions will be made on Military Justice.

I. ¿QUÉ DECÍA LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ DE 1812?²

A diferencia de otros estudios concernientes al propio contenido de la Constitución doceañista, la parcela concerniente a la Jurisdicción Militar poco o casi nada ha sido estudiado. No obstante, ello, siempre hay notables excepciones como veremos a continuación. Ahora bien, partiendo de algunas reflexiones generales, hemos de decir que en nuestra prehistoria constitucional destaca la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada por el Rey Fernando VII de Borbón (1784-1833), llamado *el Deseado* o *el Rey Felón*, el 19 de marzo de 1812, habiendo tenido vigencia tanto para España como para sus provincias de Ultramar³. A tal objeto, en el artículo 250 se normó que:

2 Cfr. Monzón y de Aragón, Mariano: *Ayer y hoy de la Jurisdicción Militar en España*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 2003, págs. 79-80.

3 Cfr. García-Mercadal, Fernando: “El ejército español en el caso del antiguo régimen (1808-1823). Aspectos legislativos”, en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, t. XXVI-4, Bruxelles, 1987, págs. 519-526.

“Los militares gozarán también del fuero particular, en los términos que previene la ordenanza ó en adelante previniere”.

Y, el artículo 248 reconoció el principio de la unidad del fuero, al establecer taxativamente que:

“En los negocios comunes, civiles y criminales no habrá más que un sólo fuero para toda clase de persona”.

Debe también mencionarse el artículo 359, cuyo contenido decía lo siguiente:

“Establecerán las Cortes..., por medio de las respectivas ordenanzas, todo lo relativo á la disciplina, órden de ascensos, sueldos, administración y quanto corresponda á la buena constitución del ejército y armada”⁴.

Todavía hay que dar un paso más. En efecto, el célebre asturiano Agustín de Argüelles (1776-1844), autor del *Discurso Preliminar*, que precedía al Proyecto de Constitución, decía:

“El ejército permanente debe considerarse destinado principalmente para la defensa de la patria en los casos ordinarios de guerra con los enemigos. Mas en los de invasión o de combinación de ejércitos numerosos para ofender a la

nación, necesita ésta un suplemento de fuerza que la haga invencible.

...

Una ordenanza especial podrá arreglar en cada provincia un cuerpo de milicias proporcionado a su población, que haciendo compatible el servicio análogo a su institución con las diversas ocupaciones de la vida civil, ofrezca a la nación el medio de asegurar su independencia si fuese amenazada por enemigos exteriores y su libertad interior en el caso de que atentase contra ella algún ambicioso”⁵.

Tras ello, es indudable que la Constitución gaditana⁶, de una u otra forma, tuvo notable influencia tanto en el Perú como en los demás virreinos que estaban bajo el dominio de España para que, al cabo de poco tiempo, empezara a gestarse la independencia del dominio español que concluyó en los campos de Junín y Ayacucho el año 1824. A propósito, basta con apuntar que: “En España e Hispanoamérica los militares han sido tachados como un grupo conservador, enemigo de reformas y un tanto fanático. Es curioso por ello observar que en el Congreso gaditano se produce el fenómeno contrario. El grupo de los militares destaca como el más progresista en este

4 Para el presente estudio, hemos tenido a la vista la siguiente edición oficial: *Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz á 19 de marzo de 1812*, Imprenta Real, Cádiz, 1812. Desde el punto de doctrinal, vid. por todos, Martínez Sospedra, Manuel: *La Constitución española de 1812 (El constitucionalismo liberal a principios del siglo XIX)*, Tip. Pascual Ibáñez, Valencia, 1978. Antecede Prólogo de Diego Sevilla Andrés.

5 Cfr. Argüelles, Agustín de: *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 124. Antecede Introducción de Luis Sánchez Agesta.

6 Por todos, vid., la colección *Las Constituciones Españolas. La Constitución de 1812*, t. II, Iustel, Madrid, 2008. Antecede Estudio Preliminar de Miguel Artola y selección de textos a cargo de Rafael Flaquer Montequi.

período...”,⁷ sin obviar que el Ejército americano desde el siglo XVIII empezó a tomar posturas liberales hasta culminar con la independencia, habiendo jugado un papel preponderante las familias criollas que eran precisamente las que financiaban en su totalidad a la milicia.

Renglón especial ocupa el tema de la Constitución Militar –defendido por 66 diputados– que fue también materia de debate en las Cortes Constituyentes doceañistas. Destacan las proposiciones que presentaron los diputados por Guatemala y Lugo, respectivamente: Manuel de Llano (suplente) y José Ramón Becerra y Llamas (electo). Manuel de Llano, en la sesión del 30 de diciembre de 1811, propuso que se constituyera una Junta Militar de individuos de todas las armas y ejércitos, cuyo objeto sería formar la Constitución Militar, la cual se sometería a sanción de las Cortes o Diputación permanente⁸. De igual forma, Becerra y Llamas, en la sesión de 17 de enero de 1812, llegó a presentar una exposición relativa a

la constitución general y particular del Ejército. La Comisión de Guerra era de la idea de que las Cortes debían aprobar los trabajos en que se había ocupado la Comisión de Constitución Militar, y que por medio de la Regencia se comunicase a esta última⁹.

II. ETAPA REPUBLICANA: PRELIMINARES

En cierto modo, iniciado el despertar republicano, y luego de haberse llevado a cabo las batallas de Junín y Ayacucho en 1824¹⁰, el Perú no pudo apartarse de una serie de leyes propias del Virreinato. En efecto, como lo destaca con buen criterio José Hurtado Pozo¹¹: “El vacío legislativo originado por la no dación de leyes básicas determinó, como también en otros niveles, la supervivencia de la legislación española: hasta 1852 rigió el ordenamiento civil impregnado fuertemente de los fundamentos del Derecho Romano y hasta 1862 imperaron exclusivamente las disposiciones penales de

7 Cfr. Berrueto León, M^a. Teresa: “La actuación de los militares americanos en las Cortes de Cádiz 1810-1814”, en *Quinto Centenario*, N° 15, Madrid, 1989, pág. 214. En total, fueron 17 los militares americanos que estuvieron presentes en las Cortes de Cádiz. Por el Virreinato del Perú asistieron el Teniente Coronel Dionisio Inca Yupanqui, el Subteniente Ramón Olaquer Feliú, el Brigadier Antonio Zuazo y el Coronel Francisco Salazar y Carrillo.

8 En realidad, la Comisión fue creada el 23 de junio de 1812 por las Cortes generales y extraordinarias, y la Regencia del Reino el 12 de setiembre nombró a sus integrantes, no todos ellos se reunieron permanentemente, tal como dio cuenta su presidente Manuel de la Peña el 31 de marzo de 1814. Cfr. *Exposición de la Comisión de Constitución Militar, acompañando los trabajos que se le pidieron*, Imprenta de Repullés, Madrid, 1814, 33 págs.

9 El dictamen de la Comisión de Guerra se puede consultar en el *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, t. VIII, N° 900, págs. 5597-5598; N° 924, pág. 5810, Imprenta de J.A. García, Madrid, 1870. También, vid. Lafuente Balle, José María: *El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, págs. 107-119.

10 Cfr. Del Moral Martín, Victoriano: “Los últimos días del Ejército español en el Perú. Bosquejo histórico y aportaciones documentales”, en *Revista de Historia Militar*, Año XVI, N° 32, Madrid, 1972, págs. 145-182.

11 Cfr. Hurtado Pozo, José: *La Ley importada. Recepción del Derecho Penal Peruano*, CEDYS, Lima, 1979, págs. 37-38.

la Colonia”¹². O, mejor dicho, del Virreinato del Perú. El ejemplo más elocuente de ello lo tenemos en las diversas Ordenanzas Militares medievales del Emperador Carlos V (1500-1558), y en especial, las de Carlos III (1716-1788) de 1762, y la más conocida, la de 1768.

III. EL «PROYECTO DE CONSTITUCIÓN MILITAR DEL EJÉRCITO DEL PERÚ» DE 1827 COMO PRIMER ANTECEDENTE

Ahora bien, nos parece imprescindible empezar por nuestra realidad nacional. Los autores que suscribieron el *Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú* en 1827, fueron Anselmo Quirós y Nieto (Arequipa 1797-Yungay 1839), oficial del Ejército Libertador, hombre de ideas liberales que combatió en las batallas de Junín y Ayacucho; Manuel Ignacio García (Lambayeque 1777-Lima 1845), también convencido de sus ideas liberales, magistrado, político y auditor de guerra en 1830 y Pedro Bermúdez (Tarma 1793-Lima 1852), Diputado y Senador, Ministro de Guerra y Jefe Supremo de la República en 1834¹³. Se infiere de

lo expuesto, que cada uno de ellos tenía experiencia en el campo de la milicia y de las armas. Su espíritu liberal también se dejaba notar, producto de la efervescencia de los debates heredados de las Cortes de Cádiz.

En tal sentido, y ubicándonos en una visión retrospectiva: ¿Qué llevó a los autores en mención a poner como título *Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú*? ¿Había acaso en aquella época –en el año 1827– una legislación militar homogénea en el Perú? ¿Seguíamos dependiendo, en ese momento, de la legislación militar española, en especial de las Ordenanzas Militares de Carlos III?

La pista nos la ofrece, en sentido afirmativo, el catedrático español Roberto L. Blanco Valdés, en su libro *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*. En efecto, Roberto Blanco recuerda que el sargento mayor del segundo batallón de zapadores minadores, Vicente Sancho, publicó en la España gaditana el *Ensayo de una Constitución militar deducida de la Constitución Política de la monarquía española* (Imprenta Tormentaria, Cádiz, 1813). Paralelamente, añade Roberto L.

12 En este sentido, es muy elocuente el artículo 18 del Reglamento Provisional de 12 de febrero de 1821: “Todas las leyes, ordenanzas y reglamentos que no estén en oposición con los principios de libertad é independencia proclamados, con los decretos expedidos desde el 8 de setiembre anterior, y con lo establecido en el presente, quedan en su fuerza y vigor, mientras no sean derogados, ó abrogados por autoridad competente”. Y el artículo 1º (Sección Última) del Estatuto Provisional de 8 de octubre de 1821, dado por José de San Martín en el Palacio Protectoral estableció: “Quedan en su fuerza y vigor todas las leyes que regían en el gobierno antiguo, siempre que no estén en oposición con la independencia del país, con las formas adoptadas por este Estatuto, y con los decretos ó declaraciones que se expidan por el actual gobierno”. Cfr. Oviedo, Juan: *Colección de Leyes, Decretos y Ordenes publicadas en el Perú desde el año de 1821 hasta 31 de diciembre de 1859*, t. I, Felipe Bailly, Editor, Lima, 1861, pág. 19. También, vid. García Belaunde, Domingo: *Las constituciones del Perú*, WG Editores, edición oficial, Ministerio de Justicia, Lima, 1993, págs. 73 y 80, respectivamente. Hay 2ª. edición revisada, corregida y aumentada, 2 ts., Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2006, que también hemos tenido a la vista.

13 Mayores datos biográficos sobre los tres autores, en el orden alfabético en que son citados, se pueden encontrar en Tauro del Pino, Alberto: *Enciclopedia Ilustrada del Perú*, 3ª. edición, Peisa, Lima, 2001, t. 14 (págs. 2193-2194), t. 7 (pág. 1042) y t. 3 (págs. 354-355).

Blanco, Álvaro Flórez Estrada redactó una *Constitución Política de la Nación española por lo tocante a la parte militar* (se trata de una serie de artículos que fueron apareciendo en el periódico gaditano *El Tribuno del Pueblo Español* a lo largo de todo el año 1813)¹⁴.

Ambas obras, como al efecto Roberto L. Blanco enseña, son de un extraordinario interés que se deriva de un básico triple orden de motivos:

“1. En primer lugar, la relevante personalidad de sus autores, dos destacados liberales, que habían tenido un protagonismo notable en el surgimiento de la resistencia anti-francesa –Sancho llegó a brigadier como consecuencia de su actuación en la guerra, y Flórez Estrada contribuyó de forma decisiva a la organización de la resistencia en la zona asturiana–, y cuya vida política futura, marcada por un paralelismo de forzosos exilios y regresos, vino a demostrar tanto la claridad y firmeza de sus ideas liberales como la continuidad de sus aportaciones sustantivas a la regulación de las materias político-militares. Aunque, originariamente, ambos de profesión civil –el primero había estudiado leyes y teología en Valencia; el segundo, como es sabido, un notorio economista–, sus aportaciones a la Constitución militar serán realizadas en la doble cualidad, lo cual aumenta su interés, de un civil, Flórez, que sigue como tal en 1813, cuando escribe sus artículos; y un militar, Sancho, que ha pasado a serlo

por imperativo de la guerra en el momento de redactar su *Memoria* y que lo hace en esa condición. *Artículos y Memoria*, además, cronológicamente posteriores a 1812, es decir, al texto constitucional, lo cual es indicativo –y así lo aclaraban sus autores–, de la voluntad de dar con los mismos desarrollos a los principios constitucionales gaditanos.

2. Ello se conecta con la segunda causa de interés: ..., los proyectos de Flórez y de Sancho pueden considerarse ciertamente indicativos de la ideología del más consciente liberalismo español respecto de la problemática político-militar en la coyuntura del primer sexenio liberal. O, para ser más exactos, del liberalismo que no había tenido que abdicar en gran medida de sus principios ideológico-políticos y sus consecuentes soluciones jurídico-constitucionales, como parte de la necesaria operación de compromiso que condujo al texto de 1812, de las ideas liberales no expresadas en el Congreso constituyente; en suma, del liberalismo no autocensurado. La claridad con que se expresan los problemas y la audacia con que se plantean las soluciones a los mismos son, creemos, en contraste con las muchas ambigüedades, vacíos y subterfugios detectables en el discurso parlamentario liberal, fruto de la libertad de quien no tiene que llegar a acuerdos para ver aprobadas, cediendo en una parte, otra proporcional, mayor o menor, de sus ideas.

14 Cfr. Blanco Valdés, Roberto L.: *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, Siglo XXI de España Editores, S.A., Madrid, 1988, pág. 214. Antecede Presentación de Jordi Solé Tura.

3. Pero, y aquí residiría el tercer motivo que hace a los documentos de los que vamos a tratar especialmente interesantes, la reflexión de Flórez-Sancho no es, estrictamente, una meditación sobre cuestiones militares, o no es eso solamente, es mucho más: se trata –añade Blanco Valdés– del más serio y riguroso intento llevado a cabo por el primer liberalismo español de pensar, en toda la grandeza del término, articulada y críticamente sobre los nuevos horizontes que estaba abriendo la revolución político-militar gaditana. Salvando todas las distancias –las que median entre dos obras casi desconocidas y una que ha pasado a ser un clásico del pensamiento político contemporáneo–, nos atreveríamos a apuntar que la reflexión que se contiene en los proyectos Flórez-Sancho es, en sus condicionamientos y sus intenciones, comparable a la realizada, dos décadas después, por Karl von Clausewitz en su famosísimo *Vom Kriege*. Y ello porque, en efecto, tanto en uno como en otro caso, se tratará, a través de una reflexión político-filosófica engarzada a un profundo conocimiento histórico, de concluir sobre las inmensas consecuencias, políticas, militares y político-militares, que se abren tras el alumbramiento de una nueva realidad desconocida hasta ese momento: la realidad del Estado constitucional y de la sociedad burguesa que nacen de forma paralela e inescindible¹⁵.

Y a modo de complemento hay que agregar el Proyecto de «Constitución Política de la Nación española por lo tocante a la parte Militar» de Dionisio Carreño que vio la luz en 1820, en pleno Trienio Liberal (1820-1823). Más adelante abordaremos el contenido de cada uno de ellos.

IV. ANÁLISIS DEL «PROYECTO DE CONSTITUCIÓN MILITAR DEL EJÉRCITO DEL PERÚ» DE 1827

A nuestro modo de ver, el llamado «Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú» representa para su época (1827) un documento de trabajo histórico precursor en nuestra legislación militar, especialmente en lo que se refiere a aquellos aspectos de organización y estructura de las Fuerzas Armadas, como en otros rubros en los que se delimitan los alcances de la Justicia Militar; ya sea para fijar competencias y establecer límites a la misma, o para precisar los supuestos de procesamiento y exclusión de quienes son sometidos a dicho fuero militar o privativo. Hasta ese entonces no había un Código de Justicia Militar Nacional que regulara la organización y las faltas y delitos cometidos por los profesionales de las armas.

Por otra parte, el «Proyecto de Constitución Militar del Ejército» de 1827, tenía valiosos referentes respecto de lo que hoy en día, y desde la perspectiva de las normas constitucionales, se ha dado en llamar “Derecho Constitucional Militar”¹⁶, pues, como

15 Cfr. Blanco Valdés, Roberto L.: *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, ob. cit., pág. 215.

16 Por ejemplo, *vid.*, entre otros, el libro de Casado Burbano, Pablo: *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Edersa, Madrid, 1986.

veremos inmediatamente, consigna normas que con algunos retoques y modificaciones propias del tiempo, son reconocidas por la mayor parte de las constituciones de América Latina, incluyendo la normatividad peruana.

Yendo al punto central, el Proyecto en cuanto tal, se encuentra conformado por 11 capítulos (“De la fuerza armada en general”, “De la fuerza del ejercito y división militar del territorio de la Republica”, “Del reemplazo del ejercito”, “Estado mayor Jeneral”, “De la instruccion del ejercito”, “De la hacienda militar”, “Ascensos”, “Haberes, servicios, premios y retiros militares”, “Caminos militares, marchas y bagajes”, “Fuero militar” y “Ordenes jenerales”), de los cuales puede decirse que los capítulos Primero y Décimo son los principales, desde la óptica que aquí nos interesa desarrollar. El resto de capítulos, si bien contienen algunas normas referidas a nuestra materia no son, en rigor, de naturaleza fundamental, salvo que se las entienda de manera extensiva.

Del citado Capítulo I puede destacarse el artículo 1º cuyo texto establece que: *“Todo peruano llamado por la ley, esta obligado a defender a la Patria desde la edad de 18 años hasta la de 40”*. Dicho precepto, en síntesis, representa un prototipo de la norma constitucional que en su día se encargaría de incorporar el llamado servicio militar obligatorio como uno de los deberes esenciales que todo Estado espera o exige de sus integrantes, aun cuando, debido a los excesos en las Fuerzas Armadas, se ha

convertido en el Perú en servicio militar voluntario¹⁷.

El artículo 2 agrega que: *“La fuerza militar de la Republica, es el conjunto de todos los peruanos que la patria arma para su defensa”*, criterio que, aunque de primera intención podría graficar una visión esencialmente bélica en la institución militar, sin embargo, puede verse moderado si se toma en cuenta que el artículo 7º posteriormente precisa que: *“El ejercito se compondra de infanteria, caballeria, artilleria e ingenieros”* (lo anotado es nuestro). Si esta última norma prevé que no siempre se integra el ejército por militares armados, sino por aquellos que realizan labores de apoyo logístico, puede asumirse el hecho de que ser militar no supone necesariamente que para todos los casos se adopte una postura eminentemente armamentista.

El artículo 3 termina por avalar lo sostenido anteriormente, pues al precisar que: *“Defender la nacion de sus enemigos exteriores, sostener la Constitución y la ejecucion de las leyes, es el objetivo de la fuerza armada”*, permite considerar que no siempre resulta esencialmente castrense la finalidad del Ejército, pues con igual lógica o con no menos importancia se considera vital defender el orden constitucional y la vigencia de las leyes, temperamento que hoy en día es asumido como pieza clave de la estructura sobre la que descansa la Constitución Política.

Los artículos 8, perteneciente al capítulo segundo, 13, correspondiente al capítulo tercero y 35 del capítulo cuarto, consignan

17 No está tampoco demás recordar a Del Moral y Pérez-Alóe, Manuel: *El servicio militar*, Facultad de Derecho de la Universidad Central, Madrid, 1911. Al respecto sostenía: “... sólo prestarse, voluntariamente, como es de razón y de justicia...” , pág. 8. Sobre lo acontecido en la realidad española del siglo XIX, vid. Vallés, Camilo: *Estudio sobre organización militar de España*, Establecimientos tipográficos de M. Minuesa, Madrid, 1881, págs. 25-52.

normas que a nuestro modo de ver se anticipan en reconocer la tradicional subordinación del poder militar al civil, en tanto establecen canales de dependencia entre el Ejército y los poderes públicos.

En efecto, el primero de los citados dispositivos estipula que: *“El Congreso fijara cada año el numero de tropas de cada arma que deba componer el ejercito”*; el segundo, que: *“El ministro de guerra presentara todos los años al Congreso un estado de las tropas de linea, y otro de la milicia civil; ambos con expresión de las bajas ocurridas el año anterior para que se decrete el reemplazo”*, y el tercero, que son atribuciones del E.M.J. (Estado mayor jeneral): *“Proponer al Gobierno todas las mejoras convenientes a los diversos ramos que componen el ejercito”*. Con dichos preceptos queda evidentemente patentizado no sólo el tipo de relación, sino la propia jerarquización del Ejército o milicia sobre la organización que está en la sociedad civil.

Al hilo de la misma posición, y como consecuencia inexorable del tipo de relación entablada, algunos otros dispositivos del mismo Proyecto, se dirigen a reconocer facultades del Estado sobre el Ejército, fundamentalmente en el ámbito económico, al igual que facilitar al interior de aquél el modo más operativo de manejar su presupuesto. A tales efectos, el artículo 51 del capítulo sexto precisa que: *“Para la mejor administracion de los fondos decretados por el Congreso para cubrir el presupuesto de la guerra se establecera una oficina jeneral de la hacienda militar”*. Por consiguiente, y conforme al artículo 54 del mismo capítulo: *“El jefe de E.M.J. (Estado Mayor Jeneral) reclamara del ministerio y del tesorero general de la Nacion, los fondos decretados por el Congreso para atender los gastos del ejercito”*.

Por su parte, y conforme a lo señalado en el artículo 63 del mismo apartado: *“La oficina general de la hacienda militar, pasara en cualquier tiempo al ministro de hacienda, todas las razones que pida; ya sea para fiscalizar la administracion militar, o para los demas usos que convengan al ministerio”*.

Los preceptos consignados en el capítulo octavo reconocen lo que podríamos denominar los derechos esenciales del militar y de quienes, por correlato, puedan resultar beneficiados como consecuencia de la relación personal que mantengan con el mismo. Efectivamente, el artículo 87 establece que: *“La ordenanza jeneral fijara los haberes de las tropas de línea”*; el artículo 88 dispone que: *“Los individuos que las compongan gozaran un sueldo fijo y sin descuentos”*; el artículo 89 señala que: *“Las viudas y en su defecto los hijos menores de los militares de linea que se casen en la clase de capitan arriba, gozaran de una pension del Estado”*; el artículo 90, que: *“Las mujeres y en su defecto los hijos menores, hijas solteras o padres de los oficiales prisioneros, disfrutaran de la mitad del haber de sus maridos, padres o hijos, mientras estos esten en poder del enemigo”*; el artículo 91, que: *“Los militares absolutamente inutilizados en actos de servicio, percibirán su haber integro hasta que sean colocados en otros destinos de no menos sueldo, que el que disfrutaban por su empleo militar”*; el artículo 92, que: *“Los militares inutilizados en actos de servicio, serán preferidos a todos los demas ciudadanos en la provision de empleos civiles, teniendo aptitud y probidad”*; el artículo 93, que: *“Las viudas, hijos menores, hijas solteras o padres de los militares que mueran en actos de servicio percibirán la mitad del sueldo que disfrutaba su marido, hijo o padre cuando murió”*; el artículo 94, que: *“Para ser considerado*

en la carrera militar, seran atendidos unicamente los meritos militares, y para graduar estos, solo seran bastantes las correspondientes hojas de servicios conformes a ordenanza”; el artículo 95, que: “Se anotaran annualmente los que hubiesen prestado desde el año anterior el individuo respectivo”; el artículo 96, que: “Se renovaran tambien todos los años en las hojas de servicios las notas que califiquen las circunstancias personales de los individuos respectivos”; el artículo 100, que: “Ni los coroneles ni los jenerales, tendran notas en sus hojas de servicios”; el artículo 102, que: “Las hojas de servicio se leeran a los interesados con las respectivas notas, y oidos estos sobre las reclamaciones que tengan que hacer, expresaran bajo su firma, si se conforman o no”; el artículo 103, que: “Si el interesado no se conforma, el comandante jeneral o de división, le oira la presencia de las personas que formaron la hoja y extendera su dictamen a continuación”; el artículo 104, que: “Este dictamen sera el ultimo recurso a excepcion del caso en que la reclamación recaiga sobre alguna nota de mala conducta, en el cual se procedera a la averiguacion judicial con arreglo a ordenanza, y por el resultado perdera su empleo el anotado, o el injusto anotador”; el artículo 105, que: “La ordenanza jeneral clasificara las acciones distinguidas, y les asignara premios fijos y proporcionados”; el artículo 106, que: “Todo militar podra en tiempo de paz, retirarse despues de haber servido cuatro años”; el artículo 107, que: “A los quince años de servicio gozara el militar que se retire un tercio del haber de su ultimo empleo, a los 20 años medio, a los 25 dos tercios, y a los 30 un haber integro”; y el artículo 108, que: “La ordenanza jeneral del ejercito designara el abono de tiempo que tendran los años de servicio en campaña y los premios correspondientes a las milicias civicas”.

Con los atributos antes referidos, puede decirse que queda delineado en gran medida el estatuto básico del militar, aspecto fundamental que hoy en día también recogen algunas constituciones y leyes orgánicas militares extranjeras.

El capítulo décimo es, decididamente, y como se anticipó líneas antes, el fundamental, pues a través de los dispositivos ahí consignados se sientan las bases de lo que por aquella época se asumía como una correcta delimitación entre el fuero civil (o común) y el militar (o castrense), así como las competencias esenciales que por, sobre todo, a este último le correspondían.

En medio de dicho contexto, el artículo 119 postula que: “*Los delitos comunes pertenecen a los tribunales ordinarios y los militares, a los militares que designara la ordenanza*”. Con ese temperamento, queda pues suficientemente claro que la regla general, en materia de procesamiento castrense, se circunscribe al procesamiento único y exclusivo de quienes cometen los llamados delitos militares, quedando excluidos del mismo quienes incurran en todos aquellos actos que la ley ordinaria tipifica como delitos comunes.

A renglón seguido, y en la lógica de delimitar lo que representaría el objeto de procesamiento de la jurisdicción castrense, el artículo 120 precisa: “*Son delitos militares: 1º Los que pueden cometerse por solo los individuos militares: 2º Los que se cometan por individuos militares; primero, en actos del servicio de armas; segundo: dentro de los cuarteles: tercero, en campaña: cuarto, en marcha*”. Correlativamente a lo dicho, el artículo 121 agrega que: “*Son tambien delitos militares: 1º Los desacatos o violencias cometidas por cualquier persona contra los militares que se hallen en actos*

del servicio de armas. 2º Los actos ejecutados por cualquier persona en auxilio de un ejército enemigo”.

En los preceptos glosados puede verificarse que el artículo 120 delimita con toda precisión que para que un delito sea militar, no sólo debe tratarse de hechos castrenses o propios de la vida castrense, sino que el sujeto activo debe ser necesariamente militar. Y el artículo 121 reconoce y admite, por vez primera, lo que a la larga se convertirá en una fuente de inagotables polémicas, que las personas que no sean militares pueden ser sometidas al fuero privativo: a) porque quien aparece como sujeto pasivo es militar, y b) porque se incurre en actos considerados como traición a la patria¹⁸.

Aunque no es objeto de estudio de este apartado, lo relativo a lo cuestionable que puedan resultar figuras como las descritas en estos últimos supuestos, queda evidenciado que la polémica sobre los alcances de la Jurisdicción Militar en torno a los civiles, no es un tópico que pueda considerarse novedoso, sino que, como se podrá apreciar, tiene antecedentes bastante remotos.

El artículo 122 ha consignado, por otra parte, que: *“El código militar, señalará las penas correspondientes a los delitos militares”*. Y el artículo 123 agrega que: *“El mismo designará las penas correccionales que por duras que fuesen, no serán infamantes”*. Ambos criterios nos parecen sumamente importantes. Mientras que el primero apunta hacia el tratamiento

especializado en la tipificación de las penas, consagrando embrionariamente el principio de legalidad penal en el ámbito castrense; el segundo incorpora lo que con el tiempo será el tratamiento humanista en el régimen de las penas de tipo castrense, al proscribir aquellas sanciones incompatibles con el respeto a la dignidad de la persona humana.

Los artículos 124 y 125 consignan lo que en aquella época se podían considerar agravantes: *“Todo delito o falta militar, será castigado con mayor pena en campaña, que en tiempo de paz”*, y que: *“El reincidente será espelido del servicio previo el juicio respectivo, y sufrirá las penas que las leyes señalen”*. El artículo 126, concordante en cierta forma con lo desarrollado en el capítulo octavo, consagra los derechos civiles sobre el militar, empezando por el de contraer nupcias al señalar que: *“El militar podrá contraer matrimonio, y usar de todos los demás derechos civiles, sin mas requisitos ni licencias que los demás ciudadanos”*.

Los artículos 127, 129, 130 y 131 reconocen, por último, un conjunto de derechos de naturaleza procesal, incorporando en buena cuenta categorías propias de lo que hoy en día se conoce como debido proceso y tutela procesal efectiva. El primero de los dispositivos citados –el 127– contempla que: *“Ni en campaña, ni en tiempo de paz, sufrirá ningún militar pena alguna excepto las correccionales, sino en virtud de sentencia judicial”*, lo que supone que la capacidad de

18 Vid., desde el punto de vista actual, Blecua Fraga, Ramón: *El delito de traición y la defensa nacional*, Edersa, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983. Antecede Prólogo de Gonzalo Rodríguez Mourullo. También, vid. Carballa, Juan B.: *Delitos contra la patria*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo, 1951, con especial referencia a la legislación penal uruguaya. Y, Mendoza Troconis, José Rafael: *Curso de Derecho Penal Militar Venezolano*, t. I, Empresa El Cojo, C.A., Caracas, 1976, págs. 171-191.

sancionar queda residenciada en las autoridades que a nivel del fuero castrense imparten justicia. Excepción a esta regla, puede decirse, es la constituida por la señalada en el artículo 128 que, dentro de una concepción típica de la época, aunque inaplicable hoy en día (por razones obvias), había previsto: *“Exceptuarse los delitos de sedición en todos los casos, y los de cobardía que podran ser castigados en el acto por los respectivos superiores hasta con pena de la vida”*. Y es que no encuadran ciertos supuestos en los que la sedición puede cuando menos explicarse; peor aún, considerar a la cobardía como un delito es algo que hoy en día no resistiría el menor análisis.

A la vista del artículo 129 se prevé que: *“Todo juicio militar recibira dos sentencias; pero los tramites del proceso seran breves”*, lo que implica consagrar la instancia plural como garantía de todo proceso penal privativo. El artículo 130 incorpora lo que hoy en día se conoce como jurisdicción predeterminada por la ley al establecer que: *“Ningun militar podra ser juzgado, sino por jueces nombrados con anterioridad al delito”*. Finalmente, el artículo 131 establece una suerte de extensión de la garantía de no ser responsabilizado sino a título de sentencia judicial (de la que habla el artículo 127), no obstante, incidiendo sus efectos a

nivel administrativo. Asimismo, consagra el principio de autodeterminación en materia laboral. Dice el citado precepto: *“Ningun militar podra ser depuesto de su graduación o empleo, sino por causa legalmente sentenciada, ni pasado de un empleo a otro, sino con ascenso, o por su consentimiento”*. Con dicha lógica, se persigue que ningún militar pueda verse perjudicado ya sea en su *status* o labor, sino en los supuestos expresamente previstos por la ley.

Como valoración final se desprende que el *Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú* de 1827, sin lugar a dudas constituye un texto de suma importancia para la tan descuidada Historia del Derecho Penal Militar en el Perú, y cuya difusión y estudio por parte de los especialistas en la materia ha pasado desapercibido¹⁹. De ahí pues, la razón de darlo a conocer en el presente trabajo de investigación, más aún en los momentos en que el tema de la Justicia Militar se halla en pleno debate y revertebración. En especial, a partir de los informes de la Defensoría del Pueblo y de las sentencias del Tribunal Constitucional, en coherencia, en permeabilidad, por decirlo así, como más adelante se verá, con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de otros organismos supranacionales.

19 Tampoco se puede dejar de mencionar los aportes de Manuel Lorenzo de Vidaurre (1773-1841) escritos en aquella época decimonónica. En el Título 12 concerniente al Poder Judicial, artículo 36, se decía: “No hay ningún preso secreto, ningún juzgado privilegiado, ninguna comisión. Se exceptúa:

...

El fuero militar, en causas de guerra”.

Al respecto, vid. *Proyecto de Constitución para la República Peruana que presenta a la Nación el Ministro de Estado ciudadano Manuel de Vidaurre*, en *El Discreto*, N° 1 (sábado 24 de febrero de 1827), N° 2 (sábado, 3 de marzo de 1827), N° 3 (sábado, 10 de marzo de 1827), N° 4 (sábado, 17 de marzo de 1827) y N° 5 (sábado, 24 de marzo de 1827), Imprenta Republicana: por José María Concha, 1827. También, ha sido reimpresso en Fénix. Revista de la Biblioteca Nacional, N° 9, Lima, 1953, págs. 355-385, respectivamente. Antecede una nota esclarecedora de Félix Denegri Luna.

V. ANÁLISIS DEL «ENSAYO DE UNA CONSTITUCIÓN MILITAR DEDUCIDA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA» DE 1812, DE VICENTE SANCHO²⁰

El «Ensayo de una Constitución Militar...», de Vicente Sancho, quien fue formado en la milicia con ideas liberales, se presentó a las Cortes en abril de 1813, y de cuya lectura se desprende que tenía la idea de formar una verdadera Constitución Militar, en concordancia con la Constitución Política [de 1812] y en la que la crítica fundamental se dirigía a la idea de un “ejército permanente” a disposición del monarca, interesado en velar por la soberanía nacional, un “ejército de ciudadanos cimentado sobre la base del amor a la Patria y las virtudes públicas”²¹.

Así se leía en el Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias:

“Durante la sesión del día 28 de abril de 1813, Vicente Sancho presentó á S. M. por medio de los Sres. Secretarios cuatro ejemplares de la obra intitulada *Ensayo de una constitución militar deducida de la Constitución política de la Monarquía española*. S.M. los recibió con agrado, y mandó remitir uno de ellos á la comisión de Guerra”²².

Dada su importancia, veamos su estructura. El sumario del «Ensayo de una Constitución Militar...» se esquematizaba de la siguiente manera:

Punto Primero: Del reemplazo del ejército.

Punto II: De la división del ejército en las provincias.

Punto III: De la instrucción del ejército.

Punto IV: Del servicio del ejército.

Punto V: Del pago y de la legislación civil del ejército.

Punto VI: De la división de las fatigas y del orden de ascenso.

Constitución del Primer Cuerpo de Milicias.

Constitución del Segundo Cuerpo de Milicias.

Las finísimas observaciones de Roberto Blanco, nos lleva a la conclusión de que el «Ensayo ...» de Vicente Sancho, mucho menos extenso y detallado que el de Flórez Estrada, pretendía un ejército nacional, cuyo carácter numéricamente reducido se entendía consecuencia de sus funciones básicamente defensivas exteriores y de la conveniencia de no poner en manos del Monarca una fuerza armada cuantiosa; y unas milicias nacionales cuyo permanente adiestramiento militar y cuya independencia del Poder Ejecutivo servían al exacto cumplimiento de sus auténticas misiones: reemplazar y unirse a las tropas regulares en caso de crisis bélica exterior y consolidar una potente reserva armada ciudadana en defensa y constante vigilancia de la libertad de la nación²³.

20 Cfr. *Ensayo de una Constitución militar deducida de la Constitución española*, por Vicente Sancho, Sargento Mayor del segundo Batallón de Zapadores Minadores, Imprenta de Tormentaria, Cádiz, 1813.

21 Cfr. Fernández Sarasola, Ignacio: *Proyectos constitucionales en España (1786-1824)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pág. 272.

22 Cfr. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, ob. cit., t. VII, N° 836, pág. 5127.

23 Cfr., una vez más, Roberto L. Blanco Valdés: *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, ob. cit., pág. 225.

VI. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE «CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA NACIÓN ESPAÑOLA POR LO TOCANTE A LA PARTE MILITAR» DE 1813, DE ÁLVARO FLÓREZ ESTRADA²⁴

No deja de ser ilustrativo que el Proyecto de «Constitución...», de Álvaro Flórez Estrada (1766-1853), constituye un clarísimo exponente de su liberalismo radical²⁵. No sólo trataba de superar la organización militar del Antiguo Régimen, sino que buscaba también retocar uno de los aspectos que él consideraba más peligrosos de la Constitución de 1812, a saber, la importancia del Monarca en la dirección del ejército. Para tal menester, el asturiano regulaba con profundidad las Milicias populares, a las que intencionalmente denominaba como «guardias constitucionales», sujetas a la dirección de las Cortes y de las Diputaciones Provinciales. Al mismo tiempo, el Proyecto Constitucional incidía en diversos aspectos de la Constitución Política: así, en el derecho electoral, estableciendo condiciones de sufragio (artículos 7, 43 y 44), en las competencias del Monarca (por ejemplo, en los artículos 14, 15 y 17) y de las Cortes (así, en el artículo 76), en la responsabilidad ministerial (artículo 36) y en la inviolabilidad de las Cortes (artículo 51)²⁶.

No se olvide, por otra parte, que su contenido sumario era el siguiente:

- Discurso preliminar para tratar de las bases de la Constitución Militar.
- Problemas para sacar de su solución bases o doctrina para la Constitución Militar de los españoles.
- Constitución Política de la monarquía de la nación española, por lo tocante a la parte militar.

Capítulo I: Del reemplazo o medios que la Constitución adopta para establecer una Fuerza Armada permanente, destinada con el único objeto de resistir toda invasión de un enemigo exterior.

Capítulo II: De los medios que la Constitución adopta para establecer una fuerza o milicia constitucional permanente, cuyo objeto debe ser asegurar la tranquilidad interior y el imperio de las leyes.

Capítulo III: De la ley marcial.

Capítulo IV: De los grados y premios de todos los militares.

Capítulo V: De los castigos²⁷.

Como bien afirmara Roberto Blanco, en conjunto, los cinco grandes capítulos suponían una revisión de las principales normas jurídico-castrenses contenidas en las, a la sazón, vigentes Ordenanzas del Ejército, las de Carlos III de 1768, constituyendo lo más sobresaliente del Proyecto

24 Cfr. *Constitución Política de la Nación española por lo tocante a la parte militar*, por Álvaro Flórez Estrada, Imprenta de Tormentaria, Cádiz, 1813.

25 Con anterioridad, Flórez Estrada ya había elaborado en Inglaterra un *Proyecto de «Constitución para la nación española: presentado a S.M. la Junta Suprema Gubernativa de España é Indias en 1º de noviembre de 1809»*, Impresores Swinney y Ferall, Birmingham, 1810.

26 Cfr. Fernández Sarasola, Ignacio: *Proyectos constitucionales en España (1786-1824)*, ob. cit., pág. 280.

27 Cfr. Fernández Sarasola, Ignacio: *Proyectos constitucionales en España (1786-1824)*, ob. cit., pág. 281.

de «Constitución ...» el capítulo III concerniente a la *Ley marcial*, que constituyó el primer diseño liberal de ordenación legislativa en una materia que sólo obtendría regulación jurídica posteriormente en el *Trienio Liberal*, y que se traducía en un complejo mecanismo de equilibrios basados en cinco principios esenciales:

1. La intervención de cualquier fuerza armada en el interior del país solo podría producirse a requerimiento de las autoridades civiles electivas.
2. La intervención del ejército regular en las tareas de restablecimiento del orden público interno era siempre excepcional y subsidiaria de la de la guardia constitucional, fuerza armada genuinamente destinada a esa precisa misión.
3. La intervención interior del ejército regular sólo tendría lugar con arreglo y previo cumplimiento de los requisitos formales contenidos en la ley marcial.
4. La intervención de la guardia constitucional dentro de su respectivo territorio sería siempre consecuencia de una orden previa de la correspondiente Diputación Provincial.
5. La salida de los cuerpos de guardias constitucionales, y la consiguiente intervención, fuera de su provincia de residencia, exigía en todo caso una orden expresa de las Cortes, salvo, únicamente, que la protección de aquéllas, de su existencia material y facultades, fuesen el objeto que justificase esa salida²⁸.

VII. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE «CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA NACIÓN ESPAÑOLA POR LO TOCANTE A LA PARTE MILITAR» DE 1820, DE DIONISIO CARREÑO²⁹

De modo general puede decirse que el Proyecto de «Constitución...», del asturiano Dionisio Carreño (1791-?), siguiendo al Proyecto de «Constitución...» de Flórez Estrada, que le sirvió de guía, nació a partir del Decreto de 19 de abril de 1820 expedido por el Rey a fin de que se formase una Junta de Generales que debían remitir a las Cortes sus observaciones sobre la reforma militar.

La estructura sumaria era la siguiente:

- Discurso preliminar para tratar de la necesidad de la Constitución Militar y de sus bases.
- Constitución.

Capítulo I: De los militares españoles.

Capítulo II: Del reemplazo o medios que la Constitución adopta para establecer una fuerza permanente.

Capítulo III: De las compañías provinciales destinadas a sostener el orden público en el interior.

Capítulo IV: Ejército activo permanente.

Licencias o nuevos empeños.

Capítulo V: Establecimiento de una milicia nacional local.

28 Cfr. Blanco Valdés, Roberto L.: *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, ob. cit., págs. 225-230, respectivamente.

29 Cfr. *Constitución Política de la Nación española por lo tocante a la parte militar*, por D. Dionisio Carreño, Alferez del segundo regimiento de reales Guardias Españolas, Caballero de la Orden Nacional y Militar de San Fernando, Imprenta de la Calle de Bordadores, Madrid, 1820.

Capítulo VI: Ley marcial.

Capítulo VII: De los grados y premios a todos los militares.

Aptitud.

Mérito.

Servicios.

Gran Consejo de Guerra.

Retiros.

Viudedades.

Escuelas militares.

Reglamentos.

De los castigos.

Juramento que deben prestar todos los militares³⁰.

De su lectura se desprende que establecía un ejército constitucional, cuyo alistamiento se basaba en las reglas de igualdad y obligatoriedad, hasta el punto de privar del carácter de español a quien incumpliese las órdenes de alistamiento (artículo 21). Un ejército sujeto a las órdenes del Rey transmitidas a través de la Diputación Provincial, y en el que se establecía la idea de desobediencia de las órdenes inconstitucionales (artículo 43). Regulaba, también, la Milicia Nacional Local, de la que sólo formarían parte, ante todo, los sujetos propietarios (artículo 70) en cuanto eran los más interesados en asegurar la libertad nacional, y se excluía expresamente a los jornaleros (artículo 71). Una milicia cuyo objeto principal era la garantía de la inviolabilidad de las Cortes (artículos 80 y 113) y la defensa de la Constitución (artículo 86).

Como puede comprobarse, los puntos de comunión con la regulación del ejército constitucional y de las Milicias realizado por las Cortes eran más que evidentes. No se puede, pues, descartar que las Cortes conociesen este Proyecto y lo manejaran, aunque tampoco debe olvidarse que algunos artículos del Proyecto de Dionisio Carreño estaban inspirados en el Proyecto de Flórez Estrada (así en los grados y premios militares), cuando no tomados literalmente (artículo 144, que contenía una fórmula semejante al artículo 62 del Proyecto de Flórez Estrada). No debe desconocerse que Flórez Estrada contribuyó decisivamente a la formación de la Ley Constitutiva del Ejército. Tampoco faltó la influencia del Proyecto de Sancho sobre el texto de Dionisio Carreño (por ejemplo, en el artículo 99). No obstante ello, tal como precisa Fernández Sarasola, el Proyecto de «Constitución Militar...» elaborado por Dionisio Carreño era mucho más detallado que los anteriores, hasta el punto de exceder, en muchos aspectos, el carácter de meras “bases”, tal y conforme se desprende del contenido de su lectura³¹.

VIII. CONCLUSIONES

Es necesario resaltar que el contexto en el cual se gestaron las Cortes de Cádiz y la propia Constitución gaditana, representaba un momento en el que los militares habían asumido un papel protagónico en las diversas instancias de la administración de la monarquía y de sus dominios ultramar; por lo que el tratamiento jurídico que se dio a

30 Cfr. Fernández Sarasola, Ignacio: *Proyectos constitucionales en España (1786-1824)*, ob. cit., pág. 372.

31 Cfr. Fernández Sarasola, Ignacio: *Proyectos constitucionales en España (1786-1824)*, ob. cit., pág. 371.

los asuntos de su particular interés tuvo una notoria relevancia.

Los textos analizados: *Ensayo de una Constitución Militar deducida de la Constitución Política de la Monarquía española, de 1812*; *Proyecto de Constitución Política de la nación española por lo tocante a la parte militar, de 1813*, y el *Proyecto de Constitución Política de la nación española por lo tocante a la parte militar, de 1820*, son la muestra genuina de la particular atención que se daba al tema de la Fuerza Armada en la Península Ibérica. Se aprecia que la efervescencia política de las Cortes y las Juntas propiciaron la presentación de propuestas de reformas y

cambios que resultaban indispensables para la transformación que se gestaba.

Respecto de nuestra realidad, el *Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú*, va a representar un documento de vanguardia, que contiene disposiciones razonadas y pertinentes, propias del espíritu liberal de sus autores. Sin embargo, la anarquía que se vivió durante aquella época de nuestra historia va a ser contraproducente contra el mismo ejército, el cual, debido al caos, no pudo impulsar una legislación auténticamente republicana para su propio bien, debiendo continuarse con la legislación virreinal proveniente de las Ordenanzas carolinas.

EL AUDITOR GENERAL DEL FUERO PRIVATIVO MILITAR EN EL VIRREINATO PERUANO

SUMARIO: I. LA GÉNESIS DEL CARGO DE AUDITOR GENERAL; II. EL FUERO MILITAR Y EL AUDITOR GENERAL; III. LAS ORDENANZAS MILITARES; IV. AUDITORES GENERALES EN EL VIRREINATO; V. EL AUDITOR GENERAL A INICIOS DE LA REPÚBLICA; VI. CONCLUSIONES; Y, VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN:

El cargo de auditor se halla referido a quien controla o revisa los actos administrativos de la gestión anterior o de la presente, pudiendo su titular contar con una capacidad discrecional, a modo consultivo, o sancionador en la esfera administrativo-jurisdiccional de acuerdo con una norma consuetudinaria o legal establecida. El presente artículo muestra el origen del auditor general en el fuero privativo militar, en calidad de magistrado, consejero y fiscal para mantener la disciplina de las tropas, avocándose a aspectos de materia castrense o privados; conforme se fue instituyendo dicho fuero medieval; cargo que fuera desempeñado por civiles y excepcionalmente militares, dependiendo de las circunstancias y del diseño del sistema político de la época. Iniciamos la explicación desde el siglo XVI para concluir con el último auditor de guerra del virreinato peruano.

1 Es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú; doctor en historia; profesor universitario; investigador del Instituto Riva-Agüero y autor de varios libros.

ABSTRACT

The position of auditor is referred to who controls or reviews the administrative acts of the previous or present management, the holder being able to have a discretionary capacity, in a consultative or sanctioning way in the administrative-jurisdictional sphere according to a customary norm or established legal. This article shows the origin of the auditor general in the military exclusive jurisdiction, as magistrate, counselor and prosecutor to maintain the discipline of the troops by addressing issues of military or private matters; as it was instituting said medieval forum. Charge that was performed by civilians and exceptionally military, depending on the circumstances and the design of the political system of the time. We began the explanation from the sixteenth century to conclude with the last war auditor of the Peruvian viceroyalty.

I. LA GÉNESIS DEL CARGO DE AUDITOR DE GUERRA

En la Edad Media, mientras los ejércitos mantenían el poder del naciente reino de España en Europa, se produjo la necesidad de fortalecer la vigilancia y juzgamiento de aquellos soldados que infringieran las normas de convivencia castrense y, sobre todo, en el ejército acantonado en Flandes.

Así, como señala el profesor Francisco Fernández Segado, el Emperador Carlos V creó el cargo de Auditor General en 1533, recayendo en Juan Stratius, para “poder tener este ejército en buena disciplina y justicia” (Fernández, 1991, p.24)

Primero en Europa y luego en las Indias, era indispensable que la administración de justicia contase con letrado, el cual debía tener la correspondiente licencia o

autorización, pues su papel era fundamental en los procesos según señalaban con anterioridad las Siete Partidas: “*home que razona pleyto de otri en juicio o el suyo mesmo en demandando o en defendiendo; el que así nombre porque con voces et con palabras usa de su oficio*” (Partida 3, Título 6, Ley 1).

Los conflictos de interés se resolvían dentro del casuismo o circunstancia, la cual orientaba al magistrado respecto a la manera de como la norma (legal o consuetudinaria) debía encontrar una solución. Si bien existía la ley en este modelo jurídico, ésta se hallaba en igual rango de preferencia con la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia. No negamos que la ley ha sido dictada por la autoridad, a la cual debe obedecerse, pero su aplicación no estaba exenta de ser sometida a la interpretación y comentario de los juristas, quienes desde el siglo XIII en Europa, habían dado inicio al *Ius Commune* o Derecho común, que incluso propugnaba que a través de la interpretación se buscaba primero el sentido literal y luego la razón de la norma, de ahí que la incidencia en distinguir el aspecto teleológico o finalidad más que en el rigor literal de la norma. Así, los jueces no debían aplicar con excesivo rigor la ley, sino tratando de moderar sus efectos, lo que podía generar que en un caso similar, visto en audiencias diferentes y al variar las circunstancias de lugar, persona y tiempo, el resultado podría ser contradictorio.

Existía una justicia extraordinaria conformada por los fueros privativos (Tribunal de Minería, Tribunal de Cuentas, Real Consulado o Tribunal de Comercio, Tribunal del Santo Oficio o de la Santa Inquisición, Tribunal de la Santa Hermandad o la Acordada, el fuero eclesiástico y el fuero militar) y que obedecieron indistintamente a privilegios otorgados por el monarca o

ratificados por éste, ya que existían con anterioridad a su reinado.

II. EL FUERO MILITAR Y EL AUDITOR GENERAL

Podría afirmarse que la organización de los cuerpos armados, aunque regulados por ordenanzas particulares dictadas en España en su mayoría, habían sucumbido a las diferentes “Guerras Civiles” en el Perú. Primero entre Francisco Pizarro y Diego de Almagro, con el auxilio de los curacas, cuya colaboración existía en ambos bandos. Más adelante, la rebelión de Gonzalo Pizarro contra el primer virrey del Perú o Nueva Castilla, Blasco Núñez de Vela, quien no fue reconocido por los encomenderos y que sería finalmente ajusticiado por Gonzalo Pizarro, lo que motivó la presencia del Pacificador Pedro de La Gasca, representante del monarca, quien derrotó al insurgente gracias al desbande de sus tropas que se unieron a las suyas. Más adelante, contemplamos la represión del virrey Andrés Hurtado de Mendoza, Capitán General, quien lideró la batalla contra las del encomendero Francisco Hernández, el mismo que derrotado, fue juzgado y decapitado. Los otros líderes no fueron enviados a España sino ajusticiados, poniendo fin a los enfrentamientos políticos y sociales más que militares. Desde 1556, el cargo de virrey logró fortalecer su autoridad en el Perú.

En Europa, dentro de las ordenanzas particulares expedidas, las más importantes fueron las conocidas como las Primeras de Flandes, durante el reinado de Felipe II, quien tuvo el interés de fortalecer el desempeño de las fuerzas del reino, protectoras de la religión católica ante los protestantes que se hallaban en los Países Bajos. Ello demandó diseñar la línea de mando en el ámbito

jurisdiccional bajo el principio de *justicia dei capi (quien manda, juzga)*, siendo la primera autoridad la del Capitán General, seguida por la del auditor de guerra, quien evaluaba los casos en función de la persona y la materia, decidía sobre la competencia, así como las excepciones y dirimía en caso de desafueros:

“El Auditor General ha de tener en particular cuidado de mantener la autoridad, jurisdicción y disciplina militar, porque a nos, como Capitán General, y a los ministros de guerra, para ellos ordenados a causa de sus oficios y casos, toca la cognición, jurisdicción y determinación de todos los casos, querellas, delitos y maleficios que acontecieren entre soldados y gentes de guerra, sin que ningunos otros jueces, justicias, Consejos, no otro cualquiera pueda tomar esta cognición o jurisdicción o empatarse en cosa destas directa o indirectamente, porque es contra razón y contra las leyes y privilegios militares y de aquí podrán nacer grandes inconvenientes y confusión y los ministros de guerra vendrían a ser mal obedecidos y respetados.” (Fernández, 1991, p. 24).

El capitán de navío John Rodríguez Asti hizo hincapié que esta norma reglamentó el papel del auditor general, existente ya en el ejército (1533), en adelante se extendió para velar por los intereses jurídicos de la marina, de acuerdo a la Ordenanza de 26 de junio de 1571. El afán expansionista del Imperio español en América dio lugar a generar mecanismos de defensa y protección para los comercios transatlánticos a través de sus navíos, de la presencia de piratas de Inglaterra y de los Países Bajos. Ello acarreaba también el otorgamiento de fueros a los integrantes de sus fuerzas del orden que se hallaban en travesía. Fue así

como se expidió la “*Ordenanza para las Armadas del Océano y flota de Indias*” (1606), con el propósito de establecer la justicia al interior de la marina, reservando el conocimiento de las causas de guerra, penales o civiles, producidas en el navío sólo a su comandante o al auditor.

“Con posterioridad, la *Ordenanza de buen gobierno de la Armada del Mar Océano*, de 24 de enero de 1633, estableció en su artículo 14, que “... *para administrar justicia, se halla sirviendo en la Armada un Auditor general por mi nombramiento, el qual ha de determinar todos los casos de justicia que se ofrecieren entre la gente de mar y guerra que sirvieren en dicha Armada, y Esquadras della, en conformidad de su título, con comunicación de mi Capitán General, como siempre se ha acostumbrado, y tendrá el dicho auditor dos Alguaziles y un Escrivano para el ejercicio de su oficio, los cuales han de ser de su satisfacción, y no les ha de permitir que hagan vexaciones, ni otros excesos, reparándolas con exemplar castigo quando se averiguare que no los cometen*”. (Rodríguez, 2016, p. 14)

Norma que nos plantea la complejidad en el análisis de las conductas cometidas por las personas enroladas dentro de las fuerzas armadas de entonces, pues ya no sólo se prevalece el viejo principio: *justicia dei capi*, traducido como el aforismo de *quien manda juzga* otorgado al Almirante, General, Capitán General, o Cómitre (capitán de mar a cargo del navío), sino que iban interviniendo otros actores combinando la presencia de militares de armas, que representaban a las tradiciones castrenses, con el abogado o escribano, reflejo de la doctrina jurídica de aquel entonces. De esta manera, el análisis y la

decisión han buscado construir la imagen de institucionalidad al momento de impartir justicia, encaminando la suprema instancia a un fuero común para todas las fuerzas, donde el rey era considerado el alto magistrado.

En el año 1700 con la llegada de la Casa Borbón, de origen francés, a la corona española, a través del monarca Felipe V se suscitó la Guerra de Sucesión que llegó a durar trece años. En ella se enfrentaron los reinos de Inglaterra, el Sacro Imperio Romano Germánico y Portugal para contrarrestar el poderío de Francia y España, lo que costó la separación radical entre estas dos monarquías en los futuros mandatos. Valencia, Aragón y Cataluña, que antes habían jurado fidelidad al monarca Borbón como su soberano, optaron por apoyar al otro candidato, el archiduque Carlos de Austria, sufriendo en adelante la pérdida de sus privilegios con la llamada Abolición de Fueros (1707). La concentración del poder en torno al rey también estableció nuevas medidas en el ámbito castrense y jurisdiccional que estableció como derecho único el de origen castellano para todo el territorio de la península y la sustitución de las autoridades de cada territorio por un comandante general. De ahí la extensión del fuero militar a personas civiles.

III. LAS ORDENANZAS MILITARES

La administración borbónica generó la expedición de dos normas que fueron delimitando la organización de la jurisdicción militar con sus imperfecciones y con una sistematización incipiente: la *Real Ordenanza sobre la subordinación y disciplina de las Tropas, su Fuero, Desertores, Revista, castigos para plazas supuestas, asistentes, duelos, desafíos y casamientos de Oficiales*

y *Soldados*, de 1728. De esta última, Pascual Sarria puso énfasis al establecimiento del Consejo de Guerra a semejanza de los *Conseils Prévotaux* de la Ordenanza Militar de Francia de 1667, conocidos más adelante como *Conseils de Guerre*, los que juzgaban las conductas de los uniformados bajo el pensamiento francés que era necesario infundir temor del oficial al soldado a través de las órdenes que conjugaban la autoridad con la aplicación de la sanción en caso de desacato.

Debemos señalar que esta institución fue dotada de autonomía jurisdiccional a diferencia del Real y Supremo Consejo de Guerra o Consejo de Guerra, instituido por Felipe II (1594), que era de carácter consultivo y actuaba en revisión de los delitos comunes (que no afectaban la disciplina militar), contemplados por jueces ordinarios también llamados Alcaldes de Casa y Corte.

El fuero de guerra estaba conformado por dos áreas: militar o castrense (que involucraba a los integrantes del ejército, la armada y milicias, además de quienes obtenían privilegios por los servicios al cesar y el ámbito político, referido a la actuación de los jefes y oficiales de la Secretaría de Guerra y Marina, los intendentes del ejército, comisarios, y empleados civiles como contadores, médicos y enfermeros de los hospitales militares.

El fuero militar suponía una serie de prerrogativas y privilegios otorgados por el monarca, a través de una norma dirigida a los militares que servían en su tropa, por cuyo servicio gozaban de sueldo abonado por la tesorería del ejército del instituto respectivo. Excepcionalmente, los derechos se extendían a las cónyuges, hijos y criados, quienes podían renunciar al ocupar oficios dentro de los consejos municipales.

Privilegios que contemplaban exoneración de pagos por ser servicios ordinarios y extraordinarios, de dar hospedaje en sus casas a tropas y a prestar carros, salvo que los destinatarios proviniesen de la Casa Real. Estaban, asimismo, autorizados para portar armas (carabinas y pistolas largas), aun cuando ya no estuviesen en servicio como medida de protección.

Disfrutaban del fuero militar todos los ministros, fiscales y auditores (magistrados o togados) del Supremo Consejo de Guerra, los intendentes, su secretario y subordinados, agentes fiscales, relatores, escribanos de cámara y demás dependientes del consejo, así como, sus hijos y sus criados.

Por su parte, el fuero de la Real Armada contemplaba también las áreas de guerra y política, en las que se hallaban comprendidos los oficiales de guerra, compañía de guardia marinos, los integrantes de los batallones de infantería de marina y real brigada de artillería. En el cuerpo político se incluían, además, a los intendentes de marina, contadores, comisarios, tesoreros, oficiales de contaduría, contadores de navío, de fragata, matriculados de mar y maestranza, las conyuges de los oficiales e hijos, y médicos cirujanos y dependientes de los hospitales.

Los servicios realizados por los cabos de los navíos, aunque fuese fuera de área, estaban considerados como hechos en las instalaciones de la Real Armada. A diferencia del ejército, el uso de uniforme para las milicias de la marina, no fue obligatorio desde 1762, aunque ello no afectó contar con el fuero respectivo.

En cuanto a los casos, las justicias ordinarias se hallaban impedidas de conocer de las causas civiles o criminales de los oficiales, ya que su fuero los protegía; sólo podían colaborar con la confección del sumario de

la causa y remitirla al auditor general, quien eran el representante del Capitán General de la provincia, en cuyo tribunal militar se ventilaba el caso. La sentencia era plausible de ser apelada al Supremo Consejo de Guerra y en ambas instancias el auditor general constituía una pieza clave para evaluar las causas civiles y criminales de los denunciados.

Estas ordenanzas establecieron que los crímenes de los militares serían juzgados por el Consejo de Guerra de Oficiales, con todas las facultades procesales, actuación que se mantuvo hasta las ordenanzas de 1768. Sin embargo; al tratarse de los de mayor graduación se constituyó un colegiado exclusivo para Oficiales Generales presidido por el Capitán General de provincia, con asistencia del auditor.

En cuanto a las Indias, también debía observarse la formación del Consejo de Guerra para juzgar sobre los crímenes cometidos por las tropas indianas. Ante la ausencia de oficiales suficientes, el tribunal militar de provincia se abocaría al conocimiento de las causas de los soldados. Los consejos contarían con los capitanes de cada regimiento, que actuarían en calidad de vocales, según el rango que poseyera el reo. El Juzgado estaría presidido por el gobernador de plaza o comandante de las armas, salvo que los privilegios del inculcado limitasen la actuación del gobernador.

Tratándose de delitos comunes, se juzgaban por los Capitanes Generales de las provincias, aunque careciera del carácter militar o no tuviese vinculación con los actos de servicio de los oficiales.

En San Lorenzo, el 22 de febrero de 1768, Carlos III expidió las **Ordenanzas de su Majestad para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de su Ejército**,

en las cuales uniformizó las normas que se hallaban dispersas en normas anteriores. Para este cometido se encargó, ese mismo año, a Antonio Marín, impresor del Despacho Universal de la Guerra, su divulgación.

El profesor Emilio Fabián Harari, en su artículo “La justicia militar y los milicianos durante la primera década revolucionaria en la campaña de Buenos Aires (1810-1820), basado en la segunda edición de estas ordenanzas impresas por Mariano Socas en 1865, analizó la aplicación de estas disposiciones al caso de los milicianos o civiles, a quienes se les extendió las prerrogativas militares a condición de que colaborasen para disminuir la presión social expresada en las protestas y levantamientos en las diferentes zonas de los dominios del imperio español.

Estas normas fortalecieron al fuero castrense, en función de la persona, estableciéndose en el Tomo III, Tratado VIII, Título I, art. 1º:

“...Declaro, que el referido fuero pertenece á todos los militares que actualmente sirven y en adelante sirvieren en mis tropas regladas, ó en empleos que subsistan con actual ejercicio en guerra, y que como tales militares gocen sueldo por mis tesorerías del ejército en campaña ó las provincias, comprendiéndose en esta clase los militares que se hubieren retirado del servicio y tuvieren despacho mío para gozar de fuero”. (Marín, 1768, Tomo III; Tratado VIII; p. 226 y 227).

En forma tajante se optó por la concurrencia de las causas, que originalmente pertenecían a jurisdicción diferente, como se desprende de la lectura del artículo 5º, probablemente por una cuestión de

celeridad procesal, además de dejar su conocimiento al arbitrio de los juzgadores.

“No podrán conocer de las causas civiles ni criminales de oficiales las justicias ordinarias, sino sólo el Capitán General, Consejo General o Comandante Militar del paraje donde residieren según la diferencia y circunstancia de los casos en la forma que se explicará más adelante”. (Marín, 1768, Tomo III; Tratado VIII; p. 229).

El Consejo de Guerra ordinario era la instancia natural y primera en la que se resolvían los procesos criminales de los soldados. El problema se generaba cuando podían invocarse privilegios que desnaturalizaban el proceso.

La excepción a esta composición estaba en los Cuerpos de la Casa Real, cuyos Consejos de Guerra Ordinarios debían ser presididos por sus propios mandos, con expresa exclusión de gobernadores y demás jefes militares territoriales.

Además, se establecían medidas de protección en favor de los uniformados para que sus casos por deudas sean vistas por el fuero militar o por la Real Hacienda, en caso que fuese el Estado, el perjudicado. Si la deuda hubiese sido generada antes del ingreso al servicio, la persona respondía con bienes que no fuesen castrenses.

Por otro lado, la norma establecía ciertas exenciones:

“A los Oficiales y Soldados que estuvieren en actual servicio no podrán las justicias de los *parages* en que residieren apremiarlos á tener Oficios concejiles, ni de la Cruzada, mayordomía, ni tutela contra su voluntad; gozará la excepción de pago de servicio ordinario y extraordinario, y no

podrá imponérseles alojamiento, repartimiento de carros, bagajes ni *Vastimentos* si no fueren para mi Real Casa y corte, y siendo casados gozarán sus mujeres de las mismas preeminencias” (Marín, 1768, Tomo III; Tratado VIII; art. 3º; p. 227)

Más adelante y bajo el reinado de Fernando VI, se dieron en 1748 las *Ordenanzas de S.M. para el Gobierno Militar, Político y Económico de su Armada Naval*, de la cual Gonzales-Deleito y Rodríguez Asti coinciden que conformaron la parte medular del Derecho penal militar de la marina. En el tratado V: De la disciplina y Materias de justicia: podemos observar la asignación de funciones procesales en los enjuiciamientos:

En asuntos civiles y delitos comunes que no tengan conexión con el servicio, la jurisdicción reside en el Comandante General del Departamento con su Auditor (Título V del Tratado V) (Gonzales-Deleito, 1979, p. 53 y 54.)

Una tercera norma fue el Real Decreto del 8 de marzo de 1748, que estableció tres razones o aspectos a considerar en los procesos judiciales: en razón de la persona, de la materia y del lugar:

“a) *Ratione personae*, le correspondía conocer de todas las causas civiles o criminales en que figurase como demandados los militares y marinos de guerra en servicio activo, los oficiales retirados con real despacho y sueldo, sus mujeres, sus hijos y sus dependientes y criados, conservando el fuero las viudas de aquellos, sus hijas hasta tomar estado y sus hijos hasta los dieciséis años; los cónsules de países extranjeros y los extranjeros no residentes; los empleados en construcción,

aparejo y armamento de los buques reales, los proveedores de los ejércitos en juicios y pleitos relacionados con el servicio...etc.

b) *Ratione materiae*, era competencia de la jurisdicción castrense, cualquiera que fuese la condición del acusado, el conocimiento de los delitos de auxilio a la desertión o inducción o favorecimiento de la misma, traición, insulto a centinelas y conjuración contra oficiales o tropa.

c) Finalmente, *ratione loci*, era de su incumbencia, independientemente de la condición del acusado, el conocimiento de los delitos de incendio en cuarteles y edificios militares, así como de los robos y vejaciones cometidos en tales parajes. (Fernández 1990, p.28.)

Criterios que perdurarán en las normas posteriores como en el pensamiento de los jueces militares.

El 1º de enero de 1751 la Real Orden: “De los ministros destinados en las provincias para ejercer en ellas la jurisdicción de marina” dispuso que además de las funciones establecidas para los auditores se añadía la de colaborar con la matrícula del mar.

Dos últimas disposiciones destinadas al fuero de la marina denominadas: “Ordenanzas Generales de la Armada Naval (1793) y la “Real Ordenanza Naval para el Servicio de los Baxeles (barco, buque, nave, navío o nao) de Su Majestad (1802), constituyeron la estructura definitiva de este fuero en cuanto a su composición y atribuciones. En el caso del Perú, tuvieron vigencia hasta la expedición del Código de Justicia Militar de 1899.

Los Borbones prosiguieron con su afán de tecnificar la administración de justicia

militar para lo cual diseñaron un nuevo modelo en la instancia. Por Real Decreto del 23 de abril de 1714, Felipe V estableció el Real y Supremo Consejo de Guerra, que agrupaba tanto a militares como abogados con facultades de carácter jurisdiccional y presidido por el monarca (quien se reservaba el derecho). Éste nombraba a los miembros del colegiado: seis militares (Capitanes Generales o Tenientes Generales, Ministros militares), seis togados (jueces, presidentes y consejeros de los Reales Consejeros), un fiscal y dos abogados generales (entendidos en la jurisprudencia y normas del reino). Posteriormente se retiró a los ministros militares. Tenía competencia en la apelación de los juzgados militares y en causas dudosas.

Carlos III, en el Auto del 4 de noviembre de 1773, modificó la composición de la institución conformada por veinte Consejeros:

“... diez natos y diez de *continua asistencia*. Habrá además un Fiscal Togado, otro Militar y un Secretario. Los cargos de Consejeros natos corresponden al Secretario del Despacho Universal de la Guerra, al Capitán más antiguo de las Reales Guardias de Corps, al Coronel más antiguo de las Reales Guardias de Infantería, a los Inspectores generales de Infantería, Caballería y Dragones, a los Comandantes generales de Artillería, Ingeniería y a los Inspectores generales de Marina y Milicias. Como Consejeros de *continua asistencia* han de designarse: dos Oficiales generales de Tierra, dos de Marina, un Intendente de *Exército*, otro de Marina y cuatro Ministros Togados. Un Fiscal ha de ser Togado y otro Militar. Por último, la Real Cédula de 10 de mayo de 1797 –reinado

de Carlos IV— permite la admisión por el Real y Supremo Consejo de Castilla de recursos de injusticia notoria contra sentencias de la Sala de Justicia del Supremo Consejo de Guerra. (Gonzales-Deletto; 1979, p. 56).

Al referirnos al recurso de injusticia notoria —equivalente en la actualidad al de casación o nulidad— aludimos al conocimiento de los casos donde el tribunal o colegiado en última instancia se avocaba a evaluar si se había cumplido con las etapas procesales o cuando la sentencia, de acuerdo al arbitrio del juzgado, había vulnerado postulados de naturaleza romano canónica o costumbres castrenses. Instrumentos pertenecientes al modelo jurídico casuístico imperante hasta el siglo XIX en el Perú.

Las *Ordenanzas de S.M. para el régimen de disciplina, subordinación y servicios de sus ejércitos* (1768) habían dispuesto el reagrupamiento de las fuerzas con la participación de cuerpos de infantería (regimientos) y de caballería (compañías) sobre todo en las capitales de las audiencias, con la presencia de civiles que asumían labores castrenses. Con las reformas borbónicas, a mediados del siglo XVIII, existió el propósito de crear un ejército colonial, el cual sería asistido por fuerzas de línea y las milicias. Éstas contaban con el apoyo de los gremios y de los cabildos. Algunos estaban formados indistintamente por individuos de diversa raza, existiendo también otros integrados con personas de igual condición, sólo diferenciados por el grado de jerarquía como organización cuasi militar.

En relación a las ciudades, había milicias de carácter urbano y frente a un grupo de comarcas, las milicias provinciales. Eran los tiempos del virrey Amat y Juniet y en Lima se establecía una fuerza con 5 mil infantes y 2 mil jinetes. La ordenanza había

previsto el servicio obligatorio para varones entre 15 y 45 años, aptos físicamente. Excluyendo a aquellos cuya labor estaba en vinculación directa con el público: abogados, médicos, escribanos, sacristanes, maestros, boticarios, etc. Sin embargo, en la práctica notaremos presencia de abogados como coroneles de milicias a partir de 1800: Manuel Belgrano (Río de La Plata) o José de la Riva Agüero (Perú), provenientes de buenas familias. Con respecto a los integrantes del batallón, diferentes fueron los criterios para incorporar a indios, negros y mulatos libres que ante todo debían ser libres.

Los miembros de las milicias no podían cambiar de domicilio sin autorización de su coronel, la corona les proporcionaba las armas previo juramento al rey. Este régimen les exoneraba de cargas tributarias y de la obligación de albergar a las tropas, a cambio recibían sueldo y servicio médico. La presencia de una organización con estas características y la existencia de un fuero militar, nos lleva a pensar si las milicias tenían una doble situación como civiles y como cuasi militares. José Manuel Pérez Prendes opinaba que se había ampliado la jurisdicción militar al mundo de las milicias; pero con aplicación reducida:

“Así, por ejemplo, el fuero activo sólo se aplicaba por concesión especial; los oficiales y sargentos si estaban dentro de la jurisdicción militar; pero no siempre los milicianos, salvo casos de movilización, etc.

Se daba el fuero activo *cuando se podía arrastrar a otros a la propia jurisdicción aunque de suyo no les hubiese correspondido a ellos por su propia circunstancia*. Mientras el fuero pasivo, *cuando se podía litigar contra un militar ante tribunales militares*. (Pérez-Prendes 1989; p. 365.)

Circunstancia que nos deriva a releer las disposiciones de la ordenanza ya que indicaba que debían someterse al fuero civil (Marín, 1768, Tomo III; Tratado VIII; art. 7°; p. 227); pero en América, a diferencia de España, fueron progresivamente incluidos en la jurisdicción castrense como contraparte de ayudar a combatir las insurrecciones.

Debemos indicar, a criterio de los beneficiados de este fuero, que estos podrían hacer que sus casos fuesen contemplados por los magistrados civiles y de ser así, ponerlo en conocimiento de su superior.

Al producirse el caso de resistencia a la autoridad civil o “desafío probado” mayormente en hecho de carácter penal, el uniformado podía ser desaforado por su Comandante o Jefe.

Como hemos indicado, los levantamientos y la necesidad de contar con más efectivos forzaron a la autoridad a la concesión de privilegios a civiles bajo el ropaje de milicianos. Las marchas y contramarchas generadas por el vacío de poder en la península ocasionado por la invasión francesa y el cautiverio de Fernando VII, encontró en el virrey José de Abascal, una férrea autoridad que en forma enérgica detuvo los brotes de los insurgentes (patriotas) e incluso neutralizó las posibles desertiones de los batallones realistas, las mismas que años más tarde, incrementarían las filas de los ejércitos independientes. Resulta indudable que un poder político como era el del virrey necesitaba, para ser efectivo, del complemento del sector militar como del económico.

Hasta 1816, los sucesos pre independientes pudieron ser controlados por las tropas realistas, las que estaban integradas por peninsulares, criollos, mestizos e indios;

sectores que también formarían parte del contingente patriota. Esta característica llevó a diferentes historiadores a plantear que el proceso de independencia se dio dentro del marco de una guerra civil. Los intereses de peninsulares y criollos, sobre todo de las ciudades de Lima, Arequipa y Trujillo se vieron más afectados. La Constitución de 1812, en su artículo 312°, dispuso que todos los cargos del cabildo debían ser elegibles, quedando suprimidos aquellos que obedecían al carácter de perpetuos. Al no jurarse la Carta en la ciudad del Cusco se formó la Junta de Gobierno en 1814 conformada por el brigadier, curaca y ex Presidente de la audiencia Mateo Pumacahua, los hermanos Angulo y el clérigo Ildefonso Muñecas. No había indicios ni para su publicación ni mucho menos para su juramentación.

Esto enfrentó a dos bandos: los constitucionales y los fidelistas (conservadores), ambos liberales, vinculados con la audiencia cuzqueña. El malestar hizo que otros personajes como el comerciante José Angulo, su hermano Vicente y Manuel Hurtado de Mendoza conspiraran contra las autoridades. El virrey les comunicó que el rey Fernando VII ya había vuelto al trono y dejado sin efecto la Constitución. Este movimiento tuvo como objetivo el cumplimiento de las disposiciones gaditanas, sobre todo, las referidas a la abolición de la mita, a lo que se añadía la protesta por el maltrato de las autoridades hacia las comunidades indígenas. El movimiento generó tal movilización, que los criollos, al ver peligrar sus vidas y sus bienes, decidieron apoyar al ejército realista. El desplazamiento de fuerzas incluyó la zona del Cuzco, la del Alto Perú (incluida la ciudad de La Paz), la ciudad de Huamanga y los partidos de la intendencia de Arequipa. La insurrección de Cusco a cargo de Pumacahua, movimiento que logró la adhesión

de los pueblos del sur, entre ellos Arequipa. En dicha ciudad, Mariano Melgar y Valdivieso, joven abogado arequipeño, se identificó con las protestas, incorporándose a las fuerzas rebeldes, siendo nombrado auditor de guerra. Al año siguiente, el ejército del virrey José de Abascal pudo sofocar el movimiento, capturando y procesando a los inculpinados entre ellos a Melgar, quien fue sentenciado al fusilamiento. Acto que el gobierno peruano no quiso pasar inadvertido, estableciendo el 12 de agosto de 1964 como Día del Cuerpo Jurídico Militar y nombrándolo Patrono del Cuerpo Jurídico Militar.

IV. AUDITORES GENERALES EN EL VIRREINATO PERUANO

En el arco temporal desde 1679 hasta el año 1824, encontramos el desempeño de este cargo en la Real Audiencia de Lima como en la del Cuzco², sobre todo hacia 1824, alternando con los primeros titulares dentro del Estado peruano desde 1821. Todos ellos eran civiles, desde abogados (1679 Francisco de Cisneros y Mendoza), alcaldes del crimen, (1682 Juan Luis López, alcalde del crimen de la R.A.L.; 1702 Fernando Calderón de la Barca, alcalde del crimen de la R.A.L.), alcalde de casa corte, nobles (Diego Miguel Bravo de Rivero y Zavala y Zavala, marqués de Castel Bravo, regidor perpetuo del Ayuntamiento limeño, alcalde de la R.A.L.) hasta oidores (1690 Antonio Pallares Espinoza; 1741 Álvaro Alonso de Navía-Bolaños Rivadeneira y Moscoso, José de Irigoyen, oidor honorario de la Real Audiencia de Chile.; 1801 Francisco Javier Moreno y Escandón; 1802 Manuel Pardo y

Ribadeneyra; 1802 Francisco Javier Moreno y Escandón; 1820 Manuel Genaro de Villota; 1820 Bartolomé de Bedoya; 1821 Nicolás de Aranibar y Fernández Cornejo) y se hallaban acreditados en la Real Audiencia cercana al Palacio virreinal. Al parecer el cargo era rotativo, pudiendo ser desempeñado por varios titulares en un solo año debido al número de causas admitidas.

Entre las materias de éstas hallamos:

De carácter civil: Sevicia y venta de esclava, restitución, cantidad de pesos, división y partición de bienes, entrega de reloj, cumplimiento de testamento, concurso de acreedores, nulidad de escritura, venta de esclavo, deuda de capitán a comerciante, rendición de cuentas, entrega de caballos; etc.

De carácter penal: Homicidio, hurto de reses en Chongoyape, libertad para soldado estar en abandono la familia, lesiones, por haber echado aguardiente a los ojos, denuncia contra soldado por seducción no consentida, insubordinación de comandante y otros contra coronel, por hurto y malos tratos perpetrados en agravio de Manuel Rodríguez, mozo pulpería, soldados de casta mulata por robo a pulpería, por proferir graves injurias de palabra y obra en agravio, robo de reloj a teniente de húsares, insulto y atropello contra alcalde de Chocope, heridas contra indios.

El auditor se pronunciaba también frente a la inhibitoria de jurisdicción.

Este cargo alternó las designaciones virreinales con las hechas por la autoridad del Estado peruano: 1821 Fernando López

2 Archivo General de la Nación (AGN): Catálogo del Fondo Documental de Guerra y Marina 1643-1876.

de Aldana, vocal de la Alta Cámara de Justicia; 1822 Francisco de Entrambasaguas y Montalvo, Real Audiencia del Cuzco; 1822 José María de Lara, Real Audiencia del Cuzco y posteriormente primer fiscal de la Corte Superior de dicha circunscripción; 1823 Fernando López Aldana; 1825 José Larrea y Loredó, vocal de la Corte Superior de Lima.

V. EL AUDITOR GENERAL A INICIOS DE LA REPÚBLICA

El cambio político encontró a una sociedad que no modificó de inmediato sus pautas coloniales, aun cuando desde el poder se trataba reiteradamente de imponer la tendencia legalista al sistema de normas y la figura de que todo se hacía por la ley, de manera. La Expedición Libertadora al mando del general José de San Martín y Matorras, compuesta por cuatro mil cuatrocientos treinta hombres, desembarcó en Pisco el 8 de setiembre de 1820. Entre sus integrantes arribó Antonio Álvarez Jonte como auditor general. Era abogado y había formado parte del segundo Triunvirato de Buenos Aires (1812). Durante el gobierno de Gervasio Posadas fue nombrado auditor general de guerra. Estando en Pisco, falleció meses después víctima de tuberculosis.

La administración sanmartiniana fue expidiendo: el Reglamento Provisorio (Huaaura, 12 de febrero 1812), el Estatuto Provisional (Lima, 8 de febrero 1821) y el Reglamento de Tribunales (10 de abril de 1822), cuyos contenidos conjugaban la

tradición indiana como la constitucional francesa de 1791 y la española de 1812. Lo que nos permite advertir la vigencia de las normas indiana e hispana siempre que estuviesen en concordancia con el espíritu de independencia y de libertad; ideales de la causa patriota, lo cual sirvió de sustento a las bases del sistema jurídico peruano.

Durante este período, frente al vacío de poder ocasionado por dos administraciones que no concluían el proceso político, el gobierno estableció, por decreto del 27 de diciembre de 1821, una comisión militar con el objeto de sancionar a los malhechores. En este dispositivo aparece la figura del defensor de oficio en el ámbito militar, quien era escogido libremente por los reos y en caso contrario, era designado.

Más adelante, en 1822 la Suprema Junta Gubernativa instituyó una comisión integrada por un general en jefe y asistido por el auditor de guerra, como primera instancia, para ventilar las causas del fuero. Posteriormente, éstas pasaban a un tribunal con dos vocales de la Alta Cámara de Justicia, como máximo organismo del Estado y un general. Finalmente, la tercera instancia: la sala se hallaba integrada por tres vocales de dicha cámara y dos jefes distintos del tribunal anterior³.

Con el nacimiento del Estado peruano, la administración sanmartiniana designó Auditores Generales como Fernando López Aldana, vocal de la Alta Cámara de Justicia, a quien encontramos en dos procesos: El primero, en 1822, caso proveniente de la ciudad de Lima, en materia

3 CONGRESO DE LA REPÚBLICA: Archivo del Congreso. Ley de 23 de diciembre de 1822. La Suprema Junta Gubernativa del Perú.

civil por devolución de cebo; y un año después, en un proceso penal por apropiación arbitraria de pesos del Estado. Posteriormente hallamos a José Larrea y Loredó, vocal de la Corte Superior de Lima en 1825, en un caso limeño por préstamo de dinero en efectivo⁴.

Paralelamente, el régimen virreinal nombró a tres funcionarios para que ejercieran función similar: Francisco Entrambasaguas y Montalvo (La Plata), José María de Lara (Asunción 1767) y Manuel María de Urcullu (La Plata, 1785). A Lara, lo hallamos en un caso proveniente de Cuzco en 1822, en materia penal militar por deserción. El entonces virrey Joaquín de la Pezuela en Arequipa, realizaba coordinaciones con las fuerzas españolas y la Real Audiencia del Cuzco ante la presencia de las tropas provenientes de Buenos Aires en el Alto Perú, previendo la disciplina en los regimientos. La profesora Nuria Salas nos señala los cambios durante estos entretelones: “El virrey Pezuela remitió la consulta al general Juan Ramírez, en su doble calidad de jefe militar y jefe político superior de la provincia del Alto Perú. Éste, pediría un dictamen a su auditor de guerra, Francisco Entrambasaguas, quien aconsejó formar la Segunda Sala con los dos jueces titulares y el fiscal y derivar las apelaciones a la Audiencia Nacional del Cuzco (Sala i Vila, 2016, p. 61)”.

El magistrado Entrambasaguas, luego de ser sustituido por José María de Lara durante la administración de Pezuela, prosiguió funciones como fiscal en la audiencia

de Filipinas para concluir como juez del Tribunal Supremo de España. Años después: “La Serna nombró, tras consultar a la audiencia cuzqueña, como asesor y auditor de guerra, a José María de Lara, con competencias en los «negocios de gobierno» y en los asuntos militares y criminales respectivamente. Lara (Asunción, 1767 - La Paz, 1836), se formó como abogado en la Academia Carolina y recibido como tal en la Audiencia de Charcas, se desempeñó como oidor honorario de la Audiencia del Cuzco, regidor antiguo del ayuntamiento de Potosí” (Sala i Vila, 2016, p. 71).

Tanto Lara⁵ como Urcullu cumplieron funciones en la administración siguiente. El primero, como asesor del general Agustín Gamarra y luego, siendo nombrado por Simón Bolívar como fiscal en la naciente Corte Superior de Justicia del Cuzco, creada el 16 de febrero de 1825 (Villanueva, 1981, p. 70).

Cinco años después, Andrés Santa Cruz nombró a Urcullu Ministro de Hacienda de la República de Bolivia. En 1827, el presidente Antonio José de Sucre nombró a Urcullu juez de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia.

Con estos tres últimos funcionarios concluía el cargo de Auditor de Guerra bajo este sistema político para proseguir durante la República hasta el año 2008.

Cabe anotar que la opinión del auditor valía tanto como la de los integrantes del Tribunal, y en caso que ella fuese contraria a la de estos, se producía un disenso que era resultado por el Tribunal Superior

4 AGN: Catálogo del Fondo Documental de Guerra y Marina 1643-1876. Lima. 2013.

5 Copia del título y aceptación del señor Asesor y Auditor General del Virreynato don José María de Lara, tomado del libro de Real Hacienda. BNP, D 1013. En: SALA I VILA, Nuria: ob. cit.; pág. 71.

o Supremo, en su caso. Hoy ya no existe esa posibilidad en la jurisdicción de guerra del Perú, pues la legislación vigente establece que todos los integrantes de sus Tribunales, en todas las instancias, son letrados.

VI. CONCLUSIONES

Las circunstancias que llevaron a imponer el poderío del emperador Carlos V en Europa como en las Indias motivaron el establecimiento de mecanismos de control sobre todo con las tropas, cuya presencia era necesaria para la autoridad. Primero, de manera fáctica y luego sistematizada se fueron creando instituciones que contribuyeron jerárquicamente con el principio de *justicia dei capi* cuando Alejandro Farnesio y por orden del rey Felipe II expidió el 15 de mayo de 1587 las *Ordenanzas è Instrucciones del duque de Parma y de Plasencia, lugarteniente, gobernador y capitán general por S.M. en los Estados de Flandes*, según la cual la primera autoridad era el Capitán general, secundado luego por el auditor, quien evaluado los casos en función de la persona y la materia, decidía sobre la competencia, así como las excepciones y dirimía en caso de desafueros, encargándose además de la disciplina militar.

Fue durante el siglo XVIII que la corriente de pensamiento del liberalismo influyó en la reorganización de las fuerzas castrenses, incorporando la figura de los Consejo de Guerra dentro del ejército y la marina. Progresivamente las ordenanzas españolas de 1728, inspiradas en sus similares francesas dentro de las llamadas Reformas Borbónicas, fortalecieron este fuero privativo y cuya actuación no fue ajena a combatir

revoluciones y *levantamientos*, para lo cual se expidieron *las ordenanzas de S.M. para el régimen de disciplina, subordinación y servicios de sus ejércitos* (1768) y la ordenanza naval (1802); vigentes después de la independencia.

Las causas de conocimiento del auditor eran castrenses, pero además civiles y penales. Con ello, legislador pretendió agrupar las materias, probablemente bajo una celeridad procesal, en razón de la persona, la materia y el lugar; criterios que subsistirán a lo largo del siglo XIX ya que la normas hispanas y españolas continuaron vigentes en tanto no se opusieran a los principios de la independencia.

El proceso emancipador a través de los reclamos sociales, económicos y políticos puso a prueba los nuevos lineamientos militares. Se otorgaron concesiones de privilegios militares a civiles en calidad de milicianos debido a la urgencia del virrey por contar con más efectivos para la lucha contra los insurgentes, distorsionándose de esta manera el espíritu de la ordenanza de 1768. El levantamiento en Cusco de 1814 a cargos de las fuerzas rebeldes del brigadier Mateo Pumacahua, nombró auditor de guerra a Mariano Melgar y Valdivieso, quien en medio de la batalla de Umachiri fue capturado y juzgado con la pena de muerte. Hemos podido constar que el desempeño del cargo de auditor prosiguió dentro de las filas realistas hasta 1824 durante la administración del virrey José La Serna con el doctor José María de Lara, natural de Asunción (Paraguay) siendo su último titular y el primero en ocupar la plaza de fiscal ante la Corte Superior de Cusco en 1825.

VII. FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

Fuentes

- Archivo Digital de la Legislación peruana. Congreso de la República.
- Archivo General de la Nación: Catálogo del Fondo Documental de Guerra y Marina 1643-1876. Lima. AGN. 2013.
- Gaceta del Gobierno Independiente N° 12, 28 y 37. 1821. Lima: Imp. del Estado, 1821-1826.
- Las Partidas de Alfonso X, el Sabio. Madrid en la Imprenta Real. Tomo II. [1807]
- Revista de Indias. Sevilla. 2016.
- Revista Española de Historia Militar, núm. 56 y 57, tomo I. Madrid, 1991.
- Revista de Historia Militar, núm. 80, año XL. Madrid. 1996
- Revista Española de Derecho Militar (Madrid). Ministerio de Defensa del Reino de España. número 56, julio – diciembre de 1991.

Bibliografía

- BASADRE GROHMANN, Jorge (2001). *Historia de la República del Perú*. Santiago de Chile. Talleres Cochrane.
- BLUME ROCHA, Ernesto (2010). *La justicia militar en la Historia del Perú*. Lima. Editorial ADRUS.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1991). “La jurisdicción militar en la perspectiva histórica”. En: *Revista Española de Derecho Militar* (Madrid). Ministerio de Defensa del Reino de España. número 56, julio – diciembre.
- GÁLVEZ, José Francisco (2017). *La justicia militar en la Historia del Perú: Desde sus albores hasta 1899*. Lima. Fuero Militar Policial.
- GÁLVEZ, José Francisco (2006). “Del fuero personal al fuero institucional: La justicia militar en el Perú”. En: *Revista Peruana de Derecho Público*. N°. 13. Lima.
- GONZALES-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás (1979). “La Evolución Histórica de la Jurisdicción Penal Militar en España”. *Revista Española de Derecho Militar*. Número 38. Madrid. Julio- diciembre.
- HARARI, Emilio Fabián (2014). “La justicia militar y los milicianos durante la primera década revolucionaria en la Campaña de Buenos Aires”. Naveg@merica. *Revista electrónica editada por la Asociación Española de Americanistas*, N°. 12. Disponible en: <<http://revistas.um.es/navegamerica>>. [Consulta: 02 enero 2017]. ISSN 1989-211X.
- MARÍN, Antonio (1768). *Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina subordinación y servicio de sus Exércitos*. Madrid. Impresor de la Secretaría del Despacho Universal de la Guerra.
- MITRE, Bartolomé (1950). *Historia de San Martín y de la Emancipación Sudamericana*. Buenos Aires Editorial PEUSER.
- PEREZ PRENDES y MUÑOZ ARRACO, José Manuel (1989). *La Monarquía Indiana y el Estado de Derecho*. Madrid. Asociación López de Gómara.
- RODRIGUEZ ASTI, John y otros (2016). *El cuerpo jurídico en la Marina de Guerra del Perú: apuntes para su historia*. Callao. Marina de Guerra del Perú. Septiembre.

- RODRIGUEZ CASADO, Vicente (1956-1957). "El ejército y la marina en el reinado de Carlos III". En: *Boletín del Instituto Riva-Agüero* (Lima). Número 3.
- SALA I VILA, Nuria (2016). "Derecho, poder y libertad a propósito de las batallas por la autonomía jurisdiccional entre las Audiencias del Cusco y Charcas" (1820-1825). En: *Revista de Indias*, 2016, vol. LXXVI, N°. 266.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor (1992). *Casuismo y sistema: Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
- TAURO DEL PINO, Alberto (2001). *Enciclopedia Ilustrada del Perú*. Lima. PEISA y El Comercio.
- TOMÁS y VALIENTE, Francisco (1997). *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid. Tecnos.
- VILLANUEVA URTEAGA, Horacio (1981). *Gamarra y la Iniciación Republicana en el Cuzco*. Lima. Fondo del Libro del Banco de los Andes.
- UGARTE DEL PINO, Juan Vicente (1978). *Historia de las Constituciones*. Lima. Editorial Andina.

Marta Iturvide Contich¹

ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR Y ALCANCES DEL DERECHO PENAL MILITAR URUGUAYO

SUMARIO: I. CARACTERÍSTICAS, COMPETENCIA Y ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR URUGUAYA; II. DERECHO PENAL MILITAR URUGUAYO Y DELITOS MILITARES Y, III. NECESIDAD DE UN DERECHO PENAL MILITAR ESPECÍFICO.

RESUMEN

La autora nos pone en contexto de lo que ocurre hoy en la jurisdicción militar uruguaya. Explica sus características, su competencia, organización y nos habla de los cambios sustanciales ocurridos en esa jurisdicción después de la promulgación de la Ley Marco de Defensa Nacional N° 18.650, de 19 de febrero de 2010.

En la jurisdicción militar uruguaya actual, solo se procesa a militares en actividad que hayan cometido delitos típicamente militares y de ninguna manera a civiles. Los delitos comunes cometidos por militares, sin importar el lugar de su comisión, son juzgados en sede penal común.

1 Marta Iturvide Contich es coronel de Justicia Militar del Uruguay. Obtuvo el título de Doctora en Derecho y Ciencias Sociales el 13 de noviembre de 1985. Ingresó a la Justicia Militar en el año 1979, ascendiendo por concurso de oposición y méritos a la jerarquía de mayor (JM) el 1° de febrero de 2004, al grado de teniente coronel (JM) el 1° de febrero de 2008 y a la jerarquía de coronel (JM) el 1° de febrero de 2012. Pasó a situación de retiro voluntario en diciembre de 2014. El 17 de noviembre de 2016 fue nombrada Juez Militar de Primera Instancia de 1er. Turno, actividad que desempeña hasta la fecha. Es consejera fundacional por Uruguay de la Asociación Internacional de Justicias Militares (AIJM) desde el 2 de diciembre de 2003, habiendo sido reelecta en los años 2008 y 2012.

En cuanto a su organización, la Suprema Corte de Justicia es la instancia máxima de la Justicia Militar. Entre otras acciones, es de su potestad resolver los recursos de casación y revisión que se interponen contra las sentencias definitivas de segunda instancia dictadas por el Supremo Tribunal Militar.

ABSTRACT

The author puts us in the context of what is happening today in the Uruguayan military jurisdiction. She explains its characteristics, its competence, organization and talks about the substantial changes that have taken place in that jurisdiction after the enactment of the National Defense Framework Act No. 18,650 of February 19, 2010.

In the current Uruguayan military jurisdiction, only military personnel is prosecuted who has committed typically military crimes, never civilians. The common crimes committed by military personnel, regardless of the place of their commission, are judged in the common criminal court.

As for its organization, the Supreme Court of Justice is the highest instance of military justice. Among other actions, it is its authority to resolve the appeals and revisions placed against the definitive second-instance sentences dictated by the Supreme Military Tribunal.

I. CARACTERÍSTICAS, COMPETENCIA Y ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR URUGUAYA

I.1. Características de la justicia militar uruguaya

Previsión constitucional

La Justicia Penal Militar en Uruguay está regulada constitucionalmente (artículo 253)², previéndose su actuación en dos situaciones: tratándose de delitos militares y en caso de estado de guerra.

Jurisdicción especial

Continúa siendo, como en sus orígenes, una jurisdicción especial, independiente del Poder Judicial.

Depende administrativa y presupuestalmente del Ministerio de Defensa Nacional y mantiene dependencia jurisdiccional con la Suprema Corte de Justicia, que es el órgano máximo del Poder Judicial, en cuanto ésta califica y resuelve los recursos de casación y revisión que se interponen contra las sentencias definitivas de segunda instancia, que dicta el Supremo Tribunal Militar.

Independencia técnica en el ejercicio de su función jurisdiccional.

En el ejercicio de su función jurisdiccional, sin perjuicio de lo expresado, tiene absoluta independencia técnica y sus decisiones no están sujetas a revisión alguna,

2 Artículo 253 de la Constitución de la República: "La jurisdicción militar queda limitada a los delitos militares y al caso de "estado de guerra".

"Los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera que sea el lugar donde se cometan, estarán "sometidos a la Justicia ordinaria".

con excepción de los recursos manifestados, en que interviene la Suprema Corte de Justicia integrada.

Desarrolla actividad de naturaleza jurisdiccional

Su actividad es de naturaleza jurisdiccional y está sujeta a los principios fundamentales que inspiran el Derecho Penal uruguayo, tales como el de legalidad, previsto en la Carta Magna, las garantías primordiales de la persona, también establecidas en la Constitución de la República, o la responsabilidad ante la ley de los titulares de los Tribunales Militares por apartarse del orden, las formalidades de los juicios o por la más pequeña agresión contra los derechos de las personas.

Todos los que intervienen en el ejercicio de la jurisdicción militar son responsables por la violación o la no aplicación de las leyes y disposiciones que rigen el caso, en las formas prescriptas por los Códigos Militares (artículo 70 del Código de Organización de los Tribunales Militares).

Integra el organismo judicial del país y sus resoluciones se consideran como una emanación de la justicia nacional³.

Conforme a los estándares internacionales, la Justicia Militar uruguaya actual aplica las normas y procedimientos reconocidos por el Derecho Internacional, garantizando el debido proceso legal, limitando su actuación a delitos estricta o típicamente militares cometidos por militares y no es competente para el juzgamiento de civiles.

Garantiza el derecho de acceso a un tribunal competente, independiente e imparcial durante todas las etapas del proceso y no existe en nuestra legislación la pena de muerte.

La Justicia Penal Militar uruguaya responde a una necesidad funcional, fundamentando su razón de ser en la realidad social y jurídica de las Fuerzas Armadas, a quienes abarca en su totalidad.

Coadyuva con el cumplimiento efectivo de su misión, con la tutela de sus bienes jurídicos y con el mantenimiento de su solidez, a través de la sustentación de sus principios y valores, tales como la obediencia, la subordinación y la disciplina, entre tantos otros; valores, cuya infracción debe regularse por un sistema y legislación que sancione a quienes los infringen, a fin de asegurar la esencia de esa Institución.

La Justicia Militar cumple la promimente labor de aplicar el ordenamiento jurídico particular al que está sujeto la Institución Militar, existiendo en función de ésta y de los integrantes que la componen, debiendo fortalecerse su perfeccionamiento, tecnicismo y profesionalismo en el interés de su objetivo, cual es: impartir justicia.

1.2. Competencia de la justicia militar uruguaya

La competencia de la jurisdicción militar, ejercida a través de sus distintos órganos, consiste en resolver y juzgar en tiempo de paz, respecto de todos los delitos militares

3 Código Penal Militar, artículo 12: "Los Tribunales militares, no obstante, el régimen especial a que obedecen y su carácter de "órganos de disciplina administrativa, integran el organismo judicial del país y sus resoluciones, se consideran como una "emanación de la justicia nacional".

consagrados en el Código Penal Militar, así como en hacer ejecutar lo juzgado.

En la actualidad, la competencia de la Justicia Militar está reservada exclusivamente al conocimiento de los delitos militares cometidos por militares y a situaciones de excepción, en caso de estado de guerra.

En consonancia con la normativa, jurisprudencia y doctrina internacionales, las que imponen límites claros relativos al ámbito de aplicación de las jurisdicciones militares mediante el principio de excepcionalidad y restricción, la jurisdicción militar uruguaya se encuentra limitada a los delitos estrictamente militares cometidos por militares.

En mérito de este principio, únicamente el personal militar debe ser juzgado por tribunales militares cuando se les imputen delitos o faltas, que por su propia materia, atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar, excluyéndose a la población civil.

1.2.1. Su competencia no comprende la sanción de faltas disciplinarias

La jurisdicción penal militar no es competente para sancionar faltas, las cuales son apreciadas y sancionadas en el ámbito disciplinario. El artículo 2° del Código Penal Militar prevé que:

“Los delitos, atendida su gravedad, se dividen en delitos y faltas”.

“De la configuración y penalidad de las faltas se ocupan los reglamentos del Ejército, Marina y Fuerza Aérea, con sujeción a lo dispuesto por los arts. 20, 27, 61 y 62 de “este Código”.

Estos artículos a los que hace referencia la disposición legal citada, establecen cuáles son las penas disciplinarias, cuándo

proceden, en qué consisten, cuáles son las faltas que justifican la aplicación de castigos disciplinarios y quiénes son los militares que pueden imponer esos castigos.

En síntesis, nuestro Código Penal Militar adoptó un sistema cuantitativo de distinción entre el delito y la falta, existiendo entre ambos una diferencia de grado, siendo la falta toda acción u omisión que implica daño o peligro de menor gravedad intrínseca que la correspondiente a un delito, por lo que su comisión es castigada con una pena más leve.

Las faltas disciplinarias están previstas en los Reglamentos de Disciplina de las diferentes Armas, sin perjuicio de su sujeción a lo que determinan los artículos del Código Penal Militar, a los que hicimos referencia, y no son sancionadas por la autoridad jurisdiccional; esto es, la Justicia Militar no es competente para sancionar faltas disciplinarias.

1.2.2. Es competente para juzgar delitos militares cometidos por militares

En otro orden, respecto de la competencia de la jurisdicción penal militar, en el Diario Oficial el 8 de marzo de ese año, en tres artículos contenidos dentro la Ley Marco de Defensa Nacional N° 18.650, de 19 de febrero de 2010, publicada de sus disposiciones finales, introdujo importantes cambios a la Justicia Militar.

Hasta esa fecha y en mérito de una norma contenida en el Código Penal Militar, la jurisdicción militar era competente para juzgar determinados delitos del Derecho común, que cometidos por militares, en ciertas circunstancias y condiciones, eran también considerados delitos militares, además, de los estrictamente castrenses.

Podía ser sujeto de un delito militar no sólo el militar en actividad sino, también, los equiparados a militares y los civiles que intervinieran como coautores o cómplices de un delito militar cometido por militares.

Luego de un proceso de debate nacional, se elaboró la mencionada Ley, la cual estableció que la jurisdicción militar integrará el Poder Judicial, por lo que dejará de ser una jurisdicción especial e independiente. Limitó su competencia al juzgamiento únicamente de militares y solamente por delitos estrictamente militares. El juzgamiento por delitos comunes cometidos por militares, cualquiera fuera el lugar y las condiciones en que se cometieron, quedaron bajo la órbita de la justicia ordinaria.

Promulgada la Ley Marco de Defensa Nacional, que retiró de la competencia de la jurisdicción militar el juzgamiento de determinados delitos comunes, que eran catalogados como militares, todos los expedientes que se encontraban en trámite por tales ilícitos fueron elevados por el Supremo Tribunal Militar a la Suprema Corte de Justicia, por declinatoria de competencia, para su distribución entre los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Penal, que por turno correspondiera.

1.2.3. El prisionero de guerra como sujeto activo de delitos militares

Las tres disposiciones de la Ley Marco de Defensa Nacional N° 18.650 que refieren a la jurisdicción militar, son los artículos 27, 28 y 31, los cuales disponen:

“Artículo 27. El Poder Judicial ejerce la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar a que refiere el artículo 253 de la Constitución de la República.

A tales efectos, el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Defensa Nacional, coordinará con la Suprema Corte de Justicia el respectivo traslado de funciones, mediante el correspondiente proyecto de modificación a la Ley N° 15.750, de 24 de junio de 1985, Orgánica de la Judicatura y Organización de los Tribunales.

La jurisdicción militar, conforme con lo dispuesto en el artículo 253 citado, mantiene su esfera de competencia exclusivamente a los delitos militares y al caso de estado de guerra”.

“Artículo 28. Dispónese que sólo los militares pueden ser responsables del delito militar.

Los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera sea el lugar donde se cometan, estarán sometidos a la justicia ordinaria”.

“Artículo 31. (Disposición transitoria). Dispónese que hasta la implementación de lo dispuesto en el artículo 27, mantendrán plena vigencia las normas contenidas en los Códigos Penal Militar, de Organización de los Tribunales Militares y de Procedimiento Penal Militar, con excepción de lo establecido en el artículo 28, en cuanto no se ajuste a lo dispuesto en la presente ley”.

En las disposiciones citadas no se define la competencia de la jurisdicción militar en caso de estado de guerra. En muchas de las tipificaciones estrictamente militares que efectúa nuestro Código Penal Militar, el prisionero de guerra aparece como sujeto activo, pasible de ser enjuiciado por la jurisdicción castrense, si se estuviera en esa situación.

Entendemos que los prisioneros de guerra continúan siendo sujetos activos de delito militar, no habiéndose modificado a este respecto las normas previstas en el Código Penal Militar por la Ley Marco de Defensa Nacional N° 18.650, por cuanto, conforme a lo previsto en el Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, que entró en vigor el 21 de octubre de 1950, éstos están sometidos a las leyes, reglamentos y a las órdenes generales vigentes en las Fuerzas Armadas de la Potencia detenedora, la cual está autorizada a tomar medidas judiciales o disciplinarias con respecto a todo prisionero de guerra, que haya cometido una infracción contra tales leyes, reglamentos y órdenes generales⁴.

Se agrega en el citado Convenio, que únicamente los tribunales militares pueden juzgar a un prisionero de guerra, a no ser que en la legislación de la Potencia detenedora se autorice expresamente que los tribunales civiles juzguen a un miembro de

las Fuerzas Armadas de dicha Potencia, por una infracción similar a la causante de la acusación contra el prisionero⁵.

1.3. ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR URUGUAYA

La organización de la Justicia Militar, la composición de sus Tribunales y el nombramiento de sus integrantes, está establecido en el Código de Organización de los Tribunales Militares, que prevé, en su artículo 72, que en tiempo de paz es ejercida, por los siguientes órganos:

1.3.1. Suprema Corte de Justicia

Para conocer de cuestiones jurisdiccionales militares, además de sus cinco ministros naturales, se integra con dos miembros militares más, que pueden ser oficiales superiores o generales, designados por el presidente de la República, con la venia del Senado o de la Comisión Permanente, en su caso.

4 III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 12-08-1949. Artículo 82. Derecho aplicable: "Los prisioneros de guerra estarán sometidos a las leyes, los reglamentos y las órdenes generales vigentes en las fuerzas armadas de la Potencia detenedora. Esta estará autorizada a tomar medidas judiciales o disciplinarias con respecto a todo prisionero de guerra que haya cometido una infracción contra tales leyes, reglamentos u órdenes generales. No obstante, no se autorizará persecución o sanción alguna contraria a las disposiciones del presente capítulo".

"Si en las leyes, en los reglamentos o en las órdenes generales de la Potencia detenedora se declara que son punibles actos cometidos por un prisionero de guerra, mientras que esos mismos actos no lo son cuando los comete un miembro de las fuerzas armadas de la Potencia detenedora, los correspondientes castigos sólo podrán ser de índole disciplinaria".

5 III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. 12-08-1949. Artículo 84. Tribunales: "Únicamente los tribunales militares podrán juzgar a un prisionero de guerra, a no ser que en la legislación de la Potencia detenedora se autorice expresamente que los tribunales civiles juzguen a un miembro de las fuerzas armadas de dicha Potencia por una infracción similar a la causante de la acusación contra el prisionero."

"En ningún caso se hará comparecer a un prisionero de guerra ante un tribunal, sea cual fuere, si no ofrece las garantías esenciales de independencia y de imparcialidad generalmente reconocidas y, en particular, si su procedimiento no garantiza al acusado los derechos y los medios de defensa previstos en el artículo 105".

Este órgano es el que resuelve los recursos de casación y revisión, que se interponen contra las sentencias definitivas de segunda instancia dictadas por el Supremo Tribunal Militar y decide respecto de las contiendas de jurisdicción que se plantean entre la Justicia Militar y la Justicia Ordinaria.

Además de ser el órgano máximo del Poder Judicial, la Suprema Corte de Justicia es el órgano superior de alzada de la Justicia Militar.

I.3.2. El Supremo Tribunal Militar

Funciona permanentemente en la capital de la República y ejerce jurisdicción sobre todo el país. Está compuesto por cinco ministros, cuatro de ellos oficiales superiores o generales, de los cuales dos pertenecen al Ejército, uno a la Fuerza Aérea, uno a la Armada Nacional y el quinto es un ministro civil letrado.

Cuando el procesado pertenece a la Armada o a la Fuerza Aérea, el Tribunal elimina por sorteo a uno de sus titulares del Ejército y lo reemplaza por el miembro de la Armada o de la Fuerza Aérea que integra la lista de "Conjueces", también por el método de sorteo.

Los ministros del Supremo Tribunal Militar son nombrados por el Poder Ejecutivo, con la venia del Senado o de la Comisión Permanente en caso de receso de aquél. Permanecen en sus funciones: cinco años los ministros militares y seis años el ministro letrado civil, pudiendo ser reelectos.

Sus cometidos consisten en ejercer la superintendencia directiva, correccional y consultiva de toda la Justicia Militar; resolver las contiendas de competencia que se produzcan entre los Juzgados Militares; dictar sentencias definitivas e interlocutorias

de segunda instancia en todas las causas elevadas en apelación por los Juzgados Militares de Primera Instancia; actuar en consulta en todos los autos de sobreseimiento y de las sentencias de primera instancia no apeladas; y conceder las libertades condicional y anticipada en las causas correspondientes a la jurisdicción militar.

I.3.3. Juzgados Militares de Primera Instancia

Existen actualmente dos juzgados. Sus titulares son designados por el Supremo Tribunal Militar, por mayoría de votos, debiendo recaer su nombramiento en militares letrados que tengan como mínimo el grado de teniente coronel o en coroneles o capitanes de navío, posean o no título de abogado. Permanecen cinco años en sus funciones y pueden ser reelectos.

Actúan en la etapa del plenario, en todos los procesos militares que remiten los jueces militares de instrucción. Una vez concluido el sumario intervienen, como jueces de apelación de los incidentes que ocurren ante los jueces militares de instrucción y en la etapa de ejecución de sentencias. Conocen por turnos determinados por el Supremo Tribunal Militar.

I.3.4. Juzgados Militares de Instrucción

Actualmente, existen también dos juzgados. Sus titulares son designados por el Supremo Tribunal Militar, por mayoría de votos, debiendo recaer su nombramiento en militares letrados que tengan como mínimo el grado de mayor o de tenientes coroneles, coroneles o su equivalente en la Armada, posean o no título de abogado.

Permanecen cinco años en sus cargos y pueden ser reelectos. Actúan en la etapa

del presumario y sumario, dictando el auto de procesamiento o enjuiciamiento, o clausurando las actuaciones por falta de mérito para proseguirlas. Llevan a cabo todas las diligencias probatorias necesarias para la averiguación de los hechos ilícitos acaecidos y la determinación de los culpables. Conocen por turnos que establece el Supremo Tribunal Militar.

Tanto los Juzgados Militares de Primera Instancia como los de Instrucción, al igual que el Supremo Tribunal Militar, las Fiscalías Militares y las Defensorías Militares Letradas de Oficio, que veremos seguidamente, tienen su asiento en la capital de la República y jurisdicción sobre todo el país.

I.3.5. Jueces sumariantes

Son oficiales designados en cada Unidad del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, Repartición e Institución Militar, que, ante la presunta comisión de un hecho ilícito, realizan las investigaciones más urgentes, previa solicitud de intervención del Juez Militar de Instrucción, que por turno corresponda, a fin de que no se perjudique la indagación.

Como se expresó, dado que los jueces militares de instrucción tienen su asiento en Montevideo y jurisdicción nacional, en muchos casos no les es posible situarse en breve plazo en el lugar donde ocurre el presunto ilícito. En tales circunstancias, hasta la llegada del Juez Militar de Instrucción, de quien dependen en su actuación como tales, actúa el Juez Sumariante, a efectos de obtener los datos esenciales del delito.

Es oportuno destacar el desempeño que han tenido los Jueces Sumariantes en la realización de las primeras actuaciones presumariales en las Misiones de Paz, en los

casos de presuntos delitos cometidos por militares uruguayos en el extranjero.

I.3.6. Ministerio Público

En materia militar, es ejercido en la actualidad por dos fiscales militares, quienes deben ostentar, como mínimo, el grado de teniente coronel o coronel, si fueran del Ejército o de la Fuerza Aérea, y capitán de fragata o de navío, si pertenecieran a la Armada Nacional. Dependen del Ministerio de Defensa Nacional y sus titulares son nombrados por el Poder Ejecutivo. Permanecen cinco años en sus cargos y pueden ser reelectos.

Entre los cometidos del Ministerio Público se encuentran los de promover las acciones penales que nazcan de delitos militares, cooperar al éxito de las investigaciones, requerir las medidas procedentes para asegurar a la persona del delincuente y velar por la recta administración de la Justicia Militar.

I.3.7. Defensorías Militares Letradas de Oficio

Sus titulares son nombrados por el Poder Ejecutivo y deben ser Oficiales del Sub-Escalafón Justicia Militar, con título de Abogado. Actualmente son dos.

Puesto que todo encausado debe tener preceptivamente un defensor que lo patrocine y represente, los “Defensores Militares Letrados de Oficio” actúan en los casos en que el enjuiciado no tiene o no puede costearse un defensor particular.

Conforme a lo que preceptúa el artículo 88 del Código de Organización de los Tribunales Militares: “*Los defensores responden a sus patrocinados de la negligencia o abandono en la tramitación del juicio, sin perjuicio de las*

sanciones disciplinarias que podrá imponer el Juez que entienda en la causa”.

En el ejercicio de su cargo, gozan de amplia libertad para la defensa de sus patrocinados (artículo 265 del Código de Procedimiento Penal Militar).

I.3.8. Otras precisiones sobre la organización de la justicia militar

En cuanto a los funcionarios que integran la jurisdicción castrense, hasta el año 2007, todo el personal de la Justicia Militar debía ser militar, ingresando con el grado de Soldado. Para el ascenso a cada jerarquía superior, el personal militar debe cumplir ciertos requisitos, como un tiempo de antigüedad mínimo establecido legalmente para cada grado, un mínimo de calificaciones anuales en el grado, además de ciertas condiciones técnico profesionales para alcanzar algunas jerarquías u ocupar determinados cargos.

El máximo grado al que se puede acceder es el de coronel, existiendo en el sub-escalafón Justicia Militar un solo cargo en esta jerarquía. El Supremo Tribunal Militar, los Juzgados Militares y las Fiscalías Militares, actúan con secretarios y auxiliares letrados.

Por Ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal del Ejercicio 2006 N° 18.172, de 31 de agosto de 2007, se incluyó el artículo 124, por el cual se facultó al Ministerio de Defensa Nacional a realizar la transformación de cargos incluidos en el escalafón del personal militar, en cargos civiles pertenecientes a escalafones profesionales, técnicos, administrativos, etc., según correspondiera, en los casos en que el tipo de función lo permitiera y fuera conveniente para la gestión de la Unidad Ejecutora en que revistaba el titular del cargo a transformar.

A esos fines, se dio la opción a los funcionarios comprendidos en esta disposición, entre ellos a los de Justicia Militar, de seguir revistando como militares o su pasaje al escalafón civil que correspondiera, siendo el “Jerarca del Inciso” quien resolvería, en definitiva. En virtud de ello, actualmente y desde el año 2011, fecha en la que se concretaron los cambios de escalafón, en la Justicia Militar se desempeñan también funcionarios civiles.

Es de interés señalar en este breve análisis de la actual Justicia Militar uruguaya, que en el artículo 27 de la Ley Marco de Defensa Nacional N° 18.650, transcrito anteriormente, se dispone el traslado de funciones de la jurisdicción militar al Poder Judicial. Para hacer efectivo ese mandato, se creó una comisión, integrada por miembros del Poder Judicial y del Ministerio de Defensa Nacional, entre los que participaron también integrantes de la Justicia Militar, que proyectaron un Código Penal Militar, un Código de Organización de los Tribunales Penales y del Proceso Penal Militar, en el entendido de que debían actualizarse los ilícitos militares y adecuar el Derecho Militar a la realidad de la sociedad uruguaya. Esos proyectos se encuentran en el Poder Legislativo desde el mes de marzo de 2011, no habiéndose aprobado hasta la fecha, por lo que la jurisdicción militar continúa siendo una jurisdicción especial, independiente del Poder Judicial.

II. DERECHO PENAL MILITAR URUGUAYO Y DELITOS MILITARES

El Derecho Penal Militar constituye un Derecho Penal especial, que reviste la particularidad de ser complementado por el Derecho común y ser complementario del

mismo, configurando un Derecho propio, que regula las situaciones que se producen en la órbita castrense, frente a la comisión de un ilícito penal.

El ordenamiento jurídico militar al que se encuentra subordinada la Institución Militar, está compuesto por Códigos, Leyes, Bandos Militares en tiempo de guerra, Estatutos y Reglamentos que pautan las acciones de sus integrantes.

Los delitos militares se encuentran previstos en el Código Penal Militar, cuerpo normativo que conjuntamente con el Código de Organización de los Tribunales Militares y el Código de Procedimiento Penal Militar, fue aprobado en enero de 1943 y está vigente hasta la fecha con algunas modificaciones.

Entre las más importantes, en lo que respecta a la organización de la jurisdicción militar y el procedimiento penal militar, podemos citar la supresión del número de juzgados militares, tanto de primera instancia como de instrucción, de fiscalías militares y de una Defensoría Militar Letrada de Oficio; el otorgamiento de competencia privativa al Supremo Tribunal Militar de los beneficios de libertad anticipada y condicional, en las causas correspondientes a la jurisdicción militar⁶ y la sustitución de las Defensorías Militares de Oficio por las Defensorías Militares Letradas de Oficio, exigiéndose que sus titulares, además de pertenecer al Sub-Escalafón Justicia Militar

en jerarquías de Oficiales, tengan título de Abogado⁷.

El procedimiento para la actuación de los Jueces Sumariantes fue dispuesto por Decreto del Poder Ejecutivo, previéndose también en el citado Decreto, el régimen carcelario para los procesados por la Justicia Militar⁸.

Por Acordadas del Supremo Tribunal Militar se establecieron los límites de los radios judiciales de notificaciones de las distintas sedes; se previeron las fechas a considerar a efectos de la determinación de los turnos correspondientes; se fijaron los turnos de los Juzgados Militares de Primera Instancia e Instrucción y de las Defensorías Militares Letradas de Oficio; se dispuso que las garantías previstas a los indagados para la justicia ordinaria, en cuanto a reserva de la instrucción e igualdad procesal, y los plazos y condiciones dentro de los que debía sustanciarse el presumario, también fueran aplicables en la jurisdicción militar; se estableció que el Defensor Militar Letrado de Oficio, que por turno le corresponda asistir a la primera declaración de un indagado en Sede Judicial y sea designado como su patrocinante, sea quien continúe actuando en el proceso penal militar que eventualmente se le siga al indiciado; y se dispuso que en la órbita jurisdiccional penal militar se aplicarán todas las normas y disposiciones en vigencia para la justicia penal ordinaria, respecto al cálculo de los cómputos,

6 Decreto-Ley N° 14.997 de 27.03.1980 modificado por el Decreto-Ley N° 15.396 de 20.05.1983. Establece un régimen de libertad condicional o anticipada en las causas correspondientes a la jurisdicción militar. Artículo 1°: "Es competencia privativa "del Supremo Tribunal Militar, el otorgamiento de los beneficios de libertad anticipada y condicional, en las causas "correspondientes a la jurisdicción militar".

7 Ley N° 15.804 de 29.01.1986, Artículo 4°.

8 Decreto N° 686/986 de 21.10.1986.

liquidaciones o saldos de liquidaciones de pena, con las especificaciones y/o excepciones de la materia⁹, integrándose y aplicándose por la Justicia Penal Militar, todos los institutos establecidos por la justicia penal ordinaria, que proporcionan beneficios u otorgan mayores garantías para los enjuiciados o para la legitimidad del proceso penal.

La reforma más trascendente al Código Penal Militar fue introducida –como se mencionó anteriormente– por la Ley Marco de Defensa Nacional N° 18.650, respecto al elenco de delitos militares tipificados en el cuerpo legal referido, así como a los sujetos activos de dichos ilícitos, entendiéndose actualmente por delito militar aquél que vulnera exclusivamente normas contenidas en el ordenamiento penal militar.

Por la citada Ley, se derogaron determinados delitos comunes que eran considerados delitos “objetivamente” militares y que podían ser cometidos por militares, así como delitos “estrictamente” militares que también podían ser cometidos por civiles, limitándose la competencia de la jurisdicción penal militar.

Cualquier delito común cometido por quien revista estado militar, independientemente del lugar donde se cometa, es competencia de la justicia penal ordinaria y también el personal equiparado a militar, que era considerado sujeto de responsabilidad penal militar por el Código Penal Militar, a partir de la Ley Marco de Defensa Nacional, ya no puede ser sometido a la jurisdicción penal militar.

En consecuencia, en la actualidad, los delitos estrictamente militares, previstos en el código citado, que mantienen su vigencia, en tanto sean cometidos por militares, se concretan en cinco Capítulos de la parte especial y tutelan la “Disciplina”: Desobediencia, Irrespetuosidad, Insubordinación, Motín, Demanda Colectiva, Rebelión; la “Vigilancia Militar”: Desafuero contra los que ejercen y por los que ejercen vigilancia militar; la “Regularidad del Servicio Militar”: Omisiones en el Servicio, Deserción Simple de Personal Subalterno y de Oficiales; la “Fuerza Material del Ejército, la Marina y la Fuerza Aérea”: Ataques a la fuerza material, Deserción Calificada, Espionaje; y la “Fuerza Moral del Ejército, la Marina y la Fuerza Aérea”: Ataques a la fuerza moral.

III. NECESIDAD DE UN DERECHO PENAL MILITAR ESPECÍFICO

En una sincronizada evolución de la concepción y normativa de la sociedad uruguaya y de las Fuerzas Armadas, la jurisdicción penal militar y el Derecho Penal Militar han sido pasibles de cambios en los últimos años, debiendo continuarse con esta constante labor de renovación e innovación, especialmente, en cuanto a tipificaciones delictivas que comprendan los avances del Derecho Humanitario, de los Derechos Humanos, de la igualdad de género, de los deberes cuyo quebrantamiento genera el delito militar, y de las garantías del justiciable y del debido proceso, entre tantos otros.

9 Acordadas del Supremo Tribunal Militar de fechas: 26.06.1975, 29.12.1981, 24.04.1984, N° 3 de 20.03.1986, N° 42 de 13.06.2002, N° 49 de 23.06.2005, N° 51 de 08.09.2005, N° 54 de 10.03.2006, N° 62 de 02.04.2009; N° 85 de 09.08.2018.

Sin perjuicio del traslado de las funciones de la jurisdicción militar al Poder Judicial, como prevé la Ley Marco de Defensa Nacional N° 18.650, aún pendiente de implementación, amparamos el mantenimiento de un Derecho Penal Militar

especial, de un orden jurídico diferenciado del común, por cuanto se aplica a conductas también especiales y debe asegurar, proteger y garantizar la Disciplina de las Fuerzas Armadas, así como su eficiencia y el estricto cumplimiento del deber.

José Antonio Rodríguez Santisteban¹

EL ARTÍCULO 82 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR ESPAÑOL

SUMARIO: INTRODUCCIÓN, II. EL REENVÍO, III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, IV. LOS APARTADOS 1 Y 2 DEL ARTÍCULO 82 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR, 1.1. SUJETO ACTIVO, 1.2. EQUIPO REGLAMENTARIO, MATERIALES O EFECTOS, V. EL ARTÍCULO 82.3 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR, 1.1. CONSIDERACIONES PREVIAS, 1.2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, 1.3. SUJETO ACTIVO, 1.4. LA TIPICIDAD Y EL OBJETO MATERIAL, VI. CULPABILIDAD, AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 82 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR, VII. CONCURSOS, VIII. PENALIDAD, CONCLUSIONES, BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El autor estudia los alcances del artículo 82 del Código Penal Militar español, que en concreto hace remisión al Código Penal Común para los delitos de hurto, robo, apropiación indebida y daños, cuando cualquiera de estas figuras delictivas comunes se cometa en relación con el equipo reglamentario, material o efectos militares, en defensa de la propiedad o del patrimonio militar. Ello, de acuerdo con el carácter de complementariedad que tiene el Código Penal Militar y la técnica del reenvío a la normativa penal común.

Con el reenvío, en opinión del autor, se consigue la armonización del ordenamiento jurídico al ser el tipo penal idéntico en la norma común que en la militar. La utilización de esta técnica se concreta en tres consecuencias inmediatas: se evitan las repeticiones de tipos delictivos dentro de la normativa penal; se adapta la terminológica a un lenguaje de común

¹ Doctor en Derecho, miembro del Cuerpo Jurídico Militar de España.

aceptación desde el punto de vista técnico-jurídico; y se evita “problemas de alternatividad”; entre otros conceptos.

to a language of common acceptance from a technical-legal point of view; and “alternativity problems” are avoided; among other concepts.

ABSTRACT

The author studies the scope of article 82 of the Spanish Military Criminal Code, which refers to the common Criminal Code for crimes of robbery, theft, misappropriation and damages, when any of these common criminal figures are committed in relation with the statutory equipment, material or military effects, in defense of the property or of the military capital. In accordance with the character of complementarity of the Military Criminal Code and the technique of referral to the common criminal law.

With the forwarding, in the author's opinion, the harmonization of the legal system is achieved, being the description of the crime identical in the common standard and in the military. The use of this technique leads to three immediate consequences: the repetition of descriptions of crimes in the criminal law is avoided; the terminology is adapted

I. INTRODUCCIÓN

En el artículo 82 del Código Penal Militar español se refunden los anteriores artículos 195 y 196 del Código Penal Militar de 1985, añadiéndose nuevos tipos de naturaleza patrimonial. En concreto, en este precepto del Código Penal Militar se realiza una remisión al Código Penal para los delitos de hurto, robo, apropiación indebida y daños, cuando cualquiera de estas figuras delictivas comunes se cometa en relación con el equipo reglamentario, material o efectos militares².

A lo largo de la tramitación parlamentaria que desembocó en el Código Penal Militar actual, algunos grupos parlamentarios presentaron diferentes enmiendas dirigidas a la supresión de este precepto en base a que es reconducible a las normas comunes³ y no tiene el componente de estrictamente

2 El artículo 82 del Código Penal Militar español señala que:

«1. El militar que cometiere los delitos de hurto, robo, apropiación indebida o daños previstos en el Código Penal en relación con el equipo reglamentario, materiales o efectos que tenga bajo su custodia o responsabilidad por razón de su cargo o destino, será castigado con las penas establecidas en el Código Penal para tales delitos impuesta en su mitad superior.

2. Si el militar no tuviere el equipo, material o efectos, afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil, bajo su custodia o responsabilidad, el límite mínimo de las penas previstas en el Código Penal se incrementará en un quinto.

3. Si se tratare de material de guerra o armamento, cualquiera que fueran su valor y el autor, incluso cuando éste no tenga la condición de militar, se impondrá la pena incrementada en un quinto de su límite máximo.

4. Será de aplicación, en su caso, el artículo 21 del presente Código».

3 Ejemplo de ello es la enmienda núm. 161 al proyecto que formula el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG Serie A, núm. 110-2, de 26 de febrero de 2015, p. 78). Aunque en idéntico sentido se manifiestan los grupos parlamentarios de La Izquierda Plural (enmienda núm. 28), de Unión Progreso y Democracia (enmienda núm. 65), el catalán (enmienda núm. 97) y el vasco (enmienda núm. 114).

castrense. Teniendo en cuenta la dicción literal de este precepto y la clasificación de los delitos militares⁴, los tipos previstos en el artículo 82 del Código Penal Militar son delitos comunes⁵ militarizados.

En el Preámbulo del Código Penal Militar (en concreto en el punto III)⁶ se precisa que «en algunos delitos, para evitar problemas de alternatividad y enojosas repeticiones, se contiene una simple remisión a la descripción típica prevista en el Código Penal, conforme al principio de complementariedad que preside el presente Código». Al tratarse de delitos regulados en la normativa común, en los que por tanto los

conceptos jurídicos se extrapolan al Derecho militar, en este punto me centraré en las particularidades o especialidades que pueden justificar su inclusión en el Código Penal Militar.

II. EL REENVÍO

Consecuencia del carácter de complementariedad⁷ que tiene y se presume del Código Penal Militar⁸, incluso por el propio legislador, es la técnica del reenvío a la normativa penal común. Esta técnica permite una agravación para determinadas conductas o la concreción de tipos especiales

- 4 RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «El principio de especialidad», en *Comentarios al Código penal militar*, coord. BLECUA FRAGA, R., civitas, Madrid, 1988, pp. 136 y 137; HIGUERA GUIMERA, J. F.: *Curso de Derecho Penal Militar Español, Parte general*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 314 y ss.

El general Rodríguez-Villasante realizó una clasificación de los delitos militares que es la seguida por la unanimidad de la doctrina como consecuencia de su alto rigor científico, en la que entiende que los delitos militares se clasifican en:

Delitos militares (Dentro de estos delitos este autor distingue entre:

- a) Delitos «inminente y fundamentalmente» militares. En ellos se vulnera un interés jurídico militar.
- b) Delitos «esencialmente» militares, en los que se lesionan bienes jurídicos comunes y militares, aunque es dominante o preferente el bien jurídico militar sobre el común.
- c) Delitos militares. En ellos se describe básicamente un tipo común, pero por las circunstancias en que acaece la acción, la incidencia en la eficacia de las Fuerzas Armadas, o el servicio hacen que prevalezca su interés militar).

Delitos militarizados (en los que se distingue entre:

- a) Delitos militarizados por su relevancia militar, aunque están integrados por infracciones de carácter común. Ej.: Delitos contra la Administración de Justicia Militar.
- b) Delitos militarizados por su mayor penalidad. Ej.: Delitos de traición y espionaje).

Delitos comunes (en los que concurre alguna circunstancia de carácter militar).

- 5 BLECUA FRAGA, R.: «Delitos contra la hacienda en ámbito militar», en *Comentarios al Código penal militar*, coord. BLECUA FRAGA, R., Civitas, Madrid, 1988, pp. 2011 y ss.; GIMENO AMIGUET, A.: «Fraudes y abusos patrimoniales. Los delitos y faltas disciplinarias contra la Hacienda Militar», en *La Jurisdicción militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992., p. 408 y ss.; MATA TEJADA, F. J.: «Fraudes y abusos patrimoniales. Solicitud de Crédito presupuestario para atenciones supuestas», en *La Jurisdicción militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, p. 454.
- 6 BOE núm. 247, de 15 de octubre de 2015, p. 95718.
- 7 CIARDI, G.: *Trattato di Diritto penale militare, volumen I, Parte General*, Roma, 1970, pp. 29 y ss.; VENDITTI, R.: *Il Diritto Penale Militare nel sistema penale italiano*, Settima edizione, GiuffrèEditore, Milano, 1997, p. 23; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «El principio de especialidad», cit., p. 116.
- 8 RODRÍGUEZ DEVEESA, J. M.: «Derecho penal militar y Derecho penal común», en *Primeras Jornadas de Derecho Penal Militar y Derecho de Guerra*, Universidad de Valladolid, 1961., pp. 25 y ss.; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «El principio de especialidad», cit., p. 123.

impropios por la afectación a bienes jurídicos militares. Son consideraciones político-criminales, que buscan preservar los valores superiores o bienes fundamentales castrenses en determinadas situaciones justificadas por las necesidades de protección de los mismos, sin que el delito militar sea de estructura o caracteres distintos del delito común salvo en lo referente al bien jurídico que pretenden preservar dentro de la esfera militar.

La técnica del reenvío sólo implica añadir a un tipo común una especialidad dirigida al cumplimiento o preservación de un bien o fin castrense. No conlleva una muda con respecto al contenido general o tipificación del sistema penal común, sino más bien lo refuerza. Esto se debe a que ni siquiera implica un cambio o creación de nuevos conceptos jurídicos⁹ pero, sí da lugar a la protección que por cuestiones de política-criminal se entienden merecedoras de un reforzamiento o amparo mayor a la prevista en la normativa penal común. No conlleva la creación de criterios interpretativos distintos o diferenciados, al menos en su contenido fundamental, a los previstos en el tipo común del Código Penal y a los criterios que se hayan establecido por parte de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Por tanto, se mantiene fiel al principio de unidad del ordenamiento jurídico y a la pretendida y

predicada complementariedad del Código Penal Militar¹⁰.

El reenvío a un tipo penal común por parte de un precepto del Código Penal Militar determina que el valor que se pretende proteger por parte del Derecho penal militar vertebraba también al resto de la sociedad, porque se ha entendido así en la legislación común. Implica que no sólo se protege un interés o intereses específicos militares, sino, también, de la sociedad en su conjunto. Una consecuencia es que incluso para los que puedan estar en contra de la existencia de los delitos militares, al darse el reenvío será indiscutible considerar a los mismos como tipos penales relevantes por su existencia en la normativa general, aunque con una nota o requisito que le otorga la especialidad. Ejemplo de ello pudiera ser que la acción la cometa un militar en el ejercicio de sus funciones, usando material afecto a las Fuerzas Armadas, entre otros casos.

Esta técnica legislativa implica que previamente se produjo una evaluación por parte del legislador para determinar que un concreto bien jurídico merecía ser considerado digno de protección penal. Para ello se analizó la necesidad de esa protección y, por último, se comprobó la capacidad de protección penal del bien jurídico¹¹, pasando así a ser un bien jurídico-penal¹². Así, siguiendo a Mayer, se delimita el tipo de

9 RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (2001): «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código Penal Militar complementario», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 77, p. 95.

10 Como se indica en el preámbulo de la norma y se ha puesto de manifiesto por la doctrina más destacada. Vid. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código Penal Militar complementario», cit., 87 y ss.

11 López Lorca intenta fundamentar el ataque al bien jurídico militar como fundamento de la antijuricidad material partiendo de que es necesario delimitar los intereses militares penalmente protegibles en tres puntos concretos (el primero es el de merecimiento de protección, el segundo la necesidad de la protección y por último la capacidad de protección). LÓPEZ LORCA, B.: «La antijuricidad material y su protección en el Derecho Penal Militar», en *Derecho Penal Militar. Cuestiones fundamentales*, dir. DE LEÓN Y VILLALBA, F. J., coord. B. LÓPEZ LORCA, B., Lorca, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 102 y ss.

interés que debe ser protegido por el Derecho Penal¹³, pero además se justifica que, en uno o varios casos determinados, afectan al ámbito castrense al que se refiere la Constitución Española¹⁴ y, por tanto, también se conforma como una especialidad, en un bien jurídico-penal militar que lo hace merecedor de encuadrarse dentro del Código Penal Militar¹⁵.

La técnica del reenvío en el ámbito militar ya fue utilizada en Códigos anteriores. En concreto en el artículo 194 del Código de Justicia Militar de 1945¹⁶. Lo que se perseguía entonces era agravar algunos delitos comunes que se cometían por un militar, en lugar militar o en acto de servicio, aumentando la pena prevista en el tipo común de la normativa general¹⁷. El resultado entonces era el pasar a ser un tipo cualificado con respecto a la tipología común, es decir, se trataba de circunstancias agravantes con respecto al delito previsto en el Código común que implicaba una mayor penalidad,

sin que hubiera más justificación que la base de una o varias características o circunstancias castrenses de peso o de acción que lo motiven.

Con la entrada en vigor del Código Penal Militar de 1985 se suprimió su utilización, sin perjuicio de la conocida como «cláusula de salvaguardia» que se establecía en el artículo 5 del referido texto. La consecuencia principal fue la supletoriedad de las normas comunes para todo aquello que no fuera incompatible con el Código Penal Militar de 1985¹⁸ como lógica derivada de la especialidad de la norma militar con respecto a la común¹⁹.

Con el reenvío, en mi opinión, se consigue la armonización del ordenamiento jurídico al ser el tipo penal idéntico en la norma común que en la militar, lográndose una evidente coherencia interna²⁰. Se completan los tipos penales militares del Código Penal Militar que se matizan por la

12 MAYER, M. E.: *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts*, 2.ª edición, 1923, p. 23.

13 GARCÍA RIVAS, N.: *El poder punitivo el Estado democrático*, Universidad Castilla-La Mancha. Cuenca. 1996, p. 107.

14 Artículo 117. 5 de la Constitución Española.

15 RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código Penal Militar complementario», cit., pp. 94 y 95.

16 Además, también se incluían preceptos similares en las Ordenanzas de la Armada de 1748 y del Ejército de 1768. También en el Código de Justicia Militar de 1890 (en su artículo 175).

17 RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «El principio de especialidad», cit., p. 170.

18 *Ibidem*, pp. 101 y ss.

19 La mayoría de las legislaciones extranjeras contienen en su articulado un precepto de estas características. Ejemplos son el artículo 205 del Código de Justicia Militar de Chile, el artículo 2 del texto portugués, el artículo 3 del alemán o el artículo 2 del Código Penal Militar de Holanda entre otros.

20 Pignatelli Meca se refiere a la técnica del reenvío cuando comenta el artículo 5 del Código Penal Militar de 1985 respecto la conocida como «cláusula de salvaguarda», como una consecuencia de la pretendida complementariedad que se predica de la normativa penal militar como normativa especial respecto de la común. PIGNATELLI MECA, F.: «El Código penal militar. Perspectivas de “legeferenda”», en *El Derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes*, Estudios de Derecho judicial, núm. 5, Madrid, 1996, pp. 89 y ss.

justificada especialidad al caso o circunstancias en que se realiza la acción típica descrita, consiguiéndose excluir irracionalidades del sistema y asegurando la recepción de las modificaciones de la norma penal general²¹.

La utilización de esta técnica se concreta en tres consecuencias inmediatas. La primera de ellas es que con este método o sistema se evitan las repeticiones de tipos delictivos dentro de la normativa penal²². El segundo efecto es la adaptación terminológica a un lenguaje de común aceptación desde el punto de vista técnico-jurídico. El último de los resultados es evitar, tal y como señala el preámbulo del Código Penal Militar del 2015, «problemas de alternatividad»²³.

Respecto a estos últimos, la doctrina entiende que implica un defecto de técnica legislativa²⁴ que, en mi opinión, es insalvable dado que, si existe la especialidad, una de las consecuencias previsibles es la alteratividad²⁵, que se resolverá conforme a los criterios regulados en el artículo 8 del Código Penal.

El Código Penal Militar es una ley especial respecto a la normativa general del Código Penal. Por ello, como ley especial incluirá en su articulado aquellas diferencias, especialidades o particularidades que no afecten al contenido esencial de la normativa común para adaptarse al contenido de los fines de los ejércitos, al cumplimiento de sus cometidos o funciones dentro del ámbito estrictamente castrense.

21 RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código Penal Militar complementario», cit., p. 95.

22 Un ejemplo lo encontramos en la definición de hurto. El hurto viene definido en el Código Penal, el incluir idéntica definición en el articulado de la normativa especial implicaría repetir una definición ya dada por la norma común, que no es necesaria dado que respecto al concepto de hurto no existe especialidad alguna que deba señalarse o predicarse en la disposición penal castrense en base al principio de complementariedad que preside el Código Penal Militar actual.

La técnica del reenvío es utilizada en países como Bélgica para la normativa militar desde que se declaró la independencia de este estado.

23 BOE núm. 247, de 15 de octubre de 2015, p. 95716.

A los problemas de alternatividad que se daban con el anterior Código Penal Militar de 1985 se refiere Pignatelli Meca que califica los supuestos de alternatividad como un «defecto del ordenamiento jurídico [...] El defecto legislativo se evidencia si tenemos en cuenta que, en la zona común, conductas idénticas están sancionadas con muy diferentes penas o comportan el enjuiciamiento por la jurisdicción ordinaria o militar». PIGNATELLI MECA, F.: «Unidad y pluralidad de delitos. Concurso de delitos y concurso de leyes», en *Derecho Penal Militar. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 357 y ss. Rodríguez-Villasante propone la supresión de esas duplicidades mediante la conversión de determinados delitos comunes en infracciones penales militares si las circunstancias del sujeto activo o la afección militar lo sitúan en el ámbito estrictamente castrense. Vid. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código Penal Militar complementario», cit., p. 98.

24 RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «El principio de especialidad», cit., pp.166 y ss.; F. PIGNATELLI MECA, F.: «Unidad y pluralidad de delitos. Concurso de delitos y concurso de leyes», cit., pp. 357 y ss.

25 La relación de alternatividad existe cuando se produce una doble valoración jurídico-penal sobre una misma acción o hecho. Vid. PIGNATELLI MECA, F.: «Unidad y pluralidad de delitos. Concurso de delitos y concurso de leyes», en *Derecho Penal Militar. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 357 y ss.

En base a este planteamiento de complementariedad total con respecto a las normas comunes, es donde la técnica del reenvío adquiere su plena vigencia y demuestra que su uso es todo un acierto, dado que implica no apartarse en lo esencial de la disposición general, sino su adaptación al ámbito castrense.

El reenvío, además, conlleva la inmediata incorporación al Derecho penal militar de todo avance que se de en la normativa común y que en el ámbito jurisprudencial puedan elaborarse verdaderamente las particularidades castrenses.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El artículo 82 se incluye dentro del Título V del Libro II del Código Penal Militar y, por tanto, dentro de los delitos contra el patrimonio o la hacienda en el ámbito militar. La primera consecuencia es que el bien jurídico²⁶ que se pretende defender es la hacienda militar como un bien jurídico comunitario²⁷, que es, entendiéndose

el mencionado valor objeto de protección penal militar, el conjunto de los bienes materiales y recursos económicos necesarios para el desenvolvimiento de la actividad propia encomendada a las Fuerzas Armadas y al resto del Ministerio de Defensa²⁸.

Al haberse usado la técnica del reenvío para determinar si se protegen otros bienes jurídicos²⁹, se debe acudir a la normativa común donde se recogen los diferentes tipos. Los hurtos, los robos, las apropiaciones indebidas y los daños se encuentran agrupados dentro del Título XIII del Libro II del Código Penal con la rúbrica de «delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico»³⁰.

El hurto se regula desde el artículo 234 al 236, constituyendo el primero de los capítulos del Título XII del Libro II del Código Penal. En cuanto al bien jurídico protegido, «el delito de hurto es un delito contra la propiedad. En consecuencia, no es sólo la privación del valor de la cosa lo que constituye la lesión del bien jurídico, sino

26 ZÁRATE CONDE, A. y GONZÁLEZ CAMPO, E.: *Derecho Penal Parte General*, La Ley, Madrid, 2015, p. 127.

27 MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. (Parte General)*, 9.ª Edición, Reppetor, Barcelona, 2011, p. 297.

28 En este sentido debemos de tener en cuenta que la Guardia Civil también en determinados casos forma parte del ámbito del Ministerio de Defensa dependiendo de las funciones que realice o de las misiones encomendadas.

29 ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (1991): «Bien jurídico y Constitución», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43, pp. 5 y ss.; ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1997.; SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comarex, Granada, 2003; POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., pp. 136 y ss.

30 Acudiendo al lugar donde se regulan estos delitos atendemos a una de las funciones del bien jurídico, como es la función sistemática. ROXIN, C.: «Bien jurídico como instrumento de crítica legislativa», cit. p. 3; POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., pp. 136. Además de la función sistemática a la que hace referencia Mir Puig, este mismo autor nos señala que existen otras funciones. Estas son la función de guía de la interpretación y la función de criterio de medición de la pena. Además, este mismo autor (Mir Puig) nos señala que existe otra función del bien jurídico, aunque es más discutida, consistente en la ser límite del legislador. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. (Parte General)*, cit., p. 162.

también la privación de la sustancia misma de la cosa que corporiza un determinado valor»³¹.

En cuanto a los delitos de robo se recoge en el capítulo II del título citado *ut supra*, del artículo 237 al 242 del Código Penal. La realidad es que el robo está constituido por figuras cualificadas del hurto, al requerirse algún elemento más que lo que implica es aumentar el plus de antijuricidad y la conducta culposa. Ello justifica el reproche penal que se merece el que comete robo en cualquiera de sus modalidades. Éste es el motivo de que tenga identidad de bien jurídico con el hurto. La excepción se produce cuando se cometa con violencia o intimidación. En este caso, el robo «es pluriofensivo porque afecta principalmente a la propiedad como bien jurídico, pero también a la integridad física o salud y a la libertad en cuanto el tipo exige, además de apoderamiento, la realización de actos intimidantes o violentos, como medio comisivo para la consecución de aquél»³².

Respecto a la apropiación indebida, se agrupa en la Sección 2.^abis del Capítulo VI del Título XII del Libro II del Código Penal³³ (arts. 253 y 254 CP). La jurisprudencia señala que el bien jurídico protegido en estos delitos de apropiación indebida es el patrimonio privado³⁴, o la propiedad cuando

se transmite la posesión de una cosa no fungible que debe ser devuelta³⁵. En el caso del delito militar será necesariamente el patrimonio militar.

Bajo la rúbrica de los daños se encuentra el Capítulo IX del Título XII del Libro II del Código Penal (arts. 263 a 265 CP). El bien jurídico es el patrimonio ajeno³⁶, por lo que «sigue siendo básicamente el derecho de propiedad»³⁷. El delito de daños, al que se hace referencia en esta sede, debe de deslindarse del ilícito previsto en el artículo 27 del Código Penal Militar, «atentado contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales» y de los delitos «contra la eficacia en el servicio» (arts. 73 y ss. CPM). En esas infracciones, para que se produzcan, se requiere la producción de daños graves o inutilización de los medios que, en el caso de los daños del artículo 83 del Código Penal Militar no se necesita que se ocasionen. Si se dieran esos graves daños se trataría de otro delito militar, pero no el del artículo 83 de la norma penal castrense.

La conclusión es que todos estos delitos comunes tienen en común dentro del Código Penal Militar la defensa de la propiedad o del patrimonio militar. Si se pone en relación con las funciones del Ministerio de Defensa o las Fuerzas Armadas, parece que además existirán otros bienes jurídicos

31 Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 24 de mayo de 2002 y de 24 de diciembre de 1990, entre otras.

32 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 28 de febrero de 2009.

33 La Sección 2.^abis se introduce por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que está en vigor desde el 1 de julio de 2015, con idéntica rúbrica que la antigua Sección 2^a.

34 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 5 de noviembre de 2003.

35 Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 14 de marzo de 2001 y de 25 de noviembre de 1998.

36 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 26 de diciembre de 2000.

37 Sentencia de Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 25 de abril de 2000.

objeto de tutela como la lealtad³⁸ o la probidad³⁹. Esta idea resulta evidente sólo con pensar las exigencias éticas⁴⁰ que se predicán de todo aquel que forme parte de la carrera de las armas. De tal manera que parece incompatible con valores como el compañerismo, la lealtad o la probidad que un militar usurpe a otro su equipo reglamentario o armamento y menos si está bajo su custodia. Por ello, en el artículo 82 se demuestra también el carácter pluriofensivo que ostenta como casi todos los preceptos del Código Penal Militar⁴¹.

IV. LOS APARTADOS 1 Y 2 DEL ARTÍCULO 82 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

Ambos apartados se configuran como tipos agravados de los preceptos generales

regulados en la norma común. Los dos primeros apartados del artículo 82 del Código Penal Militar tienen los mismos elementos típicos con una sola diferencia y es que en el primer apartado⁴² se requiere que el sujeto activo que realiza la conducta⁴³ sea aquel que tenga bajo su custodia o responsabilidad por razón del cargo o destino el equipo reglamentario, materiales o efectos que configuran el objeto del delito⁴⁴.

La consecuencia inmediata es que el apartado primero del artículo 82 del Código Penal Militar, al requerir esa cualidad en el sujeto activo, es un tipo cualificado o agravado del tipo previsto en el apartado segundo⁴⁵ del referido precepto y, por tanto, en mi opinión, demuestra un defecto claro de técnica legislativa en que lo normal es ir del tipo básico a los agravados y no

38 Actualmente las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las definidas en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, en el artículo 6.

39 Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas se refieren en su artículo 5 a la actuación del militar como servidor público debiendo de actuar «con arreglo a los principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez y promoción del entorno cultural y medioambiental».

Como dice Mancini «muchos bienes y efectos en virtud del propio servicio que se les encomiendan se dejan sin garantía y se dejan en manos de la rectitud de aquellos que forman parte de los ejércitos». Vid. DE QUEROL Y DURAN, F.: *Principios del Derecho militar español*, tomo II, Editorial Naval, Madrid, 1946, p. 610 y ss.

40 El artículo 15 de las Reales Ordenanzas de la Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero (BOE núm. 33, de 7 de febrero) disponen referido al militar que «dará primacía a los principios éticos que responden a una exigencia de la que hará norma de vida. De esta forma contribuirá a la fortaleza de las Fuerzas Armadas, garantizará la paz y seguridad».

41 La mayoría de los delitos militares son delitos pluriofensivos. DE LEON Y VILLALBA, F. J.: «Condiciones, normativos y extra normativos, del ilícito militar», cit., pp. 41 y ss.

42 El artículo 82. 1 del Código Penal Militar señala que «el militar que cometiere los delitos de hurto, robo, apropiación indebida o daños previstos en el Código Penal en relación con el equipo reglamentario, materiales o efectos que tenga bajo su custodia o responsabilidad por razón de su cargo o destino, será castigado con las penas establecidas en el Código Penal para tales delitos impuestas en su mitad superior».

43 ZÁRATE CONDE, A. y GONZALEZ CAMPO, E.: *Derecho Penal Parte General*, cit., p. 181.

44 Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1995, de 18 de octubre de 1997, de 29 de noviembre de 1999, de 28 de septiembre de 2005 y de 27 de febrero de 2006.

45 El artículo 82. 2 del Código Penal Militar dispone que «si militar no tuviere el equipo, material o efectos, afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil, bajo su custodia o responsabilidad, el límite mínimo de las penas previstas en el Código Penal se incrementará un quinto».

viceversa, lo que implicaría para el caso una redacción más sencilla que la empleada por el legislador.

En cualquier caso, el artículo 82 del Código Penal Militar recoge en sus dos primeros apartados delitos de tipo mixto o alternativo⁴⁶, por lo que es suficiente la realización de cualquiera de las conductas en él descritas para que se entienda cometida la infracción penal.

1.1. Sujeto activo

El sujeto activo en ambos apartados no es otro que «el militar»⁴⁷. A los efectos de aplicación del Código Penal Militar, son militares aquellos a los que se refiere el Código

Penal Militar en su artículo 2⁴⁸. Este precepto⁴⁹ se remite principalmente a la normativa relativa a la adquisición y pérdida de la condición de militar para determinar quién es militar, aunque existen algunas excepciones, con lo que la regulación para la adquisición y pérdida de la condición militar es una cuestión que compete al ámbito del Derecho administrativo⁵⁰. En cualquier caso, hay que suscribir el acertado pronunciamiento del Tribunal Constitucional, según el cual «por lo que se refiere a la diferencia de tratamiento penal de unos mismos hechos, basado en la permanencia o no de unos determinados colectivos, el legislador podrá, en principio, anudar sanciones distintas a actuaciones similares teniendo en cuenta la diversa naturaleza y funciones de

46 MIR PUIG, S.: *Derecho Penal (Parte General)*, cit., p. 236; POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 119.

47 El artículo 2 del Código Penal Militar cumple una función auxiliar para la comprensión de las normas jurídicas integrantes del Código Penal Militar siendo un artículo que contiene un concepto finalista de quienes son los militares con la intención de integrar los tipos descritos en el Código Penal Militar, algo que ya pasaba con el anterior Código Penal Militar de 1985, como se pone de manifiesto por la doctrina del generada con la aprobación de aquel código. *Vid.* MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J. L.: «Definición de militares», en *Comentarios al Código penal militar*, coord. BLECUA FRAGA, R., Civitas, Madrid, 1988, p. 219.

48 Por su parte el artículo 2 del nuevo texto penal militar mejora y actualiza la redacción anterior, al señalar que «son militares, a efectos de este Código, quienes al momento de la comisión del delito posean dicha condición, de conformidad con las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y concretamente, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica: 1) los que mantengan una relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas o con la Guardia Civil, mientras no pasen a alguna situación administrativa en que tengan en suspenso su condición militar; 2) los reservistas cuando se encuentren activados en las Fuerzas Armadas; 3) los alumnos de los centros docentes militares de formación y los aspirantes a la condición de reservistas voluntarios en su periodo de formación militar; 4) los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de la Guardia Civil; 5) quienes pasen a tener cualquier asimilación o consideración militar, de conformidad con la Ley Orgánica reguladora de los Estados de Alarma, Excepción o Sitio y normas de desarrollo; 6) en las situaciones de conflicto armado o estado de sitio, los capitanes, comandantes y miembros de la tripulación de buques o aeronaves no militares que forman parte de un convoy, bajo escolta o dirección militar, así como los prácticos a bordo de buques de guerra y buques de la Guardia Civil; 7) los prisioneros de guerra, respecto de los que España fuera potencia detenedora».

49 El artículo 2 del Código Penal Militar. El Código Penal Militar del artículo 2 al 8 ambos incluidos Código Penal Militar se dedica a dar definiciones, señalando que deba entenderse a efectos de este Código por: «militar, autoridad militar, superior, acto de servicio, enemigo, y orden».

50 Por este motivo nos encontramos con un tipo abierto de remisión a ley extrapenal. *Vid.* POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 119.

las distintas categorías de órdenes de funcionarios públicos, siempre que tal efectividad sancionadora tenga su fundamento en la voluntad de proteger la peculiaridad de esa naturaleza y funciones, y dentro de los límites de la responsabilidad ya señalados [...] estas consideraciones resultan eminentemente aplicables a los miembros de la Institución militar, a la que la Constitución española, en su artículo 8, asigna un conjunto de funciones que sin duda exigen, para su cumplimiento, una específica forma de organización, y un régimen jurídico singular del personal integrado en la Institución. Como consecuencia de ello, el legislador puede introducir determinadas peculiaridades que halla su justificación en las exigencias de la organización militar en los términos señalados»⁵¹.

La diferencia entre el apartado 1 con respecto al 2 del artículo 82 del Código Penal Militar, como se adelantó más arriba, es que el militar para el primer caso tiene que tener los objetos «bajo su custodia o responsabilidad por razón de su cargo o destino». Ello implica nuevamente tener que acudir a las normas administrativas para determinar los requisitos para ocupar determinados destinos o cargos y qué cometidos se

tendrían que realizar en cada uno de ellos para poder determinar qué efectos, materiales o equipos reglamentarios les están anejos.

El cuidado, correcto uso y conservación de los recursos de los ejércitos exigen a sus componentes unas obligaciones que traen su origen en las Ordenanzas de Carlos III y hoy se recogen también en las actuales ordenanzas⁵².

1.2. Equipo reglamentario, materiales o efectos

Se trata del objeto material del delito⁵³, que se extiende a los diversos componentes de la Hacienda Militar comprensivos de cualquier activo mueble o inmueble asignado al servicio⁵⁴. Esta terminología ya se empleaba en los anteriores preceptos (arts. 195 y 196) del Código Penal Militar de 1985 del que trae su origen y revelan la importancia de estos elementos para el desempeño de las funciones y misiones propias de los ejércitos sin los cuales no podrían desarrollar la actividad para las que están constituidos.

En principio, el equipo reglamentario, los materiales o efectos de las Fuerzas

51 La Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1986, de 24 de julio.

52 El artículo 43 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas señala que el militar «cuidará y conservará en perfectas condiciones de uso las instalaciones, material, equipo y armamento que tenga a su cargo de acuerdo con la normativa aplicable. Asegurará el aprovechamiento de los recursos puestos a disposición de las Fuerzas Armadas y vigilará el cumplimiento de las medidas de seguridad y medioambientales pertinentes». Según el artículo 65 del mismo texto normativo «administrará los recursos puestos bajo su responsabilidad para obtener el máximo rendimiento de ellos, de acuerdo con los principios de economía y eficiencia en su utilización y eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados». Además, el artículo 122 establece que «administrará los recursos y bienes públicos con austeridad, objetividad y transparencia, de acuerdo a los principios de legalidad y de salvaguarda de dichos bienes, y no los utilizará en provecho propio o de personas allegadas. Tendrá, asimismo, el deber de velar por su conservación».

53 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 17 de noviembre de 2011.

54 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 22 de mayo de 2001.

Armadas forman parte del ámbito estrictamente castrense porque son elementos para el cumplimiento de esos fines.

El Real Decreto 567/1979, de 22 de febrero, por el que se promulga el Reglamento que regula el procedimiento a seguir en los expedientes administrativos que se sustancien para determinar la responsabilidad de esta naturaleza de los funcionarios encargados de la custodia, utilización y mantenimiento del material y efectos de los Ejércitos dispone⁵⁵ que «se entenderá por material y efectos todos los bienes inventariables que, para el cumplimiento de sus fines, poseen los buques, centros y dependencias militares propiedad del Estado o que hayan sido adquiridos con fondos públicos; y en general todo el material, efecto, combustibles, víveres, documentación, metálico o fondos públicos, inmuebles, vestuario, equipo, armamento, munición, ganado, mobiliario, vehículos, buques, aeronaves, instrumentos, libros y aparatos de uso profesional»⁵⁶. En él se denota que desde hace lustros ya se pretendía incluir en los términos «material o efectos» todos los recursos de los Ejércitos.

El «equipo reglamentario» es el nombre genérico para designar al conjunto de prendas o efectos propios del militar⁵⁷ o soldado⁵⁸. El *Diccionario Militar Moderno* lo define como «material no fungible

necesario para dotar a un individuo u organización»⁵⁹.

Se ha cuestionado qué se debe entender incluido dentro de ese objeto material, en particular, si dentro de la expresión «efectos» se encuentra el dinero o los recursos económicos puestos a disposición de la Administración militar para el desarrollo de la actividad que le es propia ya sea dinero en metálico, talones o cheques. Mi opinión es que sí. No tendría sentido que se protejan los elementos materiales afectos a los ejércitos cualquiera que fueran estos y que el montante económico estuviera fuera de esa protección. Idea que adquiere aún más sentido, desde mi punto de vista, en una situación económica como la actual en la que la conducta del servidor público castrense (no olvidemos que para el caso el militar, con el plus que se le exige a los que ostentan esta condición), debe ser intachable.

El Tribunal Supremo ha ido variando su postura al respecto a lo largo del tiempo. En un principio interpretó que dentro de la expresión «efectos» no se incluían la significación «meramente crediticia o financiera»⁶⁰, cambiando su posición y por tanto la jurisprudencia hasta los tiempos actuales, en los que sí incluye en el término «efectos» los caudales, fondos o rentas asignadas a las Fuerzas Armadas⁶¹.

55 Artículo 2 del Real Decreto 567/1979, de 2 de febrero.

56 BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1979, pp. 7294 y ss.

57 ALMIRANTE, J.: *Diccionario Militar*, Imprenta y litografía del Depósito de la Guerra, Madrid, 1869, p. 386.

58 Almirante pone como ejemplo de ello a la mochila, el morral o la fiambrera.

59 FONTELA BALLESTA, S.: *Diccionario Militar Moderno*, 2.ª edición, Granada, 2006, p. 141.

60 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 18 de octubre de 1997. Esta sentencia se refería a la sustracción y enajenación de ciertas cantidades de gasóleo.

61 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 22 de mayo de 2001.

La evolución es debida al carácter de única de la que goza la Hacienda Pública. A ella también pertenecen los elementos y materiales que tienen a su disposición las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de esos fines. El dinero en metálico es «uno de los efectos de mayor importancia para el cumplimiento de esos cometidos y, siendo el interés militar preponderante el fundamento básico para la tipificación de determinadas conductas delictivas en el Código Penal Militar, resultaría ciertamente incongruente que el legislador hubiera excluido de él las que afectan tan directamente a ese importantísimo medio, el económico, cuya sustracción puede incidir en esos intereses, circunscritos a la eficaz realización de sus misiones por las Fuerzas Armadas, en tanto o mayor medida que la de los bienes u objetos materiales, sean o no de guerra, a cuya directa adquisición puede estar incluso destinados. A ello, hay que añadir que con ese interés militar de carácter económico coexiste otro, también militar, no menos importante, porque junto al respeto a la integridad de los recursos económicos afectos a las Fuerzas Armadas, como medios para cumplir su misión constitucional de la

Defensa Nacional⁶², también se protege el cumplimiento por los militares de su deber de probidad en orden la administración de esos recursos puestos a su disposición»⁶³.

La consideración del interés militar en el mantenimiento de tal valor, entre otros, ha llevado a que la jurisprudencia lo entienda como «objetos dotados de valor económico entre los que se incluyen los caudales, fondos o rentas asignados a las Fuerzas Armadas»⁶⁴.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo interpreta la expresión «efectos» descrita para el tipo de la malversación del Código Penal, que integra todo capital, hacienda o patrimonio, fondo, cosa o bien de cualquier condición, fungible o no y susceptible de apreciación económica o valor, con tal de que pertenezca al erario público. En el ámbito militar «lo determinante es su adscripción a los Ejércitos o institutos armados de naturaleza militar, lo que permite, sin mengua de aquella unidad de la Hacienda, la tipificación de los hechos como delito militar»⁶⁵.

Para Almirante, en su diccionario, «material» es todo aquello que comprende en un

62 La Defensa Nacional se define como la «disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la nación, ante cualquier forma de agresión. Es parte de la Seguridad Nacional, y sus componentes básicos son la Defensa Militar y la Defensa Civil». FONTELA BALLESTA, S.: *Diccionario Militar Moderno*, cit., p. 114.

63 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 25 de septiembre de 2001.

64 Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo militar) de 30 de septiembre de 2011, de 17 de noviembre de 2011 y la de 22 de mayo de 2001.

65 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo militar) de 17 de noviembre de 2011. Esta sentencia recoge lo que ya señaló la Sentencia de 17 de diciembre de 2009 de la Sala de Conflictos de Jurisdicción (BOE núm. 79, de 1 de abril de 2010, pp. 30658 a 30663). Según esta sentencia «el dinero metálico es el efecto más genuino y de mayor importancia que tienen a su disposición las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de sus misiones constitucionales, por lo que concluye que, en definitiva, en el ámbito castrense lo determinante es su adscripción a los Ejércitos o Institutos Armados de naturaleza militar, lo que permite, sin mengua de aquella unidad de la Hacienda a aludimos, la tipificación de los hechos como delito militar».

ejército todo lo que no es el hombre, es decir, «almacenes, armamento, artillería, caballos, calzado, colegios, cuarteles, fortificaciones, funciones, hornos, hospitales, maestranzas, oficinas, parques, puentes, transportes, vestuario, víveres»⁶⁶. Según Fontela es el «conjunto de equipos, sistemas, vehículos, aeronaves y buques pertenecientes a las Fuerzas Armadas»⁶⁷. En conclusión, dentro del objeto material del delito se incluye todo aquello que forma parte de los recursos materiales o económicos del Ministerio de Defensa.

y de material de guerra. Estos elementos son imprescindibles en el ámbito castrense y, por tanto, motivo de inclusión a efectos de protección y castigo en el Código Penal Militar⁶⁹.

El armamento y el material de guerra están directamente relacionados con la Defensa Nacional. Si a ello se le une la peligrosidad de estos elementos por su naturaleza y el riesgo potencial de tráfico, está más que justificada una enérgica protección penal de ese material⁷⁰.

V. EL ARTÍCULO 82.3 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

1.1. Consideraciones previas

El apartado 3 del artículo 82 del Código Penal Militar⁶⁸ es consecuencia de una larga tradición histórica en nuestro país. Este apartado sólo se diferencia de sus predecesores en la ampliación del sujeto activo del delito y en el objeto material del mismo.

Una de las características comunes a todos los ejércitos del mundo es que a ellos se les atribuye el uso de la fuerza y el arte de hacer la guerra. Consecuencia de esas atribuciones es la utilización de armamento

1.2. El bien jurídico protegido

La razón principal para no incluirse dentro de los tipos previstos en los apartados primero y segundo del artículo 82 del Código Penal Militar se deriva de que, a pesar de que existen bienes jurídicos en todos ellos que son comunes, en los supuestos de los dos primeros apartados el bien jurídico es más económico. Sin embargo, en el apartado tercero el bien jurídico es predominantemente militar desde un punto de vista de protección, defensa, efectividad y potencia⁷¹. Además, la tipificación en preceptos o apartados distintos para diferenciar el

66 ALMIRANTE, J: *Diccionario Militar*, Imprenta y litografía del Depósito de la Guerra, Madrid, 1869, p. 747.

67 FONTELA BALLESTA, S.: *Diccionario Militar Moderno*, cit., p. 223.

68 El artículo 82. 3 del Código Penal Militar señala «si se tratare de material de guerra o armamento o armamento, cualquiera que fuese su valor y el autor, incluso cuando éste no tenga la condición de militar, se impondrá la pena incrementada en un quinto de su límite máximo».

69 Sentencia del Tribunal Militar Territorial 5.º de 28 de marzo de 2007.

70 Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1997, de 27 de abril de 2004, de 25 de octubre de 2001, 21 de octubre de 2000, de 18 de junio de 2004 y de 2 de noviembre de 2009.

71 Así lo entendía la doctrina del Consejo Supremo de Justicia Militar en las sentencias de 25 de mayo de 1983, de 7 marzo de 1984 y de 28 de mayo de 1986, y que continua la jurisprudencia de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo como demuestra su sentencia de 10 de mayo de 1989 y que aplican el resto de tribunales militares.

armamento y material de guerra del resto de elementos de las Fuerzas Armadas a efectos de protección, es una característica que se observa en el ámbito del Derecho comparado⁷² al implicar este tipo de conductas un riesgo potencialmente grave y negativo con consecuencias de difícil previsión si ese material llegara a manos indeseadas.

1.3. Sujeto activo

Lo más llamativo de este apartado tercero del artículo 82 del Código Penal Militar es que se extiende el sujeto activo del delito a cualquiera y, por ello podrá ser tanto un militar como un paisano. En el Código Penal Militar lo común es que el sujeto activo del delito sea un militar.

Son muy pocos los delitos en que el sujeto activo puede ser alguien ajeno a la carrera de las armas. Éste es uno de los casos en que se produce esta circunstancia⁷³ y, se justifica, en mi opinión, en la peligrosidad que estas conductas llevan aparejadas, así como el daño propio que realiza a la defensa y efectividad de los ejércitos⁷⁴.

1.4. La tipicidad y el objeto material

Respecto a la redacción del precepto opino que se puede suprimir la expresión «cualquiera que fuera su valor», debido a que, con la reforma que se produce en el Código Penal en el año 2015, desaparecen del texto penal general las faltas⁷⁵.

La consecuencia es que para que se cometa el delito ya no es necesario que el valor de su objeto material sea superior a los cuatrocientos euros. Esta nota indica un grave defecto de técnica por parte del legislador. El actual Código Penal Militar se aprueba el 14 de octubre de 2015, cuando la reforma de la norma común ya se había producido e incluso entrado en vigor. Además, el Código Penal Militar no entró en vigor hasta mediados de enero del 2016⁷⁶. Por ello, en este caso concreto, la deficiencia es patente y sin justificación alguna.

El objeto material del delito no es otro que el material de guerra y el armamento, que son elemento esencial por su propia naturaleza de los ejércitos y de los institutos de naturaleza militar.

72 El ejemplo más claro se encuentra en Italia que diferencia los objetos de armamento militar en su artículo 164 del Código Penal Militar para tiempos de paz, de los efectos o equipamientos militares. *Vid.* R. VENTURINI. R.: *Il Diritto Penale Militare nel sistema penale italiano*, cit., pp. 177 y ss.

73 Tradicionalmente en la normativa penal española han sido pocos los delitos militares en los que el autor del delito podía ser un paisano. En el caso de sustracciones y apoderamiento de armamento y material de guerra existe una larga tradición que continua con este precepto del Código Penal Militar actual.

74 Sentencia del Tribunal Supremo 10 de mayo de 1989 que aplican el resto de tribunales militares como por ejemplo el de Santa Cruz de Tenerife en sentencia de 21 de enero de 2013.

75 El Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo que modifica el Código Penal justifica la supresión de las faltas penales del Código Penal señalando que «se suprimen las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal, si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves. La reducción del número de faltas –delitos leves en la nueva regulación que se introduce– viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles».

76 Disposición final octava de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código penal militar.

El material de guerra es el «conjunto de armas e ingenios empleados en la acción bélica»⁷⁷. Según Blecua Fraga, debe considerarse como material de guerra cualquier «aparato, vehículo, elemento fijo o móvil susceptible de ser empleado por las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de las misiones operativas que le son propias»⁷⁸.

En mi opinión, para la determinación del material de guerra se deberá estar al caso concreto como consecuencia en algunos casos de la dificultad de determinar si un objeto puede entrar o no en esta categoría. En cualquier caso, una valiosa guía para delimitar su concepto es la normativa administrativa sobre armamento.

El armamento se define como aquel «conjunto de armas, ingenios y materiales empleados en la acción bélica que con su perfeccionamiento continuo imprime a la acción un carácter multiforme, reflejado en los procedimientos, sobre los que ejerce extraordinaria influencia»⁷⁹.

Para determinar en cada caso concreto si se da el objeto material del delito

es imprescindible acudir al Reglamento de Armas⁸⁰, en cuyo artículo 6 se establece qué se consideran armas⁸¹ de guerra y por tanto, la prohibición de su adquisición, tenencia y uso para particulares.

Se consideran armas de guerra las armas de fuego o sistemas de armas de fuego de calibre igual o superior a 20 milímetros y su munición⁸², las armas de fuego o sistemas de armas de fuego⁸³ de calibre inferior a 20 milímetros, cuyos calibres sean considerados por el Ministerio de Defensa como de guerra y su munición⁸⁴, las armas de fuego automáticas, los conjuntos, subconjuntos y piezas fundamentales de las armas y municiones indicadas anteriormente, así como, en su caso, sus sistemas entrenadores o sub calibres. Además, también se consideran armas de guerra las bombas de aviación, misiles, cohetes, torpedos, minas, granadas, así como sus subconjuntos y piezas fundamentales y, por último, las no incluidas en los apartados anteriores y que se consideren como de guerra por el Ministerio de Defensa.

77 FONTELA BALLESTA, S.: *Diccionario Militar Moderno*, cit., p. 222.

78 BLECUA FRAGA, R.: «Delitos contra la hacienda en ámbito militar», cit., p. 2051.

79 FONTELA BALLESTA, S.: *Diccionario Militar Moderno*, cit., p. 43.

80 Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, modificado el 9 de julio de 2011. El Reglamento de 1993 sustituye al de 24 de julio de 1981.

81 Arma se define como el «instrumento o máquina destinada a atacar o defender». Vid. FONTELA BALLESTA, S.: *Diccionario Militar Moderno*, cit., p. 41.

82 Munición se define en el Reglamento como «cartucho completo o sus componentes, incluidas las vainas, los cebos, la carga propulsora, las balas o los proyectiles utilizados en un arma de fuego, siempre que estos componentes estén autorizados en territorio nacional». (Artículo 2 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero).

83 El artículo 2 del Reglamento de armas define el arma de fuego como «toda arma portátil que tenga cañón y que lance, esté concebida para alcanzar o pueda transformarse fácilmente para lanzar un perdigón, bala o proyectil por la acción de un combustible propulsor».

84 Fontenla lo define como «cartucho o tiro. Conjunto formado por carga de proyección, estopín, vaina y proyectil. Dispositivo o artificio cargado con una sustancia explosiva». Vid. FONTELA BALLESTA, S.: *Diccionario Militar Moderno*, cit., p. 114.

Según se desprende de la propia normativa, la determinación de arma de guerra es muy amplia por la gran variedad de casuística que encierra. También, se ha de tener en cuenta que el mundo armamentístico es cada vez más complejo con una industria que avanza a grandes pasos, dejando poco a poco el armamento clásico de guerra, conocido como armas convencionales y extendiéndose hacia sofisticados sistemas armamentísticos, así como a la exploración de armas no letales⁸⁵.

VI. CULPABILIDAD, AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 82 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

En materia de culpabilidad, autoría y participación, no hay elementos particulares que añadir en esta sede consecuencia de estar ante tipos comunes debido al reenvío que el Código Penal Militar hace a la normativa general penal para estas conductas.

VII. CONCURSOS

En materia concursal se siguen los criterios que se establecen en el Código Penal

Militar en virtud del principio de complementariedad de la normativa penal castrense como se plasma en el artículo 1.2 del referido texto normativo⁸⁶.

Las únicas particularidades se darán en un concurso de delitos⁸⁷ con alguno de los tipos previstos en los artículos 34 y 35 del Código Penal Militar referidos a delitos contra el centinela, autoridad militar, fuerza armada o policía militar. También es posible concurso de delitos con el abandono de destino y la desertión de los artículos 55 y 56 del Código Penal Militar respectivamente, si la ausencia o sustracción se realiza con alguna de los tipos del artículo 82 del Código Penal Militar.

VIII. PENALIDAD

Respecto a la penalidad⁸⁸, los diferentes tipos delictivos del artículo 82 del Código Penal Militar son supuestos agravados de la normativa penal en sintonía con la nota de severidad⁸⁹ que revisten las normas penales militares⁹⁰. Esto se debe al plus que se exige al militar como servidor público especial⁹¹ y la seriedad que deben de tener todos los componentes que forman el

85 Conclusiones al Seminario *Efectos del empleo de armas no letales en zonas urbanas* celebrado el 25 y 26 de noviembre de 2015 en la Academia de Infantería del Ejército de Tierra en Toledo. Documento de la Dirección de Investigación, Doctrina, Orgánica y Materiales, pp. 79 y ss.

86 El artículo 1. 2 del Código Penal Militar señala que «las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente código. En todo caso será de aplicación el Título Preliminar del Código Penal».

87 Se produce si por una misma acción se realizan simultáneamente dos tipos legales de delito, es decir una pluralidad de delitos (concurso ideal) o cuando una infracción penal es medio necesario para la comisión de otra (concurso medial). En estos supuestos se aplicarían las reglas penológicas que se establecen en el artículo 77 del Código Penal.

88 POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., pp. 256 y ss.

89 JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, F.: *Introducción al Derecho Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1987, p. 205.

90 La búsqueda del mayor rigor punitivo es una constante en la normativa penal militar. Vid. DE LEON Y VILLALBA, F. J.: «Condicionantes, normativos y extra normativos, del ilícito militar», cit., p. 51.

91 *Ibidem*, pp. 50 y ss.

colectivo castrense⁹² en los supuestos de los dos primeros apartados del artículo 82 del Código Penal Militar ya que en el artículo 82.1 la pena será la del Código Penal «para tales delitos impuestas en su mitad superior» y en el artículo 82.2 «el límite mínimo de las penas previstas en el Código Penal se incrementará un quinto»⁹³.

En el caso del apartado tercero también entiendo que se justifica el incremento de pena con respecto al Código Penal, al ser consecuencia del objeto material del delito que está tan íntimamente unido a la Defensa Nacional, junto a la peligrosidad del material, por su naturaleza y potencial riesgo de tráfico que inexorablemente debe llevar aparejado una enérgica protección penal del mismo⁹⁴. En este supuesto la pena prevista para los tipos comunes se incrementará en un quinto de su límite máximo.

En cualquier caso, para la graduación de la pena se estará a las reglas de los artículos 19 y siguientes del Código Penal Militar, que remiten a los criterios generales

previsto en el Código Penal⁹⁵. Es decir, se aplica lo señalado en los artículos 61 y siguientes del Código Penal, siendo, por tanto, el nuevo Código Penal Militar fiel a la idea de complementariedad del Derecho Penal Militar⁹⁶ que se predica en el propio Preámbulo de la norma, en contraposición a los precedentes históricos en los que existía un amplio margen judicial para graduar la sanción penal que se imponía⁹⁷.

Además de las penas cualificadas que se establecen, el apartado cuarto del artículo 82 habilita al tribunal sentenciador a aplicar en su caso la pena de localización permanente⁹⁸, si la pena de la norma común es la de trabajos en beneficio de la comunidad, que sería sustituida por esta última. Ambas penas se incluyen en el Código Penal dentro de su artículo 33 como penas leves. La sanción de trabajos en beneficio de la comunidad se incluye en el apartado 4 letra i) del referido precepto, mientras que la pena de localización permanente se encuentra en la letra h). En mi opinión, la razón, de

92 La idea de prevención general sobresale muy por encima de la de prevención especial por ello, en el ámbito penal militar existe un rigor punitivo más elevado que el que se prevé en el ámbito común, consecuencia de que los valores que debe tener todo militar va más allá del previsto para la normativa penal común.

93 La única diferencia de tipicidad entre el apartado primero con respecto al segundo es que en el primer caso el militar tiene que tener los efectos, material o equipo reglamentario bajo su custodia.

94 Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1997, de 27 de abril de 2004, de 25 de octubre de 2001, 21 de octubre de 2000, de 18 de junio de 2004, de 19 de julio de 2004 y de 2 de noviembre de 2009.

95 Artículo 19. 1 del Código Penal Militar.

96 RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (2014): «El anteproyecto de Ley Orgánica (2013) del Código penal militar», en Revista Española de Derecho Militar, núm. 100, pp. 87 y ss., y «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código penal militar complementario», cit., p. 92.

97 DE QUEROL Y DURAN, F.: *Principios de Derecho Militar Español*, tomo I, cit., p. 73; CALDERON SU-SÍN, E.: «Aplicación de las penas», en Comentarios al Código penal militar, coord. BLECUA FRAGA, R., Civitas, Madrid, 1988, pp. 516 y ss.

98 El apartado 4 del artículo 82 del Código Penal Militar señala que «será de aplicación, en su caso, el artículo 21 del presente Código». Según el artículo 21 del Código Penal Militar «cuando la pena establecida en el Código Penal para los delitos militares previstos en este Código sea la de trabajos en beneficio de la comunidad, se aplicará a los militares la pena de localización permanente de dos meses y un día a tres meses».

la aplicación de la pena de localización permanente obedece al carácter de la severidad de las sanciones militares. La sanción de localización permanente sustituyó a la antigua pena de arresto de fin de semana⁹⁹. Se trata de una pena privativa de libertad más dura que la de trabajos en beneficio de la comunidad, considerada como privativa de otros derechos según el artículo 39 del Código Penal.

Además, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad no tendría sentido que se impusiera por un delito recogido en la legislación especial y dirigido principalmente a un estamento como el militar. El artículo 37 del Código Penal se refiere a la pena de localización permanente

CONCLUSIONES

1. El artículo 82 del Código penal militar se centra en el hurto, robo, apropiación indebida y daños en el ámbito militar aplicando la técnica del reenvío. Se recogen diferentes delitos especiales impropios al poder reconducirse a las normas comunes en el que se incluyen distintos tipos penales mixtos y alternativos. La consecuencia de ello es que además de proteger el patrimonio en el ámbito militar en atención a la función sistemática que se atribuye al bien jurídico debemos añadir los bienes jurídicos protegidos por la legislación común que también son patrimoniales
2. La especialidad se centra dentro del apartado uno y dos del artículo 82 en que el autor tiene que ser militar, en que estos delitos se cometan sobre equipo reglamentario, materiales o efectos militares, dentro de los que se incluyen todos los recursos materiales y económicos del Ministerio de Defensa.
3. El primer apartado del artículo 82 supone un tipo agravado del previsto en el apartado segundo ya que exige que el equipo reglamentario, materiales o efectos militares al exigir que se produzca el robo, hurto, apropiación indebida o daños sobre el equipo reglamentario, materiales o efectos estando bajo la responsabilidad o custodia del militar que comete la acción típica. Responsabilidad o custodia no exigida en el segundo apartado. Por ello, la sistemática es deficiente al comenzar el precepto por un tipo cualificado en vez de por un tipo básico en el ámbito militar que ya de por sí está formado por tipos agravados de las normas comunes.
4. El apartado tercero del artículo 82 amplía el hurto, robo, apropiación indebida y daños en el ámbito militar a cualquiera que lo haga sobre material de guerra o armamento, al requerir este objeto material del delito una mayor protección por sus características y el riesgo potencial que conllevan que estos elementos lleguen a manos indeseadas.
5. El precepto sigue la clásica nota en materia de penalidad de la severidad propia de las sanciones militares al suponer una agravación con respecto a las normas comunes, nota que

99 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 9 de diciembre de 2005.

imprime especialidad y justifica así la técnica del renvío.

6. El Código penal militar se remite a las normas comunes. La Ley disciplinaria militar tipifica como falta leve y grave las sustracciones y daños leves de cosas en lugar militar o acto de servicio, que quedan sin efecto ante la imposibilidad de aplicarse como consecuencia de ser consideradas todas ellas como delitos al suprimirse las faltas en el Código penal común y pasar estas conductas a calificarse como delitos leves en todo caso quebrándose así en estos supuestos el principio de intervención mínima penal, además del daño que puede darse a la disciplina al tener que producirse

para castigar por esos hechos un juicio ordinario en el ámbito común frente a una rápida reacción en el seno de las Fuerzas Armadas con un procedimiento ágil y eficaz de sanción por falta leve o grave impuesta por la autoridad militar con competencia disciplinaria como ocurría con anterioridad a la modificación de la norma penal general del 2015, para pasar a un proceso al que debe de aplicarse la Ley de enjuiciamiento criminal y las leyes procesales militares. Fruto de ello es la inmediata inaplicabilidad de algunas faltas disciplinarias militares con la prevista en el artículo 6 núm. 32 y el artículo 7 núm. 38 de la Ley Orgánica 8/2014.

EL AMPARO CONTRA PARTICULARES EN COSTA RICA, Y EN EL DERECHO COMPARADO

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; II. PROCESO DE AMPARO CONTRA SUJETOS DE DERECHO PRIVADO; III. EL AMPARO CONTRA PARTICULARES ES DE NATURALEZA ESPECIAL; IV. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL AMPARO CONTRA PARTICULARES EN COSTA RICA; V. ACTORES PRINCIPALES DEL AMPARO CONTRA PARTICULARES EN COSTA RICA; VI. EL RECURSO DE AMPARO CONTRA PARTICULARES EN EL DERECHO COMPARADO; VI.1. PAÍSES QUE ADMITEN LA ACCIÓN DE AMPARO CONTRA PARTICULARES EN FORMA AMPLIA; VI.2. PAÍSES QUE LA ADMITEN EN FORMA RESTRINGIDA; VII. CONCLUSIONES; Y, VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El autor nos explica el alcance que tiene en Costa Rica el “Amparo contra Particulares”. Resalta la aprobación de la Ley de Jurisdicción Constitucional en 1989, que creó una Sala Constitucional dentro de la estructura del Poder Judicial, especializada y concentrada, cuya competencia comprende el amparo, el habeas corpus y la inconstitucionalidad de la las leyes y otras normas, que con su jurisprudencia ha establecido parámetros claros para el respeto de los Derechos Humanos, valiéndose de todos los Tratados y Convenciones que Costa Rica ha suscrito en ese campo.

Se ha explorado también la materia del amparo contra particulares en el contexto Latinoamericano.

¹ Profesor de la Universidad Autónoma de Centro América, sede Pacífico Sur.

ABSTRACT

The author explains the scope of Costa Rica's "Amparo against individuals". He highlights the approval of the Law on Constitutional jurisdiction in 1989, which created a Constitutional chamber within the structure of the Judiciary, specialized and concentrated, whose competence includes Amparo, habeas corpus and the unconstitutionality of the Laws and other rules, which with its jurisprudence has established clear parameters for respect for the human rights, using all the Treaties and conventions that Costa Rica has subscribed in that field.

In addition, the subject of Amparo has been explored against individuals in the Latin American context.

I. INTRODUCCIÓN

Costa Rica, no solo se ha destacado en el concierto colectivo de las Naciones por tener una vocación pacifista y por un alto interés en promover la democracia, sino también, por ser reconocida por la protección y promoción a los Derechos Humanos, tanto en su ámbito interno como en el internacional.²

Además de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Costa Rica ha aprobado y ratificado un sin número de convenios internacionales referidos a la

protección y a la promoción de los Derechos Humanos.³

Sin embargo, a pesar de su vocación democrática de promoción y protección de los Derechos Humanos, hasta el año 1989 no existía un instrumento jurídico que garantizara al ciudadano residente en Costa Rica, una verdadera y eficaz protección de sus derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que han sido ratificados y aprobados por Costa Rica.⁴ En 1949 se incluyó la garantía del amparo en el artículo 48 de su Constitución Política, el cual posteriormente se implementó a través de la Ley de Amparo del año 1950.⁵

En el periodo comprendido entre 1949 y 1989, los amparos eran de conocimiento de la Corte Plena primero y, luego, de una de las Salas de la Corte, cuando los recurridos eran funcionarios de alto rango de la administración, como el Presidente, los Ministros, los Jueces Penales y para el resto de los funcionarios públicos.

En esa época hubo una falta de especialización de los jueces en el tema, un escaso desarrollo del Derecho constitucional, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y una visión bastante reducida del concepto de primacía constitucional. Puede afirmarse que, en esta etapa de la historia, el

2 Fernando Castillo Víquez, La Protección de los Derechos Fundamentales en la Jurisdicción Constitucional y sus Vicisitudes.

3 Entre otros: El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, La Convención sobre los Derechos del Niño, La Convención Americana sobre Derechos Humanos; El Protocolo de San Salvador; El Protocolo sobre la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Americana relativa a la Pena de Muerte, etc.

4 El Amparo en Costa Rica, Silvia Patiño Cruz, Ronald Salazar Murillo, Víctor Orozco Solano.

5 El Recurso de Amparo en Costa Rica, Silvia Patiño Cruz, Ronald Salazar Murillo, Víctor Orozco Solano.

amparo no fue un instrumento eficaz para la garantía de los derechos fundamentales, pues los jueces estimaban que solo era procedente cuando el acto administrativo era evidentemente arbitrario, pero consideraron que no era tal, cuando se fundaba en una ley o reglamento independiente de la interpretación que el funcionario diera a esa normativa. Esto hacía que la mayoría de amparos fueran desechados.

Por otro lado, existía en esa época poco desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al punto que se llegaba a considerar, tanto los derechos constitucionales como los convencionales, como meras recomendaciones de carácter programático para el Estado y, por tanto, no exigibles en forma directa por los ciudadanos; inclusive, las leyes o reglamentos que eran los que se aplicaban al administrado, modificaban la misma Constitución y los Tratados sin que la jurisprudencia sobre el amparo hiciera pronunciamiento alguno.

Lo anterior demostraba la existencia de un Estado todo poderoso y la presencia de un ciudadano poco exigente de sus derechos y garantías, así como un mecanismo de amparo ineficaz, que convertía al instituto en inexistente, especialmente, por la exigencia del agotamiento de las instancias administrativas para poder acudir a la vía de amparo y, por otro lado, la presencia de

jueces legales en labores constitucionales, acostumbrados a examinar la ley, pero no a confrontar los hechos con la Constitución; en fin, carentes de los instrumentos necesarios para valorar el contenido constitucional de los derechos de los habitantes.

En el año 1989 se aprobó la Ley de Jurisdicción Constitucional que creó una Sala Constitucional, ubicada dentro de la estructura del Poder Judicial, especializada y concentrada, cuya competencia comprende el amparo, el habeas corpus y la inconstitucionalidad de las leyes y otras normas. Compuesta por siete magistrados propietarios, todos con especialidad en Derecho Constitucional y doce magistrados suplentes, los propietarios son nombrados por la Asamblea Legislativa, por una votación mayor a los dos tercios de sus miembros, por un período de ocho años, con la posibilidad de reelección automática, si la Asamblea Legislativa no considera lo contrario. Para los suplentes el período de nombramiento es de cuatro años.⁶

Uno de los primeros elementos que se observa es la reforma del artículo 48 de la Constitución, que amplía el catálogo de derechos tutelados a través del amparo, al incluir no solo los contenidos en la Constitución, sino también los de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica.⁷

6 Artículo 10 de la Constitución Política de Costa Rica: "Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal de Elecciones y los demás que determine la ley..."

7 Artículo 48 Constitución Política de Costa Rica. "Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10."

El otro aspecto fundamental en el tratamiento de este tema, es que se eliminó la necesidad de agotar la vía administrativa como requisito previo del amparo, con lo cual se convirtió en un mecanismo directo, ágil y sencillo para procurar la tutela de los derechos, ampliando así la legitimación activa, acercándose al de una acción popular.

II. PROCESO DE AMPARO CONTRA SUJETOS DE DERECHO PRIVADO

En la Ley de Jurisdicción Constitucional, Ley N°. 7135, de 11 de octubre de 1989, se introdujo un Capítulo II que se denomina: “Del amparo contra sujetos de derecho privado, a partir del artículo 57”. Con el tiempo, en este campo se ha dado un significativo desarrollo jurisprudencial, de los que citamos algunos ejemplos:

- Derecho a la autodeterminación informativa, ordenando suprimir, modificar o actualizar datos personales inexactos que manejan empresas protectoras de crédito en sus bases de datos.
- Derecho al debido proceso ordenando a una entidad de Derecho Privado (Vg. club privado, sindicato, asociación, entre otros) observar las garantías mínimas del debido proceso y la defensa cuando se trata de la expulsión de un asociado.
- Derecho a la educación, ordenando a un centro de enseñanza privada-primaria, secundaria o universitaria- entregar al educando una certificación, una copia de un documento o de un expediente, incluso

diplomas o títulos que le permitan garantizarle la continuidad de su proceso educativo ante otra entidad privada o en la educación pública, ante la negativa de la entidad privada de hacerlo con el propósito espurio de garantizarse el pago de mensualidades atrasadas.

- Derecho de los discapacitados a que las empresas privadas ajusten sus instalaciones, infraestructura o unidades, en el caso de servicios de transporte público, a los parámetros de accesibilidad que le garantice a ese sector, especialmente en estado de vulnerabilidad, su autonomía, suprimiendo cualquier tipo de barrera arquitectónica.

De igual manera, la Sala Constitucional también ha dicho:

- Que una cooperativa, un partido político, un equipo de fútbol, una asociación, una escuela, un sindicato o una empresa no pueden expulsar a uno de sus asociados, deportistas, miembros, estudiantes o socios, sin un DEBIDO PROCESO BASICO (sin audiencia y defensa).
- La Sala Constitucional ha dicho también, que un partido político no puede realizar elecciones internas violentando la DEMOCRACIA, o discriminando a sus partidarios.
- Igualmente, la Sala ha establecido que una universidad o colegio privado no puede expulsar a un estudiante por usar el pelo largo. (Sentencia 6506- UIA y 2566-95 contra el Colegio Rosario).⁸

8 Sentencia No. 6506 y 2566- 95 de la Sala Constitucional Universidad Internacional de las América contra el Colegio El Rosario.

- Ha establecido, también, que un restaurante privado, abierto al público, no puede discriminar a sus comensales por motivos contrarios a la dignidad humana.⁹
 - La empresa privada no puede despedir a un trabajador, aun pagándole sus prestaciones legales, salvo motivo justificado, si es un dirigente sindical (Garantías Sindicales).
 - Una empresa no puede contaminar un río o talar un árbol, sin cumplir con los requisitos que exige la Ley.
2. En segundo lugar, en cuanto amparo constitucional, es un instrumento especial, no pertenece al orden procesal común, no es de plena jurisdicción, solo opera para la defensa de un grupo importante de bienes jurídicos: los derechos fundamentales, esto es, los derechos que están en la Constitución, los que se derivan de la misma o de sus principios, los que reconocen los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos (artículo 48 constitucional) y la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional.

III. EL AMPARO CONTRA PARTICULARES ES UN AMPARO DE NATURALEZA ESPECIAL

Como muy bien señala Rodolfo Piza, el amparo contra particulares es una modalidad del amparo, que goza de algunas características especiales:

1. Es un instrumento procesal y jurisdiccional y eso delimita, más de lo que parece, su ámbito de acción; por lo tanto, hay un proceso, hay exigencias de legitimación (activa y pasiva) o de coadyuvancia, hay un mecanismo de aportación, contradicción y valoración de las pruebas; las partes deben gozar de una igualdad procesal, debe haber un órgano independiente, jurisdiccional e imparcial para resolver los conflictos y los alegatos que le planteen las partes; hay, asimismo, medidas cautelares, contradictorio y el conflicto debe resolverse privilegiadamente mediante sentencia. Se le aplican los mecanismos de ejecución de sentencia, etc.
3. En tercer lugar, es, o pretende ser, un proceso sumario, sencillo e informal; en tal sentido, no está sujeto a las formalidades procesales del orden común. Sumario porque que es un proceso rápido, que no agota todas las posibilidades procesales de plantear y de resolver el conflicto en otras vías procesales. (Plenarias).
4. En cuatro lugar, es complementario, no es sustituto de otros mecanismos procesales, pues, los otros instrumentos siguen operando paralela o sucesoriamente para resolver el mismo conflicto fáctico (aunque los fundamentos jurídicos para resolverlo deban ser diferentes), solo que en un caso de manera plenaria y en otro de manera fundamentalmente cautelar, aun cuando la cautela constitucional pueda suponer también el reconocimiento de una situación jurídica en forma definitiva (cuando se acoge el amparo, pues cuando se rechaza, la resolución no prejuzga sobre las

9 Ver sentencia N. 3134- 93 Sala Constitucional.

responsabilidades “penales o civiles” en que incurran las partes, conforme al artículo 64 de la Ley en relación con los artículos 62 y 63).

IV. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL AMPARO CONTRA PARTICULARES EN COSTA RICA

Frente a sujetos privados que se encuentren en una posición de poder.

Como dice Rodolfo Piza, se trata de un mecanismo procesal “*extraordinario o excepcional*”. Extraordinario, porque no se aplica a las relaciones (interpares) de los particulares, sino solo frente a determinadas personas: los particulares que estén en una *posición de poder*. Posición de poder que la Ley define alternativamente bajo tres supuestos:

a) Que ejerzan funciones o competencias públicas. Con ello se da lugar al reconocimiento del ejercicio jurídico de poderes o funciones públicas por los particulares, sea por autorización o concesión expresa de esa condición (Vg. los concesionarios de obras o servicios públicos, los notarios públicos, los capitanes de barco en alta mar etc.). Se da también por el ejercicio de hecho de funciones públicas (caso de los llamados funcionarios de hecho, según la definición de la Ley General de Administración Pública en sus artículos 115, 116 y 118). En uno u otro caso, se trata de la asimilación a la condición de funcionarios o autoridades públicas, por disposición de Ley, de sujetos privados. Estos casos bien podrían ser cubiertos, como en otros países, por el amparo contra autoridades públicas, pero la Ley de Jurisdicción Constitucional la

reguló bajo la modalidad especial del amparo contra particulares.

- b) El segundo supuesto, **es la superioridad de derecho del particular** (pero que no llega a ostentar funciones públicas). **Esto es, cuando el ordenamiento le otorga a un particular una posición de poder jurídico de que carecen los demás particulares**, sea por acceso a instalaciones públicas que se niega a los demás (Vg. agentes aduaneros), sea por el régimen de atribuciones jurídicas superiores que ostentan, de los que careen los demás; sea porque el ordenamiento exige que determinadas actividades solo pueden realizarse por un cuerpo colegiado (Vg. sindicato, sociedad anónima laboral, cooperativa) o por un grupo limitado de empresas.
- c) El tercer supuesto, **es la superioridad fáctica o de hecho a que alude el párrafo primero del artículo 57 de Ley de Jurisdicción Constitucional**. Se trata de la modalidad más amplia y, por tanto, la que admite menos definiciones apriorísticas. La superioridad solo puede descubrirse analizando los hechos y las condiciones en que se ejerce la supuesta superioridad. Los casos más conocidos y resueltos jurisprudencialmente, son los de una federación deportiva (particularmente la de fútbol en nuestro país), los de equipos de fútbol respecto, por ejemplo, del acceso a sus estadios de una persona o periodista, los de un restaurante, un teatro o una discoteca abiertos al público, que nieguen su acceso a determinadas personas de forma irrazonable o discriminatoria, los de una empresa respecto de sus trabajadores, los de un sindicato respecto de sus agremiados, los de un partido

político mayoritario respecto de sus partidarios (los minoritarios, en cambio, parecen no ostentar esa condición de poder). Los ejemplos pueden multiplicarse, pero, lo que importa en tales casos, es demostrar la existencia de esa superioridad y no darla por sentada ni asumirla genéricamente.

V. ACTORES PRINCIPALES DEL AMPARO CONTRA PARTICULARES EN COSTA RICA

V.1. Actor

El actor será la persona que considere que un sujeto de Derecho Privado le ha quebrantado o lesionado un derecho fundamental o humano, por medio de conductas activas u omisivas. En este tipo de procesos, al igual que en el amparo contra sujetos y órganos públicos, es posible distinguir entre tutelado y recurrente, condiciones que eventualmente pueden coincidir. El artículo 58 de la Ley de Jurisdicción Constitucional (LJC), de manera idéntica a lo que establece su artículo 33, dispone que **“cualquier persona podrá interponer el recurso”** lo cual permite distinguir entre la persona tutelada y el recurrente.¹⁰

V.2. Demandado

La parte demandada será siempre un sujeto de Derecho Privado, esto es, sometido a un régimen del Derecho común u

ordinario (Ejemplo: Derecho Civil o Derecho Mercantil). El artículo 59 de la LJC señala que debe dirigirse el recurso contra **el presunto autor del agravio**.

La parte demandada puede ser tanto una persona física como jurídica (organización colectiva del Derecho Privado), por ejemplo, puede ser una fundación, asociación, sociedad anónima, etc. En caso de plantearse contra una persona física se demanda **“en su condición individual”** (artículo 59 de la LJC) y tratándose de una persona jurídica la pretensión del amparo se dirige **“contra su representante legal”** (artículo 59 de la LJC). También dicho artículo aclara que, si se plantea contra **“una empresa, grupo o colectividad organizados”**, la demanda debe enderezarse **“contra su personero aparente o el responsable individual”**.

V.3. Presupuestos

No basta con que un sujeto de derecho privado lesione un derecho fundamental o humano para que proceda el amparo, deben concurrir una serie de presupuestos fijados normativamente para que se admita:

V.3.1. Actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas

El artículo 57 de la LJC establece que cuando un sujeto de Derecho Privado actúa o debe actuar en ejercicio de funciones

10 Artículo 58 de la Ley de Jurisdicción Constitucional: “cualquier persona podrá interponer el recurso.” La Sala Constitucional, sin embargo, ha dicho que en materia de amparo no cabe la acción popular, sino que, aunque cualquier persona puede interponerlo en favor de un tercero, lo cierto es que se requiere de la existencia de una lesión o amenaza individualizada o individualizable, en particular para que haya legitimación. Ver Resolución No. 470- del 9 de mayo de 1990.

o potestades públicas, resultará admisible plantear un amparo.¹¹

V.3.2. Posición de Poder

Este concepto alude a la posición que puede ostentar un sujeto de derecho privado respecto de otro, en el sentido de que uno está en un lugar privilegiado o de superioridad y puede realizar actos ilegítimos en contra de los demás, que llevan directamente la violación de derechos fundamentales.

Como señala el Derecho colombiano, no solo se da una posición de poder, sino que la otra perspectiva es la situación de subordinación en que se encuentra el perjudicado.

Sin embargo, no toda relación de poder autoriza el amparo, sino aquella en que la superioridad de uno sobre el otro, de hecho, o de derecho, tiene una naturaleza relevante o avasalladora a tal punto que deje en indefensión total a una persona y con ello se vulnera su derecho. Por ello, la Sala Constitucional ha señalado que se trata de situaciones calificadas y excepcionales.

V.4. Insuficiencia del procedimiento común

Además de la situación de poder que hemos venido refiriendo, deben concurrir otros requisitos para que sea procedente el amparo, cual es, que los remedios jurisdiccionales sean insuficientes para garantizar el derecho o evitar que continúe la infracción.

Indica Ayala que esa insuficiencia se debe de observar desde tres vertientes: “1) *No sean idóneas para evitar el daño o la lesión causada a los derechos*; 2) *no sean suficientes (insuficiencia) para reparar el perjuicio causado a los derechos*; o 3) *No son oportunas (operatividad inmediata) para lograr el restablecimiento inmediato de las situaciones jurídicas*”.

Contrariamente a lo que sucede en otras legislaciones como la española o la mexicana, que exigen el agotamiento de las vías ordinarias para poder ir a la vía del amparo, en Costa Rica se puede plantear el amparo, aun existiendo remedios procesales comunes por los que las partes podrían discutir sus pretensiones, si el resultado del juicio resultará claramente insuficiente; es decir, que la parte no logrará satisfacer su pretensión ni aun obteniendo un fallo favorable. En un caso de despido de dirigentes sindicales la Sala Constitucional entró a hacer esa valoración señalando lo siguiente: “*En el presente caso, es claro que la entidad recurrida se encuentra en una posición de poder frente a los recurrentes y que los medios jurisdiccionales resultan insuficientes y tardíos para garantizar sus derechos, pues no existe una medida cautelar para reinstalar a un trabajador que denuncie haber sido despedido por persecución sindical, por lo cual se les causa un perjuicio directo e inmediato, que una causa abierta ante la jurisdicción ordinaria laboral no podrá resolver con celeridad. En cambio, la admisión del amparo y la consecuente suspensión del acto ordenado por el artículo 41 de la Ley de Jurisdicción Constitucional si otorga un remedio precautorio ágil*”.¹²

11 Ver artículo 57 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

12 Ver artículo 41 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

VI. EL RECURSO DE AMPARO CONTRA PARTICULARES EN EL DERECHO COMPARADO

Podemos decir que el “Recurso de Amparo” contra particulares en Latinoamérica, tiene como punto de partida la famosa sentencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina en el caso de Samuel Kot de 1958. Ello deriva también del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹³

En la actualidad la mayoría de países de Latinoamérica admiten, en alguna forma, la acción de amparo contra particulares. Así, en forma amplia lo admiten: ARGENTINA, BOLIVIA, CHILE, PARAGUAY, PERÚ, URUGUAY Y VENEZUELA, y en forma restringida: COLOMBIA, COSTA RICA, ECUADOR, GUATEMALA Y HONDURAS; por tanto, solo en BRASIL, EL SALVADOR, MÉXICO, NICARAGUA Y PANAMÁ se excluye totalmente el recurso de amparo contra particulares, resultando que este sigue siendo solo una garantía judicial frente al Estado y sus autoridades públicas.

VI.1. Países que admiten la acción de amparo contra particulares en forma amplia

ARGENTINA

La Corte Suprema de Justicia admitió el amparo contra particulares en el caso

Samuel Kot, a partir del cual la Corte Suprema de Justicia y en general los Tribunales de Argentina han venido admitiendo, en forma reiterada y uniforme, la procedencia del amparo contra actos de particulares, conforme a lo previsto en los artículos 321, numeral 2 y 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.¹⁴

BOLIVIA

En Bolivia la Constitución consagra con toda amplitud la posibilidad del ejercicio del recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocida por esta Constitución y las Leyes. Artículo 19 de la ley del Tribunal Constitucional de 1998.¹⁵

CHILE

En Chile el amparo se regula en la Constitución Política para proteger ciertos derechos y libertades constitucionales contra actos u omisiones arbitrarias o ilegales que produzcan perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los mismos (art. 20) sin hacer distingo alguno respecto del origen de las acciones.¹⁶

PARAGUAY

En Paraguay el artículo 134 de la Constitución admite la acción de amparo contra particulares, estando regulada la acción en

13 Ver caso de Samuel Kot de 1958 en la Argentina.

14 Ver caso Samuel Kot- Argentina, artículos 321 (2, y 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

15 Ver artículos 128 y 129 de la Constitución de Bolivia

16 Ver artículo 20 de la Constitución de Chile.

la Ley 1337- 1998 que contiene el Código Procesal Civil.¹⁷

PERÚ

Se admite la acción de amparo contra los actos de particulares a cuyo efecto la Constitución prevé que la acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados “por cualquier autoridad, funcionario o persona” (Art. 200). Ello lo corrobora el artículo 2 del Código Procesal Constitucional 2005.¹⁸

REPUBLICA DOMINICANA

En la República Dominicana, país donde se ha dictado la última de las leyes de Amparo en América Latina (2006), también se admite la acción de Amparo contra particulares (artículo 1, Ley 437-06).¹⁹

URUGUAY

Mediante la Ley 16.011 de Amparo de 1988, en Uruguay se admite en general la acción de Amparo contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares, que, en forma actual o inminente, a su juicio, lesione, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de los derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución (Art.1).²⁰

VENEZUELA

La Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y Garantías Constitucionales de 1988 establece que procede contra cualquier hecho, acto u omisión de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal. También procede contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas que hayan violado, violen o amenazan violar cualquiera de las garantías o derechos amparados por la Ley. (art.2).²¹

VI.2. Países que la admiten en forma restringida

COLOMBIA

El artículo 86 de la Constitución colombiana regula la acción de tutela, básicamente, como un medio de protección contra “la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Sin embargo, la parte final del artículo 86 de la Constitución remite a la Ley en cuanto al ejercicio de la acción de tutela contra particulares.²²

COSTA RICA

Admite el recurso de Amparo contra particulares, pero solo si estos se encuentran cumpliendo actos de autoridad, regulado en el artículo 48 de la Constitución y el artículo 57 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.²³

17 Ver Artículo 134 de la Constitución de Paraguay y la Ley 1337-1998, Código Procesal Civil.

18 Ver artículo 200 de la Constitución de Perú y el artículo 2 del Código Procesal Constitucional de 2005.

19 Ver artículo 1, Ley 437-06

20 Ver Ley 16.011 de 1988.

21 Ver artículo 2 Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988. (art.2).

22 Ver artículo 86 de la Constitución Colombiana

23 Ver artículo 48 de la Constitución Política y el artículo 57 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

ECUADOR

El Amparo se regula por medio del artículo 95 de la Constitución, donde la acción de Amparo además de interponerse contra actos u omisiones de una autoridad pública que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, podrá interponerse contra el acto o la omisión realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública; o cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.²⁴

GUATEMALA

También procede el Amparo contra actos de particulares, pero solo en determinados casos, conforme se regula en la ley. Así es como en el artículo 9 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad se establece que podrá también recurrirse en amparo contra entidades sostenidas con fondos del Estado, creadas por Ley o concesión; o las que actúen por delegación de los órganos del Estado, en virtud de contrato, concesión o conforme a otro régimen semejante.²⁵

HONDURAS

En Honduras la Ley sobre Justicia Constitucional de 2004 admite la acción de amparo contra particulares en el artículo 42, cuando se trate de personas sostenidas con fondos públicos y las que actúen por delegación de algún órgano del Estado en

virtud de concesión de contrato u otra resolución válida.²⁶

VII. CONCLUSIONES

- A manera de conclusión, podemos precisar que el Recurso de Amparo Costarricense, se caracteriza por ser sencillo, sin requisitos ni formalidades, lo que le permite a la población tener acceso fácil a la Sala Constitucional y reclamar, por medio del amparo, el respeto o restablecimiento de sus derechos fundamentales, cuando han sido violados no solo por el Estado, sino, también, por los particulares, cuando están desarrollando tareas encomendadas por el Estado y que haciendo uso de esa posición de poder, por medio de acciones u omisiones, violentan derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política o en los Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos.
- Por otro lado, es importante resaltar la aprobación de la Ley de Jurisdicción Constitucional y la creación de la Sala Constitucional el año de 1989, lo que permite contar no solo con un marco jurídico, sino también con un órgano especializado, con miembros preparados en la materia, lo cual viene a ser una garantía no solo para el ciudadano común sino también de los grupos organizados que obtendrán una respuesta a sus inquietudes cuando sean violentados sus derechos fundamentales.

24 Ver artículo 95 de la Constitución Política.

25 Ver artículo 9 Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

26 Ver artículo 42 Ley sobre Justicia Constitucional 2004.

- Considero muy importante el hecho de que existe una serie de instrumentos internacionales relacionados con los Derechos Humanos, para los cuales la Sala Constitucional viene a ser una garantía de cumplimiento de cada uno de los postulados que contienen dichos instrumentos y que revisten de mucha importancia para los ciudadanos de un país de paz y democracia como lo es Costa Rica.
- No es para menos, que países considerados democráticos, y de paz, no cuentan con los instrumentos apropiados para garantizar a todos los ciudadanos, sean estos nacionales o extranjeros, el restablecimiento de sus derechos cuando han sido violados por acción u omisión de un órgano del Estado, un funcionario del Estado o un particular ejerciendo tareas encomendadas por el Estado.
- El Estado debe ser el garante de los derechos humanos, ya que es el que con sus acciones muchas veces los viola, de ahí que debe ser el obligado para crear los instrumentos y mecanismos eficaces, que permitan al ciudadano accionar para que se le devuelvan sus derechos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALLAN R. Brewer – Carias y José de Jesús NAVEJA MACÍAS. “La situación general de la acción de amparo contra particulares en el derecho latinoamericano”. *Revista Trilogía*, No. 4.

C.R. *Ley de la Jurisdicción Constitucional* III ed. San José de C. R.: IJSA, 1991.

CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. *La protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional y sus vicisitudes*. Primera edición – San José, C.R.: Juritexto, 2008.

HERNÁNDEZ VALLE, R. *Derecho Procesal Constitucional y Control de Convencionalidad*. 1ª ed. San José de Costa Rica.: IJSA, abril del 2017.

JINESTA LOBO, Ernesto. *Derecho Procesal Constitucional*. 1 edición – San José, C.R.: Edit. Guayacán, 2014.

SALAZAR MURILLO. Ronald, Silvia PATIÑO CRUZ, Víctor Eduardo OROZCO SOLANO. *El Recurso de Amparo en Costa Rica*. 1 edición San José, C.R.: R Salazar M. 2008.

PANORÁMICA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR ESPAÑOLA

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN; II.- EL MARCO CONSTITUCIONAL; III.- LA COMPETENCIA; IV.- LA ESTRUCTURA; V.- LAS PARTES; VI.- EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO; VII.- LA GUARDIA CIVIL; Y, VIII.- TEXTOS DE LA JUSTICIA MILITAR CONSULATADOS.

RESUMEN

El autor explica sobre los elementos esenciales que conforman actualmente la Jurisdicción Militar Española. Nos dice que la “Constitución no fija el exacto modelo que la Jurisdicción Militar ha de seguir. Serán las Leyes Orgánicas elaboradas en desarrollo del artículo 117.5 de la Constitución, las que nos van a decir el modelo que el Poder Legislativo, y no ya el Constituyente, ha considerado pertinente fijar”. Otros de los temas que trata están referidos a la competencia y la estructura de la jurisdicción militar española. Explica cómo están conformados los Tribunales Penales Militares, entre otras cosas.

ABSTRACT

The author explains the essential elements that currently shape the Spanish military jurisdiction. He tells us that the “Constitution does not set the exact model that the military jurisdiction must follow. It will be the organic laws developed in the development of article 117.5 of the Constitution, which will tell us the model that the legislative power, and not the Constituent,

¹ General Auditor, Vocal Togado del Tribunal Militar Central de Madrid-España.

has considered appropriate to fix". Other topics are related to the competition and the structure of the Spanish military jurisdiction. It explains how military criminal courts are formed, among other things.

I. INTRODUCCIÓN

En este breve trabajo vamos a intentar compendiar la actual situación de la Jurisdicción Militar en España. Desde su específica previsión en la Constitución, al desarrollo normativo; se ha fijado un modelo el cual, si bien comparte elementos con otros de ámbito europeo y americano, presenta aspectos originales.

La Jurisdicción Militar, como los dos elementos que constituyen el término, la Jurisdicción, el Poder Judicial y las Fuerzas Armadas, se ha ido adaptando históricamente a las realidades sociales de cada tiempo. Ello es predicable no ya de los grandes momentos históricos, sino de las variaciones que muy recientemente la situación internacional y la evolución política nacional han ido afectado tanto al Poder Judicial del Estado, como a las funciones de los Ejércitos.

Si bien podemos hablar de un modelo de Jurisdicción Militar que tiene su origen inmediato en el artículo 117.5 de la Constitución de 1978, y su plasmación normativa en Leyes Orgánicas que fueron puestas en vigor a finales de los años 80 del siglo pasado; desde entonces hasta ahora, muchas han sido las modificaciones que sobre los textos legales han ido produciéndose. Ello ha sido consecuencia de la interpretación jurisprudencial, especialmente por parte del Tribunal Constitucional español; pero también de los Tratados internacionales o debido a las nuevas funciones que las

Fuerzas Armadas están asumiendo. Todo ello produce naturalmente modificaciones en la respuesta jurídica a nuevos y diferentes escenarios. No estamos ante una foto fija, sino ante una realidad en movimiento. No obstante, ello, trataremos de explicar los elementos esenciales que conforman a la fecha la Jurisdicción Militar Española.

II. EL MARCO CONSTITUCIONAL

La Constitución Española fue aprobada en referéndum y entró en vigor en diciembre de 1978. La misma está, pues, determinada por el momento histórico en que fue elaborada. Con la idea de armonizar concepciones sociopolíticas diferentes, se expresan unos principios generales que se consideran la regla común y al tiempo se perfilan excepciones, que a su vez se constituyen también en elementos esenciales del entramado constitucional. En un ejemplo claro, la Constitución Española establece tanto una monarquía como la absoluta igualdad de todos los ciudadanos. Ambos principios son esencialmente constitucionales. Esta misma filosofía puede observarse en el artículo 2, el 30, el 37.2, o el 38 y un largo etc.

En esta línea, en un mismo artículo, el 117.5, se afirma, "El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución. Por su parte, el artículo 117.6 impone "se prohíben los Tribunales de excepción".

Demos la interpretación que consideremos pertinente a la relación entre un principio general y su singularidad de lo

que no cabe ninguna duda es que la Jurisdicción Militar no puede ser excepcional. Ha de ser una jurisdicción ordinaria en sus competencias. De otro modo se incumpliría palmariamente el artículo 117.6 de la Constitución.

Muchos autores han dedicado estudios tanto al concepto de unidad jurisdiccional, como a la relación que el mismo pueda tener con el reconocimiento de la existencia de una Jurisdicción Militar “de acuerdo con los principios de la Constitución”.²

Se podría haber dado cumplimiento al mandato constitucional integrando en los órganos ordinarios la función de ejercer la Justicia Militar. Se podría haber buscado un sistema mixto en el que la jurisdicción hubiese sido compartida por militares, miembros o no del Cuerpo Jurídico, y magistrados ordinarios. También respondería a la previsión constitucional un modelo de jueces mixto entre miembros de las Fuerzas Armadas jurídicos y no jurídicos.

En definitiva, la Constitución no fija el exacto modelo que la Jurisdicción Militar ha de seguir. Serán las Leyes Orgánicas elaboradas en desarrollo del artículo 117.5 de la Constitución, las que nos van a decir el modelo que el Poder Legislativo, y no ya el Constituyente, ha considerado pertinente fijar.

Pero la libertad del legislador no es absoluta. De la lectura del artículo 117.5 de la Constitución y de los referenciados por el mismo, deducimos que la Justicia Militar se integra en el Poder Judicial del Estado y no en el Ejecutivo. El tan citado artículo 117, forma parte del Título VI de la Constitución, intitulado “Del Poder Judicial”.

Junto a ello no puede atribuirse a la Jurisdicción Militar otro ámbito que el “estrictamente castrense”³ y, en su caso lo que pueda determinarse en los supuestos de estado de sitio.

Además, la Jurisdicción Militar debe responder a todas las previsiones constitucionales relativas a la Administración de Justicia. Así, entre otras la igualdad sin discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o circunstancia personal o social, (artículo 14); el hecho de que nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencia o la libertad de cultos (artículo 16); la libertad y la seguridad así como las condiciones de detención o el Habeas Corpus (artículo 17); la inviolabilidad de domicilio, la tutela judicial efectiva, la asistencia letrada, la legalidad y, de forma muy destacada la presunción de inocencia (artículos 24 y 25).

Cuando a finales de los años 80 del siglo pasado entran en vigor las nuevas leyes

2 El Consejo General del Poder Judicial, como consecuencia de unas jornadas sobre Justicia Militar publicó en 1992 un texto “la Jurisdicción Militar” ISBN: 84-88031-15-7. En el mismo diferentes autores analizan la situación de la Jurisdicción Militar y su posible evolución cuando empezaba a desarrollarse el modelo aún vigente de Jurisdicción Militar española.

3 El Tribunal Constitucional en la Sentencia 60/1991 de 14 de marzo, estableció que el concepto de “ámbito estrictamente castrense” corresponde delimitarlo al poder legislativo, a través de la fijación de la competencia ordinaria de la Jurisdicción Militar. De tal manera que solo ante un evidente traspaso de tales límites cabría una corrección constitucional. La cuestión había sido planteada por un Juez Togado Militar Territorial que consideraba que no debía ser de su competencia un determinado delito contenido en el entonces en el Código Penal Militar.

organizativas y procedimentales de la Jurisdicción Militar; todo esto se tuvo en cuenta.

Se fija un modelo de Jurisdicción Militar en la que los órganos propios de la misma son permanentes y apoyados tanto en lo personal –los operadores jurídicos y sus auxiliares– como en lo material –medios e instalaciones– por el Ministerio de Defensa. Ello, con la excepción de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de lo Militar; que es un órgano más de la estructura propia del Poder Judicial.

III. LA COMPETENCIA

La competencia de la Jurisdicción Militar española la podemos clasificar en tres ámbitos jurídicos. Dos principales y uno subsidiario o puntual. Los dos principales son el orden penal y el contencioso-disciplinario. El resto de las competencias las analizaremos sumariamente.

a) Competencia Penal

La competencia en materia penal de la Jurisdicción Militar española es de tipo material. Es competencia de los Tribunales Militares el conocimiento de los delitos contenidos en el Código Penal Militar. Se excluyen los otros dos criterios competenciales que tradicionalmente, y en derecho comparado han sido o son aplicados. Esto es, el criterio personal –competencia por razón de la condición militar– o territorial –competencia determinada por que los hechos ocurren en un lugar adscrito a una función castrense–.

En principio, y como regla general, la Jurisdicción Militar solo conoce de los delitos contenidos en el Código Penal Militar. A su vez, el Código Penal Militar hoy vigente 2015, distingue entre dos situaciones

posibles; la de normalidad y la de “conflicto armado”.

El “conflicto armado” es introducido en la legislación española precisamente por el Código aprobado por Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre. No se define el concepto, pero se pretende sustituya a la locución tradicional, de base constitucional, “tiempo de guerra”; además se quiere que ello lo sea a efecto de cualquier norma castrense. Así, la Disposición final primera respecto a la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y la Disposición final segunda respecto a la Ley Procesal Militar, manifiestan “las referencias que esta Ley Orgánica realice a la locución “tiempo de guerra”, se entenderán hechas a la expresión “en situación de conflicto armado”.

En realidad, la introducción de este concepto jurídico indeterminado –o determinable a través de una interpretación de tratados internacionales–, viene a introducir una situación que en lugar de sustituir al “tiempo de guerra”, va a añadirse al mismo; ya que no cabe una completa identificación entre ambas situaciones.

Independientemente de si la Carta de las Naciones Unidas ha prohibido absolutamente la guerra o la mantiene para casos concretos, la Constitución Española mantiene vigente el concepto y establece unas consecuencias concretas que diferencian el “tiempo de guerra” del normal y de los llamados “estados excepcionales” (alarma, excepción y sitio).

El artículo 63.3 de la Constitución manifiesta “al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz”. El artículo 15, “queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes militares para

tiempos de guerra”⁴. También afecta a la competencia de la Jurisdicción Militar el artículo 55 de la Constitución y todos aquellos que hacen referencia al “estado de sitio”. Como veíamos el artículo 117.5 de la Carta Magna, permite ampliar la competencia de la Jurisdicción Militar en los casos en que España se encontrare en tal situación.

En definitiva, podemos decir que en principio es competencia penal de la Jurisdicción Militar todo delito que aparece en el Código Penal Militar. Que alguno de ellos son solo competencia de la Jurisdicción Militar en caso de “conflicto armado”; si bien este concepto no aparece definido en la normativa interna española. Igualmente, que, sin previsión desarrollada, pero como una posibilidad de origen constitucional, tal competencia puede quedar ampliada en “tiempo de guerra” formalmente declarado. Igualmente se prevé una posible competencia extendida en los casos de “estado de sitio”.

Si analizamos los delitos contenidos en el CPM 2015, vemos que la competencia militar lo es por los delitos de traición militar; espionaje militar; atentado contra centinela, autoridad militar, fuerza armada o policía militar; ultrajes procedentes de un militar a España o la estructura castrense; sedición militar; insulto a superior; desobediencia; abuso de autoridad; delitos contra los derechos fundamentales y las libertades públicas de un militar contra otro militar; cobardía; deslealtad; delito contra

los deberes de presencia y prestación del servicio; contra los deberes de mando; omisión del deber de socorro; delitos contra la eficacia del servicio; contra los deberes del servicio; y contra el patrimonio en el ámbito militar.

Si bien en la mayoría de los casos el sujeto activo de los delitos descritos en el CPM 2015, es un militar; existen excepciones. Esto es, en algunos tipos el delito puede ser cometido tanto por militares como por paisanos.

Estamos ante una importante particularidad de la Jurisdicción Militar Española. Es posible el juicio de personas ajenas a las Fuerzas Armadas, por causa de delito, por los Tribunales Militares. Un paisano puede cometer delito militar de “allanamiento de lugar militar” (artículo 29 CPM); “desobediencia, resistencia a órdenes de centinela, así como maltrato de obra a los mismos” (artículo 34); “la provocación conspiración y proposición para la ejecución de los delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio” (artículo 60); así como “receptación” (artículo 85).

Además de los casos dichos, un paisano podrá ser juzgado por la Jurisdicción Militar cuando se produzca conexión delictiva entre delitos militares y comunes, fallada a favor de la Jurisdicción Militar. En los casos de conexidad delictiva esto es, –en un hecho complejo coinciden delitos militares con delitos civiles, así como militares y paisanos–, la jurisdicción que se considere

4 España ha ratificado, por Ley Orgánica de 27 de noviembre de 1995, el Protocolo 13 al Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y la Protección de Libertades Fundamentales que establece la abolición de la Pena de muerte en cualquier circunstancia. No obstante ello, mientras no se modifique el artículo 15.3 de la Constitución puede denunciarse el Tratado al tiempo de declarar la guerra, si se considera que ello es posible.

competente para conocer el complejo delictivo aplicará indistintamente el Código Penal Militar o el Código Penal Ordinario según corresponda a cada caso. Esta es una de las características derivadas del concepto de “unidad jurisdiccional”. Tanto la Jurisdicción Ordinaria puede aplicar el Código Penal Militar, como la Jurisdicción Militar el Código Penal Ordinario; en los casos en que, por criterios competenciales, corresponda a cualquiera de ellas conocer acciones que están previstas, en principio, para la otra. Como decíamos, básicamente estas cuestiones se producen en los casos de conexidad. En España no se dividen las responsabilidades entre jurisdicciones, se trata de que una sola sea competente para juzgar hechos conectados, con el fin de evitar contradicciones entre las resultas de Sentencias que en definitiva analizan los mismos hechos⁵.

Una competencia importante, generalmente vinculada al ámbito de lo penal, –aunque también puede tener relación con lo disciplinario, en tanto en cuanto afecte a la libertad–, es la competencia para resolver los “Habeas Corpus”. De acuerdo con el párrafo tercero del artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, en el ámbito de la Jurisdicción Militar será competente para conocer la solicitud de “Habeas Corpus” el Juez Togado Militar de Instrucción constituido en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que se afectó

la detención”. En la estructura actual de la Jurisdicción Militar es el Juez Togado Militar Territorial competente en el lugar, el llamado a resolver tal solicitud (artículo 61.3 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar). Los Juzgados Togados Militares Centrales quedan excluidos de esta competencia.

b) Competencia contencioso-disciplinaria

Una característica de la Jurisdicción Militar española es el control de legalidad por parte de los Tribunales Militares en relación con los aspectos esenciales del ejercicio de la acción disciplinaria castrense.

El control, en general, de la actividad administrativa por parte del Poder Judicial del Estado, es un imperativo constitucional contenido en el artículo 106.1 de la Constitución “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican”.

La actuación disciplinaria, como actuación administrativa que es, presenta unas características que la diferencian de la actuación jurisdiccional. No obstante, ello, las competencias punitivas de la Administración, en el campo de lo militar, pueden tener consecuencias muy afectantes a derechos fundamentales; incluyen la posibilidad de excluir de la carrera castrense o privar de

5 El artículo 3 de la Ley Procesal Militar establece “no se procederá penalmente contra persona alguna por hechos por los que ya hubiera sido juzgada en un proceso penal anterior, en el que haya recaído Sentencia firme o Auto, también firme de sobreseimiento definitivo o libre”. Esto es, en el sistema jurisdiccional español lo que determina la competencia y la “causa juzgada” es el hecho y no el delito. Una vez que un hecho ha sido juzgado, no puede volverse sobre el mismo, aduciendo que el delito o el bien jurídico protegido es distinto del que fue objeto de resolución definitiva.

libertad (artículo 25.3 de la Constitución “a contrario sensu”) ⁶(5).

Las materias que afectan a la actuación disciplinaria de los mandos militares, son revisables por la Jurisdicción Militar.

Solo la persona que ha sido sancionada puede solicitar un estudio de su caso a los Órganos de la Jurisdicción Militar. Quedan excluidos de esta posibilidad, pues, los mandos que han intentado ejercer acción disciplinaria y, por ejemplo, su decisión fue desautorizada por un mando superior, en atención a un recurso de tipo administrativo disciplinario. Igualmente, está excluido de la previsión legislativa la persona que se vio sometida a un expediente disciplinario y a la que no se le impuso correctivo ⁷(6).

No se considera que el sancionador, a los efectos del recurso jurisdiccional, sea el mando o la Autoridad que en definitiva impone la sanción o desestima el recurso administrativo contra la misma. El procedimiento se establece entre dos partes, el sancionado-recurrente y la Administración Pública en general, ni siquiera la militar. Quien actúa en el juicio, en defensa del correctivo, es el Abogado del Estado.

En aquellos casos en los que únicamente se aduzca vulneración de derechos fundamentales, actúa también el Ministerio Fiscal Jurídico Militar como parte.

El Tribunal podrá mantener la sanción, disminuirla o anularla; igualmente en estos dos últimos casos declarar en favor del recurrente daños y perjuicios. El debate procesal, en principio, lo será en los términos y solicitudes que al Tribunal le ofrezcan las partes.

c) Otras Competencias

La Ley Procesal Militar contiene referencias a un procedimiento sumarísimo prevenido exclusivamente para tiempos de guerra (como ya hemos visto, hoy debíamos de entender “en situación de conflicto armado”); un antejuicio, cuando se solicita responsabilidad penal de los miembros de Órganos de la Jurisdicción Militar por delito cometido en el ejercicio de las funciones de su cargo; y que es un estudio previo de admisibilidad y no un procedimiento completo⁸; y unas medidas de tipo civil relacionadas con las testamentarias y respecto a miembros de las Fuerzas Armadas que fallecieron en campaña o navegación.

6 Este artículo de la Constitución venía a abolir la sustitución de multas por privaciones de libertad impuestas por Autoridades civiles, durante el periodo preconstitucional. Tradicionalmente se ha interpretado que permite la imposición de privaciones de libertad por parte de las Autoridades y mandos militares a militares.

7 Sería el caso de que una persona a la que no se le impone correctivo por prescripción de la falta o por errores en la tramitación del procedimiento, quisiera que se declarara que su actuar fue en todo momento acorde a Norma. En determinados casos, sí cabe fuera estudiada tal petición; especialmente si se plantea en un recurso de casación.

8 El llamado “*antejuicio*” fue derogado para la Jurisdicción Ordinaria por la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo del Tribunal del Jurado. Citaba únicamente a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y no a la Ley Procesal Militar, por lo que la Institución se considera vigente en este ámbito. Hay sectores doctrinales que consideran, sin embargo, que es una derogación general e incluiría también a la Jurisdicción Militar.

Esta última, se trata de una normativa destinada a solucionar problemas inmediatos de formación de inventario de depósito de bienes para la entrega a los herederos. En casos muy extremos de aislamiento, epidemias o análogos, incluye las diligencias de enterramiento y exequias del difunto.

Un especial procedimiento, contenido en la Ley Procesal Militar, es producto de una deficiente técnica legislativa; y en realidad está completamente vacío de contenido, se trata “del procedimiento para las faltas penales” (artículos 415 a 431 de la Constitución Española).

Dicho procedimiento respondía a una previsión del artículo 12 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, que atribuía a la Jurisdicción Castrense, en el anteproyecto, la competencia para conocer las faltas comunes que pudieran cometer los Militares de Tropa no profesionales. Durante la tramitación del Proyecto de Ley, desapareció esta competencia; pero se mantuvo el procedimiento en la Ley Procesal Militar. Hoy en día, todavía carecería más de sentido este especial procedimiento, ya que ni existen militares no profesionales ni el Código Penal Ordinario contempla ya faltas. Estas se han convertido en delitos menores o en infracciones gubernativas.

IV. LA ESTRUCTURA

Los Órganos de la Jurisdicción Militar Española, responde al mismo modelo que la Jurisdicción Ordinaria. Sigue el denominado modelo continental o francés; donde la instrucción de los procedimientos, la investigación, está atribuida a jueces y no a fiscales; quienes son una de las partes del procedimiento.

Así, son Órganos de la Jurisdicción Militar, puramente jurisdiccionales, la Sala Quinta del Tribunal Supremo, la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, los Tribunales Militares Territoriales y los Jueces Togados Militares de Instrucción, Centrales y Territoriales.

Son Órganos de Gobierno de la Jurisdicción Militar el Consejo General del Poder Judicial, la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central y los Presidentes de los Tribunales Militares Territoriales.

A) Órganos de Justicia

1. La Sala Quinta del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo español se compone de cinco Salas. Por orden numeral, de lo Civil, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social y de lo Militar.

Los ocho componentes de esta última Sala, son todos ellos Magistrados del Tribunal Supremo. Cuatro proceden del ámbito de lo judicial y los otros cuatro del Cuerpo Jurídico Militar. Los aspirantes del Cuerpo Jurídico Militar han de ser Generales en activo cuando se les atribuye la condición. En ese momento pasan a retiro en las Fuerzas Armadas.

Todos ellos nombrados a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, entre candidatos que se presenten personalmente; de acuerdo con las condiciones para ser Magistrado del Supremo o General Auditor en situación de actividad.

La Sala de lo Militar es competente para conocer los recursos de revisión y casación en materia castrense. Esto es, de las Sentencias y Autos de sobreseimiento definitivo que en materia penal puedan dictar los Tribunales Militares y de las Sentencias

que los mismos emitan en materia Contencioso-Disiplinario.

La Sala Quinta del Tribunal Supremo conoce también en única instancia y de acuerdo con los principios procedimentales comunes a cualquier Sala del Alto Tribunal, por delitos competencia de la Jurisdicción Militar atribuido a Capitanes Generales, Generales de Ejército, Tenientes Generales y Almirantes, miembros del Tribunal Militar Central, Fiscal Togado, Fiscales de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y Fiscal del Tribunal Militar Central.

En el ámbito de lo Contencioso-Disiplinario, son su competencia directa los recursos Jurisdiccionales contra sanciones impuestas o reformadas por el Ministro de Defensa o impuestas, confirmadas, o reformadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central.

2. El Tribunal Militar Central

Único para toda España y con sede en Madrid

Su composición permanente es de cinco Vocales. El Presidente, General Consejero Togado. Los demás, Generales Auditores. Dos de éstos últimos pueden estar en situación de reserva; que no retirados. Los demás en actividad.

Para las Vistas Públicas y, en tales casos Sentencia, se designa junto al Auditor Presidente y uno de los Vocales Togados, un General de Brigada o Contralmirante de las Fuerzas Armadas; con las mismas funciones judiciales que los Togados, únicamente para la Vista y Fallo. Para los demás asuntos de su competencia la Sala de Justicia se compondrá de tres Vocales Togados.

La competencia del Tribunal Militar Central se extiende para los Militares de

empleo igual o superior a Comandante o Capitán de Corbeta y Autoridades o Funcionarios civiles de todo orden con fuero personal distinto de ante el Tribunal Supremo. Igualmente conocerá de los delitos que pudiera cometer en el ejercicio de sus funciones, sea cual fuere el empleo los Auditores Presidentes y Vocales Togados de los Tribunales Territoriales, Jueces Togados Territoriales, Fiscales y Secretarios Relatores.

En materia Contencioso-Disiplinaria serán de su competencia los recursos jurisdiccionales que procedan contra sanciones impuestas o reformadas por el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, los Jefes de Estado Mayor de cada Ejército, el Subsecretario de Defensa, el Director General de la Guardia Civil y los Oficiales Generales.

El nombramiento del Auditor Presidente y de los Vocales Togados del Tribunal Militar Central, lo será por Real Decreto, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. La presentación a Real Decreto se hará por los Ministros de Justicia y Defensa, que refrendarán el nombramiento firmado por el Rey.

El Vocal Militar, no Jurídico, que asista a las Vistas y Fallo, será nombrado para cada procedimiento en que deba intervenir, y por un método en que la suerte determinará cuál es el elegido; entre la lista de todos los miembros elegibles de cada uno de los Ejércitos.

3. Tribunales Militares Territoriales

El territorio español se divide en diferentes territorios a efectos de la estructura de la Jurisdicción Militar. La Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar no establece ni el número, ni las demarcaciones. A día de la fecha,

es materia regulada por la Ley 44/1998, de 15 de diciembre, de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar. De acuerdo con el artículo 2 de la misma se establece en el territorio nacional español cinco divisiones. El Tribunal Militar Territorial Primero, tiene su sede en Madrid y competencia sobre las Comunidades centrales de la Península. El Segundo, con Sede en Sevilla, es competente en Andalucía y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. El Tribunal Militar Tercero, con capital en Barcelona, comprende el nordeste de la Península y las Islas Baleares. Con sede en La Coruña, el Tribunal Militar Territorial Cuarto, tiene competencia sobre las Comunidades del noroeste. Por último, con sede en Santa Cruz de Tenerife, el Tribunal Militar Territorial Quinto tiene competencia sobre la Comunidad de las Islas Canarias.

Cada Tribunal Militar Territorial conoce de los procedimientos por delito, competencia de la Jurisdicción Militar y en los recursos jurisdiccionales en materia contencioso-disciplinaria que no sean competencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo o del Tribunal Militar Central. Lo componen permanentemente un Auditor Presidente, Coronel Auditor y cuatro Vocales Togados, dos con empleo de Teniente Coronel Auditor y los otros dos Comandantes Auditores. Todos ellos en situación de actividad. Su nombramiento es igual al de los miembros del Tribunal Militar Central.

4. Juzgados Togados Militares

Con sede en Madrid en estos momentos son dos. Tienen como función la instrucción de los procedimientos penales militares cuyo conocimiento corresponda

al Tribunal Militar Central; así como las diligencias que pudieran realizar mediante exhortos, solicitadas por diferentes órganos jurisdiccionales, comunes o militares.

Los Juzgados Togados Militares Territoriales, estarán vinculados a cada uno de los cinco Tribunales. Tienen como funciones la instrucción de los procedimientos penales por hechos que ocurran en la demarcación de su competencia y cuyo conocimiento corresponda al respectivo Tribunal Militar Territorial, igualmente, las solicitudes de “Habeas Corpus” respecto a detenciones relacionadas con la Justicia Militar que se produzcan en su demarcación y los exhortos encomendados por otros órganos jurisdiccionales comunes o militares.

La Ley otorga a los Juzgados Togados Militares Territoriales también la vigilancia judicial penitenciaria en relación con los Establecimientos Penitenciarios Militares y sus internos. En la actualidad solo existe un Establecimiento Penitenciario Militar, ubicado en el término municipal de Alcalá de Henares, por lo que solo un Juzgado Togado Territorial con sede Madrid tiene esta función.

El nombramiento de Juez Togado Militar se realizará mediante Orden procedente del Consejo General del Poder Judicial.

En todos los órganos Judiciales Militares existirán Secretarios. En la Sala Quinta del Tribunal Supremo, será un miembro del Cuerpo de Secretarios del Alto Tribunal. En el resto de los Órganos Militares será un Oficial del Cuerpo Jurídico Militar que tiene la denominación de Secretario Relator. El nombramiento de éstos últimos se realizará por Orden Ministerial. Los Secretarios de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo

serán nombrados según las normas propias del Cuerpo de Secretarios Judiciales⁹.

B) Los Órganos de Gobierno

1. El Consejo General del Poder Judicial

Como parte del Poder judicial, la Jurisdicción Militar en las cuestiones de gobierno y administrativas, está vinculada, como el resto de los órganos jurisdiccionales del Estado, al Consejo General del Poder Judicial.

Éste tiene capacidades disciplinarias sobre los miembros de la Jurisdicción Militar, así como interviene decisivamente en el nombramiento tanto de los Magistrados de la Sala Quinta, como de los Auditores Presidentes y Vocales de Tribunales Militares, al igual que de los Jueces Togados. El Consejo es quien recibe las propuestas, esto es, los peticionarios de las vacantes y las atribuye. En unos casos, los Jueces Togados, tal atribución se materializa en una orden firmada por el Presidente del Consejo General del Poder Judicial. En los demás casos, la forma jurídica de atribución del destino será un Real Decreto, firmado por el Rey y refrendado, en el caso de la Sala Quinta del Tribunal Supremo por el Ministro de Justicia. En el caso del resto de los miembros de la Jurisdicción, esto es, Auditores Presidentes y Vocales Togados de los Tribunales Militares, Central y Territoriales, habrá un doble refrendo a la firma del Rey, los Ministros de Justicia y Defensa.

2. La Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central

Compuesta por el Auditor Presidente del Tribunal Militar Central y los Vocales en activo de tal Órgano. Se constituye en el elemento último de la toma de resolución disciplinaria castrense referida a los miembros de la Jurisdicción; tiene atribuida también la facultad disciplinaria puramente judicial que no resida directamente al Consejo General del Poder Judicial. Realiza la inspección de los Tribunales y Juzgados.

Propone la publicación en el Boletín Oficial del Estado de las vacantes que se produzcan en la Jurisdicción Militar e informa la mayoría de los destinos judiciales y todos los de Secretario Relator.

3. El Auditor Presidente de los Tribunales Militares Territoriales

Los Tribunales Militares Territoriales carecen de Sala de Gobierno. Por ello las cuestiones administrativas internas, no judiciales, tanto de cada uno de los Tribunales Militares Territoriales como de los Juzgados Togados Militares Territoriales que de ellos dependan, corresponden a su Auditor Presidente.

En definitiva, en la estructura de la Justicia Militar puede observarse que la cúspide de la misma es distinta, según estemos hablando de materia jurisdiccional pura, o de materia gubernativa y disciplinaria.

9 En la Jurisdicción Ordinaria, en la actualidad, los Secretarios Judiciales se denominan Letrados de la Administración de Justicia. La Jurisdicción Militar mantiene la anterior denominación.

En materia judicial es la Sala Quinta del Tribunal Supremo la que establece doctrina, al resolver los recursos de casación. En estas cuestiones no existe subordinación alguna de los Tribunales Militares Territoriales y al Tribunal Militar Central. Las relaciones entre ellos son horizontales.

Sin embargo, en la materia gubernativa y administrativa, la cúspide de la Jurisdicción Militar es el Consejo General del Poder Judicial; aunque no puede obviarse el destacado papel que la legislación atribuye a la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central en esta materia. Si bien cualquiera de sus decisiones es recurrible ante el Consejo, en primera instancia toma la mayoría de las decisiones que afectan al funcionamiento administrativo de los órganos de la Jurisdicción castrense. Es también el último órgano resolutorio en materia estrictamente disciplinaria militar respecto a los miembros de la jurisdicción e informa cualquier vacante en Tribunales o Juzgados militares, otras que su propio Presidente o las de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

V. LAS PARTES

1. La Fiscalía Jurídico Militar

Depende del Fiscal General del Estado y forma parte del Ministerio Fiscal. Esto es, aun servida por miembros del Cuerpo Jurídico Militar con una única excepción, está integrada en la estructura general del Ministerio Público español.

Cada uno de los Tribunales Militares cuenta con una Fiscalía Jurídico Militar. Entre ellas existe una relación jerárquica, cuyo colofón es la Fiscalía Togada; esto es la Fiscalía de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

La función de los fiscales es promover la función de la Justicia, defender la legalidad y los derechos e intereses tutelados por la Ley y velar por la independencia de los órganos judiciales militares.

El único miembro de la Fiscalía Jurídico Militar que no es un militar es uno de los dos Tenientes Fiscales que asisten al Fiscal Togado, máxima autoridad de la Fiscalía Jurídico Militar.

De los dos Tenientes Fiscales uno es un General Auditor y el otro un Fiscal del Tribunal Supremo.

El Fiscal Jurídico Militar está sometido a los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica; en los mismos términos que el resto del Ministerio Fiscal español. No obstante, ello mantiene una especial relación con el Ministro de Defensa, en lo relativo al interés público en el ámbito militar.

2. El acusador particular y privado

En el ámbito de la Jurisdicción Militar es posible la actuación de acusadores distintos del Ministerio Público.

El caso más habitual es el del acusador particular. Esto es, cuando, a través de letrado, el perjudicado por un delito militar se apersona en el procedimiento con el carácter de parte y en las mismas condiciones procesales que el Fiscal o la defensa. También sería posible, en el caso de que por conexidad la Jurisdicción Militar conociera de un delito solo perseguible a instancias de parte, la presencia de un acusador privado. No obstante, ello es muy improbable; especialmente debido a que la evolución jurídica en la materia ha limitado extraordinariamente los delitos que solo son perseguibles a instancia de parte. La mayoría de ellos ya

tienen carácter público; especialmente los relacionados con la libertad sexual.

No cabe en la Jurisdicción Militar, sin embargo, el acusador popular. Esto es, la personación de un ciudadano o asociación que, sin relación alguna con el objeto del procedimiento, se persone en el mismo sobre la base de un abstracto interés en la acción de la Justicia¹⁰.

3. El actor civil

Cualquier perjudicado, que tenga solo un interés en las responsabilidades civiles derivadas de un delito, puede personarse como actor civil. Usualmente esta figura viene referida al Abogado del Estado. Bien por responsabilidad civil directa, bien por responsabilidad civil subsidiaria, en los delitos militares con consecuencia económica suele estar presente un interés de la Hacienda Pública. En interés del Estado unas veces pretenderá el resarcimiento y otras intentará evitar el pago.

4. La defensa

En todos los procedimientos militares penales, a partir del momento en el que se considere que podría haber algún tipo de responsabilidad, la persona que se vea incurso en tal situación tiene el derecho a contar con un Abogado. A partir del Auto de procesamiento, es una obligación.

Toda vez que la Justicia Militar es gratuita, el Abogado será solicitado de los del turno de oficio de la localidad donde ocurrieron los hechos. No obstante ello, si la persona contra la que se dirige el procedimiento desea un Abogado a su costa, así se hará.

El Militar en servicio activo en el que concurra la condición de Abogado en Ejercicio no podrá actuar como tal en la Jurisdicción Militar; con la única excepción del encausado licenciado en Derecho que puede defenderse a sí mismo.

Los Procuradores no son obligatorios en la Jurisdicción Militar, pero las partes pueden nombrarlos si así lo desean. Ello con la excepción de los recursos de casación y revisión ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo que exigen en todo caso Abogado y Procurador. También en los referidos a materia contencioso-disciplinaria. En esta materia es optativo para el recurrente tanto el Abogado como el Procurador ante el resto de los Tribunales Militares.

VI. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Aun cuando no forma parte del sistema jurisdiccional español, las particularidades del Régimen Disciplinario Militar, aconsejan hacer alguna referencia al mismo, dada la evidente conexión entre lo disciplinario y lo jurisdiccional en el ámbito de lo castrense.

10 La figura del Acusador Popular es muy debatida también en el marco de la Jurisdicción Ordinaria. Unas posiciones defienden que es positiva, pues, implica la intervención de los ciudadanos particulares en las cuestiones de Justicia; mientras que otros sectores manifiestan su oposición a lo que consideran una puerta abierta a la judicialización de otros ámbitos de la sociedad, como la política o la económica.

El artículo 25.3 de la Constitución Española establece que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”.

Este artículo ha sido interpretado por doctrina y jurisprudencia en el sentido de que la Administración Militar –y no solo los Tribunales castrenses– puede imponer privaciones de libertad como correctivo. En este sentido al firmar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, España mantuvo y mantiene una reserva a los artículos 5 y 6 del mismo; en cuanto pudiera contravenir las previsiones disciplinarias castrenses. Esta reserva vigente para el sistema disciplinario propio para las Fuerzas Armadas, ha sido considerada por una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos inaplicable al Régimen Disciplinario de la Guardia Civil ¹¹.

Las Leyes Orgánicas Disciplinarias actuales son dos. La Ley Orgánica 8/2014 de 4 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Se trata de dos Cuerpos legislativos separados, con muchos puntos en común, aunque con una diferencia esencial. Mientras que el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas prevé como una sanción disciplinaria el arresto; ninguna privación o restricción de libertad se encuentra en el catálogo de las sanciones disciplinarias de las propias de la Guardia Civil.

Las faltas, en ambas Leyes, se clasifican en leves, graves y muy graves y se tipifican. No cabe el uso de términos genéricos y las referencias a otra normativa o a valores, debe ser refrendada y explicitada en normas escritas concretas vigentes.

En ambas se determinan qué mandos pueden imponer cuáles sanciones y en todos los casos cabe un recurso interno ante el Superior de ese Mando. También es una característica común la prohibición de la “reformatio in peius”. El mando que recibe un recurso puede tanto mantener la sanción, como anularla o disminuirla, nunca agravarla.

El sistema de imposición de correctivos, incluso por falta leve, es, en ambas Normas, escrito.

Contra las sanciones definitivas impuestas por cualquiera de las dichas Leyes Orgánicas cabe recurso contencioso-disciplinario militar ante los Tribunales castrenses.

Los miembros de la Jurisdicción Militar están sometidos al Régimen Disciplinario castrense, solo cuando no actúan en sus competencias. En cualquier caso solamente pueden imponerles correctivos Superiores dentro de la cadena judicial.

VII. LA GUARDIA CIVIL

De ámbito nacional, España cuenta con dos Cuerpos Policiales diferentes, la Guardia Civil y la Policía Nacional. Junto

11 Una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de noviembre de 2006, en el caso “Dacosta Silva contra España” declaró inaplicable al Régimen Disciplinario de la Guardia Civil la reserva que España mantiene a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Ésta última, actualizada, sigue vigente.

a ellos, y todos con carácter civil, algunas Comunidades Autónomas cuentan con Cuerpos policiales propios e igualmente la mayoría de los municipios.

La característica esencial que diferencia a la Guardia Civil de la Policía Nacional, es que mientras que ésta última tiene naturaleza civil, aquélla lo tiene militar.

No obstante, ello, el carácter militar de la Guardia Civil no implica una aplicación completa de la normativa sancionadora castrense, salvo en el caso de que el Guardia Civil se halle integrado en una Unidad Militar de las Fuerzas Armadas.

En condiciones normales a la Guardia Civil le es de aplicación su propio sistema disciplinario; que, como veíamos, en ningún caso prevé –a diferencia del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas– sanciones que puedan afectar a la libertad.

Respecto al Código Penal Militar, éste será de aplicación a la Guardia Civil plenamente en tiempos de conflicto armado, durante la vigencia del estado de sitio, mientras se encuentren integrados en Unidades de las Fuerzas Armadas o en cumplimiento de misiones que expresamente se declaren de carácter militar. Fuera de estas situaciones solo le será de aplicación a la Guardia Civil el Código Penal Militar el Título II del Libro Segundo del Código; los delitos contra la disciplina. Así en todo caso es competente la Jurisdicción Militar para juzgar a un Guardia Civil por sedición militar, insulto a superior, desobediencia y abuso de autoridad.

Con respecto a los delitos contra la seguridad y defensa nacional (traición, espionaje, atentado contra los medios o recursos, delitos contra centinela o ultrajes a

España e injurias a la organización militar) los relativos a los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas y los contra los deberes del servicio (cobardía, deslealtad, abandono de destino o residencia, desertión, inutilización voluntaria para el servicio, contra los deberes del mando, abandono de servicio, contra los deberes del centinela, embriaguez o intoxicación por drogas tóxicas, y omisión del deber de socorro) solo se aplicarán si el Guardia Civil no se encuentra prestando un servicio propio en el ejercicio de funciones de naturaleza policial. En los demás delitos contenidos en el Código Penal Militar, éste no será de aplicación a la Guardia Civil en su calidad de militares.

VIII. TEXTOS DE LA JUSTICIA MILITAR CONSULATADOS

- Ley Orgánica del Poder Judicial. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio.
- Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio.
- Ley Procesal Militar. Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Se aplica subsidiariamente a los procedimientos militares.
- Ley de Planta y Organización Territorial de la Justicia Militar. Ley 44/1998, de 15 de diciembre.
- Código Penal Militar. Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre.
- Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre.

- Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre.
- Ley Reguladora de los Conflictos de Jurisdicción. Ley Orgánica 2/1987, de 17 de mayo.

Las leyes recogidas regulan la Jurisdicción Militar. Se han identificado por la ley de aprobación, si bien la mayoría de ellas han sufrido modificaciones; muy significativamente la Ley de Enjuiciamiento.

REFLEXIONES SOBRE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

SUMARIO: I. DEFINICIONES DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL; II. EL OBJETO DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL; III. NOCIONES SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL; IV. LÍMITES A LA NECESIDAD DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL; V. CONCLUSIONES; Y VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La presente investigación da a conocer los diversos ámbitos teóricos de la prueba en el proceso penal, teniendo presente aspectos vinculados al objeto y límites para la obtención de la verdad procesal en relación a la comisión de un delito. Además se plantea que es el Ministerio Público quien tiene la carga de probar la responsabilidad penal de toda persona imputada de un delito, motivo por el cual, el presente artículo podrá manifestar las razones para reflexionar en este tema tan apasionante en el ámbito procesal, y más aún, en el proceso penal donde los intereses en relación al resultado del mismo resultan de importancia para la sociedad,

1 Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestría en Derecho Procesal y Doctorado en Derecho en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Catedrático del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar. Docente Ordinario de la Universidad Autónoma del Perú. Expositor en los Diplomados de Derecho Procesal del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Colaborador de artículos jurídicos en la Editorial Gaceta Jurídica. Autor del Libro: Lecciones de Teoría General del Proceso. Presidente del Centro Latinoamericano de Investigaciones de Derecho Procesal (CLIDepro). Miembro Honorario de los Colegios de Abogados de Cusco, Huánuco y Cañete. Miembro Honorario del Instituto Latinoamericano de Derecho. Email: clidepro.peru@gmail.com.

y es por eso, que la temática abordada es importante para nuestra cultura jurídica procesal penal.

ABSTRACT

This research makes public the various theoretical areas of evidence in the criminal process, taking into account aspects related to the object and limits for obtaining the procedural truth in relation to the commission of a crime. It is also suggested that it is the Public Prosecutor's Office who has the burden of proving the criminal responsibility of any person charged with a crime, which is why this article may demonstrate the reasons for reflecting on this very exciting issue in the procedural field. Even more in the criminal process where the interests in relation to its result are of importance for the society, and that is why the issue addressed is important to our criminal procedural legal culture.

I. DEFINICIONES DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Gimeno Sendra define a la prueba (penal) como aquella actividad de carácter procesal, cuya finalidad consiste en lograr convicción del juez o tribunal acerca de la exactitud de las afirmaciones de hecho operadas por las partes en el proceso, teniendo la carga de la prueba el Fiscal a cargo de la investigación.²

Para Jauchen, se denomina “prueba” a la acción de probar, como aquella actividad

que deben desplegar las partes y a menudo el mismo órgano jurisdiccional, tendiente a acreditar la existencia de los hechos que afirman y sobre los cuales sustentan sus pretensiones, o bien, en cumplimiento de obligaciones funcionales como serán las de investigación integral en el proceso penal, referente al imperativo de búsqueda de la verdad real y al que están impelidos el órgano requirente y el decisor.³

Una ansiada búsqueda que pretende llegar a un margen de convicción y certeza sobre el tema a probar, cuyas limitaciones en el plano fáctico y jurídico determinan ciertas consecuencias en cuanto a su acepción científica; aunque la convicción judicial se defina como la certeza o probabilidad, apunta Guzmán Fluja, más allá de toda duda razonable, sobre la exactitud de las afirmaciones de hecho, lo cierto es que solo puede admitirse, en vía de principio, que esa convicción lo sea, en términos de elección de aquella hipótesis que se haya erigido como la más ajustada, conforme con las leyes de la lógica y la razón, a la verdad.⁴

Como bien expone Florián, en el proceso penal la prueba se dirige a reconstruir libremente el delito y su historia, partiendo del hecho exteriorizable en el mundo físico, de acreditar de qué manera se obró –desde una vertiente subjetiva y objetiva– y qué se manifestó en el agente que perpetró el hecho punible.⁵

En otras palabras, la prueba en el proceso penal significa penetrar en el hecho

2 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Manuel de Derecho Procesal Penal. 4º Edición. Instituto Pacífico S.A.C. 2016. p. 600.

3 Ibid.

4 Ibid.

5 Ibid.

pasado, objeto de imputación, de conocer si realmente se cometió el delito, de si la persona del imputado actuó típicamente –conociendo su eminente antinormatividad– y antijurídicamente, mas no permisivamente, bajo qué intenciones actuó o sin conocerlo creó un riesgo no permitido, acción u omisión que debe ser consecuencia del resultado lesivo, es decir, la prueba permite establecer conocimiento acerca de la punibilidad que fundamenta la existencia concretizadora del proceso penal.⁶

Como anota Vélez Mariconde, la actividad probatoria es aquella que ejercen los sujetos procesales con el designio de esclarecer la verdad en torno al delito y al delincuente que la imputación señala, aunque ellos no estén colocados en el mismo plano (objetivo, el de los órganos estatales; subjetivo, el de las partes) y su intervención responda a diversos fines.⁷

Guasp diseña un esquema común de procedimiento probatorio aplicado a los procesos penales, distinguiendo las fases siguientes:⁸

- a) Fase de petición genérica de prueba, consistente en el acto por el que los litigantes solicitan que haya, en general, prueba en el proceso, petición que se realiza fuera de la etapa probatoria propiamente dicha, en los escritos de alegaciones de las partes;
- b) Admisión genérica de prueba o recibimiento a prueba, en virtud de la cual el juez, si se dan los requisitos necesarios,

resuelve que exista en general, prueba en el proceso;

- c) Proposición de prueba, o petición específica de prueba, consistente en el acto por el que los litigantes solicitan que se acuda a un determinado medio de prueba;
- d) Admisión específica de prueba, o acto por el que el juez, si se dan los requisitos necesarios, resuelve que se admita un medio de prueba particularmente propuesto;
- e) Práctica de prueba, consistente en el acto o actos por los que se realiza cada una de las pruebas propuestas y admitidas; y,
- f) Apreciación de la prueba, o acto por el que el juez valora o fija la eficacia de cada uno de los medios de prueba practicados.

Dicho en otras palabras, la prueba en sí misma supone todo un iter, un camino que recorre las diversas etapas del proceso penal, desplegando una función determinada en cada capítulo del mismo. En el marco de la investigación será de adquisición y/o obtención de elementos de prueba; iniciado el proceso, las partes pretenderán refutar la tesis contraria, introduciendo medios de prueba, que se plasma a partir de una proposición probatoria, lo cual genera una respuesta jurisdiccional en cuanto a su admisión; admisión probatoria que genera una actuación contradictoria en el juzgamiento, dando finalmente cabida a su valoración,

6 Ibid.

7 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Op. Cit. p. 601.

8 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Op. Cit. p. 607.

como fuente de intelección estrictamente jurisdiccional, que ha de reflejarse en el contenido resolutorio de la decisión final (sentencia).⁹

Es importante lo establecido en el Derecho probatorio anglosajón, a partir de las reglas de evidencia, ley de evidencia o de derecho probatorio, que tiene su origen en la tradición del “common law” anglosajón. Así, en el ámbito del Derecho federal norteamericano, la normativa estuvo determinada por doctrinas asentadas a base de la función adjudicativa, la cual no siempre fue consistente. Aunque existía un consenso sobre el estado de derecho de las materias principales, la doctrina jurisprudencial no reflejaba una uniformidad absoluta, ni una igual aplicación de las normas. Diferentes tribunales con arreglo a factores de competencias, no realizaban una aplicación homogénea del cuerpo jurisprudencial que servía las veces de normativa probatoria.¹⁰

En 1975, con la promulgación de las reglas federales de evidencia (federal rules of evidence o FRE), se intenta reformar el anterior estado de derecho. Acorde con la intención de sus redactores, las FRE tenían, como uno de sus objetivos, uniformar el derecho probatorio mediante la sustitución de las anteriores normas de la casuística por reglas escritas a manera de un instrumento normativo. En el proceso también se aspiraba a condensar y hacer más homogéneo el cuerpo del Derecho probatorio. Con el

tiempo, la mayoría de los Estados norteamericanos adoptaron las FRE o modelos análogos a esta.¹¹

Se puede definir el objetivo general de las reglas de evidencia, o normas de Derecho probatorio, como el de determinar la aceptación de los medios de prueba en un procedimiento judicial. En ausencia de tales normas, no se podría reglamentar, ni tener control, sobre un enjuiciamiento realizado con base a la oralidad de la prueba. Tampoco se podría garantizar el carácter confiable de dicha prueba, ni como se ha señalado, garantizar el acierto en los veredictos de los jurados. La aplicación única de los principios de la absoluta libertad de conciencia y la sana crítica como criterios normativos para la valoración de la prueba, implicaba el supuesto de resoluciones irrazonables de parte de los jurados.¹² La importancia de la prueba se refleja en especial en un proceso penal, en el que el juzgador va a formar su convicción en torno al conocimiento aportado por ésta, tan es así que, para que un proceso penal se considere justo y racional, debe mediar actividad probatoria, pues solo así se podrá desvirtuar o enervar la presunción de inocencia como derecho inherente a todo imputado, así también para hacer efectiva la aplicación de la ley penal. En tal sentido, la pretensión punitiva del Estado se ejercita en consideración a ese hecho, es decir, la restitución de la cosa o del daño ocasionado a la víctima.¹³

9 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Op. Cit. p. 608.

10 AMBOS, Kai et al. El Derecho Procesal Penal frente a los retos del nuevo Código Procesal Penal. ARA Editores. 2009. p. 74.

11 Ibid.

12 AMBOS, Kai et al. Op. Cit. p. 75.

13 PELÁEZ BARDALES, José Antonio. La Prueba Penal. Editorial GRIJLEY. 2013. p. 35.

Lo cierto es que la prueba sirve para demostrar la verdad o falsedad de uno o más hechos constitutivos, de relevancia para la aplicación de una decisión al resolver el conflicto. Sin embargo, ocurre que en un proceso el hecho que es objeto de prueba, se presenta como afirmación de una las partes, el Ministerio Público, y como negación de la otra, la Defensa; esto es, del imputado. De manera que el objeto no es el hecho, sino la afirmación misma, en el sentido de lo que se prueba en el proceso.¹⁴

II. EL OBJETO DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Cuando nos referimos expresamente al objeto de prueba dentro del proceso penal, necesariamente debemos entender que aludimos al hecho concreto previsto en la norma jurídica como conducta típica; y, por ende, tiene relevancia para que el juez pueda valorar su contenido en el momento de aplicar el tema decidendum que corresponda, sea condenando o absolviendo al implicado. A este respecto, algunos especialistas sostienen que la sentencia versa, exclusivamente, sobre el tema del hecho comprendido en la imputación; en cambio, la prueba versa sobre el hecho de la incriminación. En este sentido, se sostiene que el objeto de prueba debe entenderse a lo que se puede probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba; que por necesidad o tema de prueba –*thema probandum*– debe entender lo que en cada proceso es materia

de actividad probatoria, es decir, los hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada y que deben probarse por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por ambas partes.¹⁵

Por lo que, considerando que el proceso penal es el itinerario en el que se desarrollan todos los actos procesales tendientes al mejor esclarecimiento del hecho, que por su naturaleza constituye el hecho histórico, consecuentemente existe, a veces, cierta dificultad para constatar que el delito es un hecho del pasado y que, por tanto, no admite ser reproducido en toda su exactitud e integridad en el presente; en tal sentido, el proceso penal en general y la prueba en particular aspiran a una verdad aproximativa, contingente, relativa y comprobable.¹⁶

Algunos juristas señalan al tema probandum como exclusivo del proceso civil, por cuanto se trata de hechos controvertidos o hechos no admitidos; en tanto que el procedimiento penal se desarrolla de acuerdo con los siguientes principios: búsqueda de oficio por parte del fiscal de la verdad concreta, impulso de oficio, investigación y verificación metódica y técnica sobre el contenido de la imputación para saber si corresponde o no a la hipótesis de la norma jurídica penal, cuya infracción ha sido calificada como probable, para expedir la resolución de apertura de procedimiento.¹⁷

En atención a lo expuesto, podemos sostener que el objeto de la prueba constituye toda conducta que provoque o tienda

14 PELÁEZ BARDALES, José Antonio. Op. Cit. p. 67.

15 PELÁEZ BARDALES, José Antonio. Op. Cit. p. 68.

16 PELÁEZ BARDALES, José Antonio. Op. Cit. p. 69.

17 Ibid.

a lograr el esclarecimiento del contenido propio de la imputación, en atención a cada una de las pruebas que hayan sido incorporadas al proceso, sin afectar el derecho de las partes; asimismo, en formarse la convicción para traducirla en decisión fundada en Derecho acerca de la existencia o no del hecho punible y de la participación del presunto agresor.¹⁸

III. NOCIONES SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Bajo la perspectiva del modelo procesal inquisitivo, el inculcado era el obligado a proporcionar suficiente prueba de descargo con el fin de acreditar su inocencia. El principio de presunción de inocencia se encontraba invertido en una presunción de culpabilidad; donde las testimoniales y la declaración del imputado eran evaluados como pruebas plenas, susceptibles de fundamentar una sentencia de condena, manifiesto de un desprecio por las elementales garantías de un debido proceso, inaceptable según las reglas del Estado de Derecho.¹⁹

García Rada señala que en los ordenamientos jurídicos, en especial en el Perú, están excluidas las presunciones absolutas de culpabilidad y con ello la prueba legal, es indudable que la llamada carga de la prueba corresponde a quien acusa. En nuestro sistema procesal es el representante del Ministerio Público el titular de la acción penal

y como tal deberá edificar la hipótesis incriminatoria capaz de enervar el principio de presunción de inocencia; en este sentido, el imputado es un ente pasivo a quien no le asiste el deber de probar su inocencia y menos el de otorgar prueba en su contra (*nemo tenetur se ipso accusare*), pues en un proceso penal acusatorio, sin acusación no hay Derecho.²⁰

Rubianes afirma que el imputado no tiene el deber ni la carga de probar su inocencia, aunque se lo faculte a ello, pues goza de una situación jurídica que no requiere ser constituida.²¹ En palabras de Roxin, ningún imputado está obligado a contribuir a probar su responsabilidad, el derecho de no presentar prueba en su contra no impide que el imputado, según una determinada técnica de defensa, no pueda contradecir la acusación con prueba de descargo destinado a refutar y a desvirtuar la hipótesis incriminatoria, en tanto el derecho de defensa de ser entendido de común idea con el principio de contradicción.²²

El problema de la carga de la prueba recién surge cuando el juez, al momento de dictar sentencia, encuentra que el o los hechos a tomar en consideración, no han sido probados, o lo han sido insuficientemente, ya que, en virtud del principio de adquisición procesal, la prueba se adquiere para el proceso y, por tanto, beneficia o perjudica a ambas partes con independencia de quien la debió suministrar, e inclusive, de que haya sido incorporada oficiosamente por el

18 Ibid.

19 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Op. Cit. p. 616.

20 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Op. Cit. p. 617.

21 Ibid.

22 Ibid.

juez en ejercicio de sus propias facultades. Si la prueba del hecho está en el proceso, al juzgador le resulta indiferente quién la produjo y podrá fundar su decisión en él. Por consiguiente, la aplicación de la teoría de la carga de la prueba le indica al juez el sentido del fallo sobre la cuestión de fondo, evitándole pronunciar un “non liquet”, esto es, una sentencia inhibitoria sobre el fondo, o cuando los hechos sobre los que debe asentar su pronunciamiento no han sido probados o lo han sido insuficientemente, de manera tal que es un sucedáneo de la prueba de esos hechos.²³

Es a partir de la carga de la prueba que se plantea si es posible o no alcanzar la verdad en el proceso penal, pues en síntesis es una verdad aproximativa a causa del carácter histórico, subjetivo y jurídicamente limitado de la investigación judicial, que en virtud de su fundamento garantista, impide una reconstrucción que sea fiel reflejo de la verdad acaecida en relación con el hecho punible cometido. Por tanto, estas limitaciones vienen informadas por los derechos y garantías del imputado que limitan la actuación probatoria y que actúan como verdaderas barreras de contención ante el ejercicio persecutorio y sancionador del Estado.²⁴

Por lo que, la imposición y no demostración de la carga probatoria impuesta al Ministerio Público, determinará, en palabras de Manzini, que el *in dubio pro reo* adquiera amplia legitimación al momento

de resolver una razonable duda acerca de las pruebas incriminatorias que sustentan la imputación, mas no como criterio interpretativo de la norma, como afirma Grisigni, que entre varios significados de la ley no debe escogerse el más favorable al reo, sino que se debe buscar la voluntad de ésta. Cuando se dice *in dubio pro reo* se está diciendo que, a falta de pruebas, hay que absolver al reo; y esto parece que no necesita justificación, anota Sentís Melendo.²⁵

En tal sentido, el proceso penal moderno tiene dos partes enfrentadas en una dialéctica posición confrontativa: acusado y acusador, donde ambos tienen pleno dominio de su actuación, siendo el órgano persecutor quien representa y defiende los intereses de la sociedad en juicio, puesto que el delito es fundamentalmente una vulneración de bienes jurídicos sociales y públicos. En este sentido, Beling señalaba que dentro del proceso penal correspondía atribuir la carga material de la prueba a la parte actora y esta parte actora es el órgano estatal pre-dispuesto a probar con suficiencia probatoria la imputación criminal formulada.²⁶

IV. LÍMITES A LA NECESIDAD DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

La principal limitación de los fiscales reposa precisamente en la problemática de la prueba. Ya que el *onus probandi* reposa, únicamente, en la cabeza del acusador, constituyendo ésta una regla infranqueable

23 ZINNY, Jorge Horacio. Carga de la Prueba. Homenaje Escuela Procesal de Córdoba. N° 02. Marcos Lerner Editora Córdoba. 1995. p. 481.

24 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Op. Cit. p. 52.

25 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Op. Cit. p. 615.

26 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Op. Cit. p. 617.

en orden al principio de legalidad procesal. De modo que, fijado el hecho que constituya el objeto de la prueba, deberán recolectarse los elementos que permitan confirmar la hipótesis fáctica afirmada.²⁷

Los límites constitucionales a la averiguación de la verdad en el proceso penal: toda vez que la prohibición inicial del “ne procedat iudex ex officio”, es decir, la postulación previa como presupuesto del enjuiciamiento en cabeza de un órgano distinto del juez, significa que ese órgano, que debe ser el fiscal como regla, tendrá a su cargo no sólo la acusación, sino la prueba de la acusación.²⁸

Según, Ferrajoli, históricamente se ha reconocido la necesidad de la prueba; esta solución consiste en la teoría de las llamadas pruebas legales negativas, es decir, aquellas en cuya ausencia la ley prescribe al juez que considere no probada la hipótesis, aunque tal “no prueba” contraste con su libre convicción. Las que en caso de ausencia imponen la absolución, a diferencia de las denominadas pruebas legales positivas, cuya presencia hace proceder la condena.²⁹

En el plano jurídico, señala Ferrajoli, que las pruebas legales negativas equivalen a una garantía contra la convicción errónea o arbitraria de la culpabilidad, asegurando

normativamente la necesidad de la prueba y la presunción de inocencia hasta prueba en contrario. En definitiva, la ausencia de prueba legal equivale a la existencia de prueba contraria.³⁰

Los límites a la averiguación de la verdad permiten afirmar que la condena es consecuencia de la falta de duda o certidumbre subjetiva sobre los presupuestos fácticos de la condena. Criterio vinculado a la coherencia o compatibilidad entre la hipótesis acusatoria y los datos probados, en la medida que éstos puedan ser aceptados por tener mayor capacidad explicativa que otros, constituyendo éste el primer peldaño para superar el principio de inocencia.³¹

A su vez, según Montero Aroca, la producción de pruebas, además, tiene que estar precedida por el contradictorio, principio que “no atiende a un aspecto concreto del proceso, sino que es presupuesto de la existencia del mismo. Sin contradicción no hay proceso, sino algo distinto y, por tanto, este principio es previo a cómo se conforme después el proceso”.³²

Así, se acusa “probando” solo cuando existe prueba de la imputación, probabilidad para fundar la necesidad de realización del juicio, y se defiende probando, conforme al derecho a la refutación por parte del

27 ARAZI, Roland, et al. Revista de Derecho Procesal 2005-I. Prueba –I. Rubinzel Culzoni. 2005. pp. 292 y 293.

28 ARAZI, Roland, et al. Op. Cit. p. 302.

29 ARAZI, Roland, et al. Op. Cit. p. 306.

30 ARAZI, Roland, et al. Op. Cit. pp. 306 y 307.

31 ARAZI, Roland, et al. Op. Cit. p. 307

32 Ibid.

inculpado. De ahí que “siempre tendrá prioridad el principio de libertad probatoria, porque lo principal es no levantar escollo ni perturbar el derecho a probar, e impedir la indefensión”.³³

De tal modo, la búsqueda de contra-prueba, el análisis de hipótesis alternativas y el control de la prueba de la acusación deben ser de todos modos tutelados y favorecidos, a fin de lograr el contrapeso necesario para colocar al juez en posición de decidir.³⁴ Conforme a la base triangular que sustenta el desarrollo del juicio, la prueba como presupuesto de condena está sujeta, además, a otra condición, señala Ferrajoli que: “la imparcialidad de la elección realizada por el juez entre la hipótesis explicativas en competencia”. La tarea del juez es la de dirimir entre las hipótesis presentadas, ensayando una y otra, aceptando la acusatoria sólo si está probada.³⁵

V. CONCLUSIONES

- La prueba en el proceso penal significa penetrar en el hecho pasado, objeto de imputación, de conocer si realmente se cometió el delito, de si la persona del imputado actuó típicamente –conociendo su eminente antinormatividad– y antijurídicamente, mas no permisivamente, bajo qué intenciones actuó o sin conocerlo creó un riesgo no permitido, acción u omisión que debe ser consecuencia del resultado lesivo, es decir, la prueba permite establecer conocimiento acerca de la punibilidad

que fundamenta la existencia concretizadora del proceso penal.

- El objeto de prueba dentro del proceso penal se manifiesta en el hecho concreto previsto en la norma jurídica como conducta típica; y, por ende, tiene relevancia para que el juez pueda valorar su contenido en el momento de aplicar el tema decidendum que corresponde, sea condenando o absolviendo al imputado.
- El proceso penal es el itinerario en el que se desarrollan todos los actos procesales tendientes al mejor esclarecimiento del hecho que por su naturaleza constituye el hecho histórico, consecuentemente existe, a veces, cierta dificultad para constatar que el delito es un hecho del pasado y que, por tanto, no admite ser reproducido en toda su exactitud e integridad en el presente.
- El Ministerio Público es el titular de la acción penal y como tal deberá edificar la hipótesis incriminatoria capaz de enervar el principio de presunción de inocencia; en este sentido, el imputado es un ente pasivo que no le asiste el deber de probar su inocencia y menos el de otorgar prueba en su contra (*nemo tenetur sea ipso accusare*).
- La principal limitación de los fiscales reposa precisamente en la problemática de la prueba. Ya que el *onus probandi* reposa únicamente en cabeza del acusador, constituyendo ésta una regla infranqueable en orden al principio de

33 ARAZI, Roland, et al. Op. Cit. p. 303.

34 ARAZI, Roland, et al. Op. Cit. p. 307.

35 Ibid.

legalidad procesal. De modo que, fijado el hecho que constituya el objeto de la prueba, deberán recolectarse los elementos que permitan confirmar la hipótesis fáctica afirmada.

- Los límites a la averiguación de la verdad permiten afirmar que la condena es consecuencia de la falta de duda o certidumbre subjetiva sobre

los presupuestos fácticos de la condena, criterio vinculado a la coherencia o compatibilidad entre la hipótesis acusatoria y los datos probados, en la medida que éstos puedan ser aceptados por tener mayor capacidad explicativa que otros, constituyendo éste el primer peldaño para superar el principio de inocencia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai, et al. *El Derecho Procesal Penal frente a los retos del nuevo Código Procesal Penal*. ARA Editores. 2009. 271 pp.

ARAZI, Roland, et al. *Revista de Derecho Procesal 2005-I. Prueba* –I. Rubinzal Culzoni. 2005. 560 pp.

PELÁEZ BARDALES, José Antonio. *La Prueba Penal*. Editorial GRIJLEY. 2013. 262 pp.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Manuel de Derecho Procesal Penal*. 4° Edición. Instituto Pacífico S.A.C. 2016. 1079 pp.

ZINNY, Jorge Horacio. *Carga de la Prueba. Homenaje Escuela Procesal de Córdoba*. N° 02. Marcos Lerner Editora Córdoba. 1995. 783 pp.

JUSTICIA MILITAR E INTERVENCIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS EN SUPUESTOS DE PROTESTAS SOCIALES²

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; II. SE MANTIENE LA INTERVENCIÓN DE LAS FFAA POR FUERA DEL ARTÍCULO 137° DE LA CONSTITUCIÓN; III. NI LAS PROTESTAS SOCIALES NI LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS QUEDAN COMPRENDIDAS DENTRO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1095; IV. SÓLO SE EXPULSA DEL ORDENAMIENTO UN ELEMENTO DE LA EXPRESIÓN “GRUPO HOSTIL” A PESAR QUE SE RECONOCE QUE LA EXPRESIÓN QUE CORRESPONDE ES LA DE “GRUPO ARMADO”; V. A MODO DE CONCLUSIÓN; Y VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

En agosto del año 2015 el actual Tribunal Constitucional emitió la STC N° 00022-2011-PI/TC, que resolvió la demanda de inconstitucionalidad que un grupo de organizaciones sociales interpusieron contra diversos artículos de los Decretos Legislativos N° 1094 (Código penal militar

1 Abogado, Magister en Derecho constitucional y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor principal de la Facultad de Derecho PUCP, Director del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento Académico de Derecho PUCP y Consultor de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF, por sus siglas en inglés). El autor fue el abogado defensor de los demandantes en el proceso de inconstitucionalidad (Expediente N° 00022-2011-PI/TC)

2 El presente artículo es una actualización y modificación parcial del artículo que el autor publicó bajo el título “Comentario crítico a una reciente sentencia del Tribunal Constitucional. Uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas, en pos de la República”, en el blog académico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) “Ventana Jurídica” el 27 de agosto del 2015. Recuperado el 30 de Octubre del 2018 de <<http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/blog/uso-de-la-fuerza-por-parte-de-las-fuerzas-armadas-en-pos-de-la-republica/>>

policial) y N° 1095 (Reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional) publicados en septiembre del año 2010.

En virtud de dicho pronunciamiento, por un lado, se declararon inconstitucionales y expulsaron del ordenamiento jurídico varios artículos del actual Código penal militar policial (Decreto Legislativo N° 1094) y, por otro lado, se declararon inconstitucionales o interpretaron constitucionalmente, algunos artículos de la Ley de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en territorio nacional (Decreto Legislativo N° 1095).

El presente artículo es un comentario crítico a dicha sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, respecto a lo que decide en torno al Decreto Legislativo N° 1095. Consideramos que sigue siendo pertinente, hoy en día, en nuestro país, debatir sobre la constitucionalidad y pertinencia de la intervención excepcional de nuestras Fuerzas Armadas en labores de orden interno, en especial, en supuestos de protestas sociales.

ABSTRACT

In the month of August of the year 2015 the current Constitutional Court issued the STC No. 00022 -2011-PI/TC, which resolved the demand for unconstitutionality that a group of social organizations filed against various articles of legislative Decrees No. 1094 (Criminal Military Police Code) and N° 1095 (rules of employment and use of force on the part of the Army in the national territory) published in the month of September of the year 2010.

By virtue of this statement, on the one hand, they declared unconstitutional and expelled from the legal system several articles

of the current Criminal Military Police Code (Legislative Decree No. 1094) and, on the other hand, they declared unconstitutional or interpreted constitutionally some articles of the rules of employment and use of force on the part of the Army in the national territory (Legislative Decree No. 1095).

This article is a critical commentary to this judgement of our Constitutional Court, with regard to what it decides about the Legislative Decree No. 1095. We believe that it is still pertinent, today, in our country, to discuss the constitutionality and relevance of the exceptional intervention of our Army in domestic work, especially in cases of social protest.

I. INTRODUCCIÓN

“En pos de la República, Ensayos de historia política e intelectual” (Mc Evoy, 2013) es el título de un excelente libro de la historiadora Carmen Mc Evoy sobre valerosos pero aislados esfuerzos políticos e intelectuales, en parte de nuestra historia republicana durante los siglos XIX y XX, que bregaron por la puesta en vigencia –en los hechos y no en el papel- de ideales republicanos como la igualdad ante la ley o la sujeción de las fuerzas armadas al orden constitucional.

En agosto del año 2015 el Tribunal Constitucional peruano (en adelante, el TC), emitió una importante sentencia en el Expediente N° 00022-2011-PI/TC, un proceso de inconstitucionalidad interpuesto por 6,430 ciudadanos en contra de diversos artículos del Decreto Legislativo N° 1094 (Código penal militar policial) y del Decreto Legislativo N° 1095 (Reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas). Un pronunciamiento

del máximo intérprete de la Constitución, por un lado, en torno a la constitucionalidad de los delitos de función tipificados y que pueden perpetrar militares y policías y, por otro lado, respecto a las prerrogativas y límites de las Fuerzas Armadas en el uso de la fuerza en supuestos de estados de excepción, conflicto armado o protestas sociales.

Sin duda, son materias no sólo de relevancia constitucional sino también de gran trascendencia para nuestra aún frágil democracia, pues, por un lado, la tipificación inconstitucional de los delitos de función históricamente fue utilizada en el Perú para favorecer la impunidad de graves violaciones de derechos humanos y, por otro lado, el uso excesivo e inconstitucional de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas puede ser fuente de graves violaciones de derechos humanos en contextos de protesta social.

En tal sentido, si bien en su momento saludamos la expedición de esta sentencia, pues constituye un esfuerzo por reconducir al cauce constitucional de dos normas que vulneraban –y vulneran aún en parte, en el caso del Decreto Legislativo N° 1095– la Constitución y diversos derechos fundamentales, a la vez consideramos que el TC dejó pasar una oportunidad privilegiada para retomar, en esta materia, la línea jurisprudencial que había iniciado a partir de

la transición democrática de fines del año 2000.

Son dos los puntos que –en nuestra opinión– resultan criticables: 1) haber mantenido en el ordenamiento los supuestos indeterminados y abiertos de intervención de las Fuerzas Armadas, sin declaratoria de estado de emergencia, “*servicios públicos esenciales y en los demás casos constitucionalmente justificados*” y, 2) haber mantenido en el ordenamiento la expresión “*grupo hostil*”, a pesar que era claro –para el propio Tribunal– que la expresión correcta era, en todo caso, “*grupo armado*”.

Es importante precisar que este comentario crítico de dicha sentencia no es un cuestionamiento a los actuales magistrados del TC, cuatro de los cuales son, además, nuestros colegas en la Facultad de Derecho de la PUCP. Precisamente por la estima personal por todos y cada uno de ellos, podrían haber dado un paso jurisprudencial más grande.³

Tres años después de emitido dicho pronunciamiento, consideramos que sigue siendo actual y pertinente la preocupación constitucional en torno al rol de las Fuerzas Armadas en labores de orden interno, sobre todo, si se ha constitucionalizado su intervención en supuestos por fuera del artículo 137° de la Constitución vigente y persisten los conflictos sociales a partir de industrias extractivas.

3 Sin embargo, destacamos y valoramos los votos singulares de los magistrados Eloy Espinoza-Saldaña –al que se sumaron los magistrados Ernesto Blume y Manuel Miranda– y Marianella Ledesma. Cuatro magistrados que advirtieron el riesgo de consagrar supuestos indeterminados –y adicionales a los previstos en el artículo 137° de la Constitución–, para la actuación de las fuerzas armadas en labores de orden interno. Lamentablemente, sus cuatro votos no fueron suficientes, pues el artículo 5° de la vigente Ley orgánica del TC, exige una mayoría calificada de cinco votos para declarar inconstitucional una norma con rango de ley. Sólo faltó el voto de un magistrado para que ese aspecto fuese expulsado del ordenamiento.

II. SE MANTIENE LA INTERVENCIÓN DE LAS FFAA POR FUERA DEL ARTÍCULO 137° DE LA CONSTITUCIÓN

Si se repara en la redacción del referido artículo 137° de la Constitución peruana, notaremos que contiene muchas normas constitucionales dirigidas a regular –con cierto detalle– estos supuestos claramente excepcionales de intervención de las FFAA en labores de orden interno.

En coherencia con tal excepcionalidad, la sentencia bajo comentario inicia la evaluación constitucional del Decreto Legislativo N° 1095, señalando que *“... Bajo la misma lógica de excepcionalidad, a nivel interno de un Estado, será su propia legislación la encargada de regular aquellas situaciones de insurgencia que ameriten un uso legítimo de la fuerza, habilitándola –en nuestro caso para la “defensa del orden constitucional”– o prohibiéndola, como actos que afrentan la ley y el orden interno.”*⁴

Por ello, lamentamos que esta sentencia haya dejado pasar una gran oportunidad para declarar inconstitucional el Decreto Legislativo N° 1095, por un lado, en el punto de mantener la posibilidad de intervención de las FFAA en labores de orden interno sin previa declaratoria de estado de emergencia de conformidad con el artículo 137° de la Constitución y, por otro lado,

en el punto de abrir, aún más, los supuestos de dicha intervención inconstitucional de las FFAA, a través de una fórmula abierta e indeterminada de *“servicios públicos esenciales y en los demás casos constitucionalmente justificados”* (artículo 4.3° Decreto Legislativo N° 1095).

Respecto al primer punto señalado en el párrafo anterior, la sentencia bajo comentario no esgrime mayor argumento que basarse en la STC N° 0002-2008-PI/TC⁵ que –en efecto– validó este tercer supuesto inconstitucional de intervención de las Fuerzas Armadas en labores de orden interno sin previa declaratoria de estado de emergencia, que había sido contemplado en el artículo 7° de la ya derogada Ley N° 29166. En este punto, el TC deja la impresión que esgrime razones de oportunidad y no argumentos jurídicos.

Cabe recordar aquí que este tercer supuesto inconstitucional de intervención de las FFAA en labores de orden interno sin previa declaratoria de estado de emergencia, fue introducido en nuestro ordenamiento por la Ley N° 28222 del año 2004, que originalmente abrió este supuesto inconstitucional en forma mucho más restrictiva que la actual versión contenida en el Decreto Legislativo N° 1095. Así, si bien la Ley N° 28222 abrió cautelosamente una ventana inconstitucional que en el 2008 la

4 Fundamento 329 de STC N° 00022-2011-PI/TC

5 *“En la lógica de excepcionalidad y temporalidad que caracteriza a cualquier uso de la fuerza, es legítimo considerar la facultad de las FFAA de apoyar en la restauración o restablecimiento del control del orden interno en las zonas que no han sido declaradas en estado de emergencia... En este caso se le reconoce a las FFAA funciones de policía para preservar la paz y la seguridad en situaciones de apremio, que no son consideradas de emergencia, pero que requieren de una respuesta rápida por parte de los elementos de la fuerza pública ante la imposibilidad de la PNP de contrarrestar esta situación por sus propios medios... Así lo estableció este Tribunal en la STC 0002-2008-PI/TC, al examinar la constitucionalidad del artículo 7° de la Ley N° 29166, que permitía el apoyo de las FFAA en el mantenimiento del control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia...”* (Fundamentos 389 y 390 de STC N° 00022-2011-PI/TC)

Ley N° 29166 abrió un poco más, el año 2010 el artículo 4. 3° del Decreto Legislativo N° 1095 terminó de abrirla de par en par. Esta es la situación que la sentencia bajo comentario validó, sin sopesar las consecuencias institucionales y sociales que podría acarrear un uso excesivo de las Fuerzas Armadas en labores de orden interno.

Del análisis del derrotero legislativo de este tercer supuesto de intervención inconstitucional de las FFAA en labores de orden interno sin previa declaratoria de estado de emergencia, se desprende que si bien el supuesto de hecho inicial que se pretendía enfrentar era un posible ataque terrorista o del narcotráfico con armamento de guerra o explosivos que podría rebasar la capacidad de la Policía Nacional, ahora a ese supuesto de hecho inicial se le han sumado los siguientes cuatro (04) supuestos:

- Ataques terroristas o del narcotráfico, no necesariamente con armamento de guerra o explosivos.
- Ataques a “*instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país*”⁶, no necesariamente con armamento de guerra o explosivos.
- Ataques a “*servicios públicos esenciales*”, no necesariamente con armamento de guerra o explosivos.
- Ataques “*en los demás casos constitucionalmente justificados*”, no necesariamente con armamento de guerra o explosivos.

Consideramos que esta ampliación del abanico de supuestos de hecho en los que

ahora las Fuerzas Armadas podrían intervenir en labores de orden interno sin previa declaratoria de estado de emergencia, se debió principalmente a dos factores:

- El incremento del número e intensidad de los conflictos sociales en todo el país, la mayoría vinculados a industrias extractivas y su posible impacto ambiental y social en perjuicio de las poblaciones locales. Con frecuencia, estas protestas sociales tienen detrás legítimos reclamos o temores ciudadanos en relación a la contaminación del agua o impacto en la agricultura o en la salud.
- La incapacidad o insuficiencia de la Policía Nacional para controlar estos conflictos sociales y restablecer el orden interno en todo el país.

De esta manera, los gobiernos democráticamente elegidos de Alejandro Toledo, Alan García y Ollanta Humala, en vez de impulsar una profunda y renovadora reforma policial, dirigida a hacerla más confiable y eficaz, prefirieron echar mano de las Fuerzas Armadas para enfrentar algunos conflictos sociales. Encargo que, presumimos, luego del aprendizaje del conflicto armado interno en nuestro país y las consecuencias judiciales que tuvo para muchos policías y militares, no entusiasma a amplios sectores de las Fuerzas Armadas.

Al respecto, reiteramos que consideramos no sólo legítimo sino indispensable que el Estado mantenga o restablezca el orden interno ante conflictos sociales en los que

6 Se ha comprendido dentro de este término a las represas, hidroeléctricas, centrales térmicas, torres eléctricas, explotaciones de gas y petróleo, puertos y aeropuertos.

se atente contra los derechos de otras personas o contra la propiedad pública y privada. Pero consideramos que el cumplimiento de este deber constitucional⁷, debería hacerse a través de la Policía Nacional y que el Estado democrático no debería renunciar a ello.

Desde esta perspectiva, la intervención excepcional de las FFAA en labores de orden interno debería limitarse exclusivamente a los supuestos expresamente previstos en la Constitución, no por un prurito formal sino porque en ella están contenidos todos los resortes y garantías de control *ex ante* y *ex post* sobre estos supuestos de excepción constitucional.

Es el riesgo que precisamente advirtió en su voto singular el magistrado Espinoza-Saldaña, quien constata que *“Fácilmente puede apreciarse que aquí lo excepcional y lo actuado ha dejado de serlo, muy a despecho de las buenas intenciones que puedan motivar esta alternativa”*⁸. Este magistrado también deja constancia que el legislador del Decreto Legislativo N° 1095 ha ido mucho más allá de los supuestos previstos en el artículo 137° de la Constitución.⁹ Este parecer

es compartido por los magistrados Ernesto Blume y Manuel Miranda.

En su voto singular, la magistrada Marianella Ledesma también advierte de este peligro para la democracia: *«Nuestra Constitución ya ha previsto cómo un Estado constitucional debe responder “excepcionalmente” (mediante la declaración del Estado de Emergencia), ante situaciones excepcionales como son aquellas de “perturbación de la paz o del orden interno” o “que afecten la vida de la Nación”, de modo tal que dicha respuesta excepcional no puede ser extendida por el Legislador de modo ilimitado al regular la intervención de las Fuerzas Armadas, sin declarar el Estado de Emergencia, a “casos constitucionalmente justificados”»*¹⁰

Por otro lado, hay un segundo aspecto de la sentencia, tan grave como el primero que acabamos de analizar. En la línea de terminar de abrir las puertas a la intervención de las Fuerzas Armadas en labores de orden interno sin previa declaratoria de estado de emergencia, el artículo 4.3° del Decreto Legislativo N° 1095 contempla el siguiente supuesto indeterminado que habilitaría tal

7 “Son deberes primordiales del Estado... garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación” (artículo 44° Constitución)

8 Séptimo párrafo del Fundamento 5 del voto singular del magistrado Eloy Espinoza-Saldaña en STC N° 00022-2011-PI/TC

9 “Conviene entonces tener presente que, de acuerdo con la Carta de 1993, el escenario en el cual se habilita la mayor restricción del ejercicio de algunos derechos fundamentales, así como el uso de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales para restablecer el orden constitucional es el de los Estados de Excepción recogidas en el artículo 137° de nuestra Constitución actualmente vigente. Sin embargo, y de acuerdo con lo dispuesto por algunos artículos del Decreto Legislativo 1095, por delegación legislativa se abren posibilidades de uso de las Fuerzas Armadas que van bastante más allá de lo que el constituyente había previsto en el caso de los Estados de Excepción, con el subsiguiente riesgo de vulneración de importantes derechos ciudadanos.” (Tercer párrafo del Fundamento 5 del voto singular del magistrado Eloy Espinoza-Saldaña de la STC N° 00022-2011-PI/TC)

10 Fundamento 7 del voto singular de la magistrada Marianella Ledesma en STC N° 00022-2011-PI/TC.

intervención militar: “Prestar apoyo a la *Policía Nacional, en casos de... servicios públicos esenciales y en los demás casos constitucionalmente justificados...*” (Subrayado nuestro).

De esta manera, el Decreto Legislativo N° 1095 no ha limitado la intervención de las Fuerzas Armadas ante los supuestos iniciales de terrorismo y narcotráfico, con uso de armas de guerra o explosivos, sino que la ha ampliado a la protección de “servicios públicos esenciales” y “los demás casos constitucionalmente justificados”, con la clara intención de permitir también la eventual intervención de las Fuerzas Armadas en supuestos de conflictos sociales.

La sentencia bajo comentario no expulsa del ordenamiento tales supuestos indeterminados, a pesar que cuatro (04) magistrados votaron para que ello ocurriera (al menos respecto al supuesto de “los demás casos constitucionalmente justificados”).¹¹ Así, en contra de lo decidido por la mayoría absoluta del pleno del TC –cuatro de siete–, dicho supuesto indeterminado de intervención de las FFAA quedó validado, a pesar que el propio TC “... *hace notar el carácter abierto e impreciso de este extremo de la disposición impugnada, y que ello puede resultar contrario, prima facie, a la lógica de excepcionalidad y temporalidad que rige la intervención de las FFAA en zonas que no han sido declaradas en estado de emergencia.*”¹²

Para la sentencia bajo comentario, el supuesto indeterminado de “los demás casos constitucionalmente justificados”, sólo debe ser interpretado como “servicios

públicos esenciales” ya definidos por la legislación laboral, a pesar que el propio Decreto Legislativo N° 1095 ya hace referencia expresa a los mismos.

Este razonamiento de la sentencia bajo comentario no sólo es incoherente sino peligroso, pues sigue dejando abierta la posibilidad para la intervención de las Fuerzas Armadas frente a legítimas protestas sociales. En efecto, el artículo 83° de la Ley de relaciones colectivas de trabajo, considera como “servicios públicos esenciales” todos los siguientes servicios:

a) *Los sanitarios y de salubridad.*

b) *Los de limpieza y saneamiento.*

c) *Los de electricidad, agua y desagüe, gas y combustible.*

d) *Los de sepelio, y los de inhumaciones y necropsias.*

e) *Los de establecimientos penales.*

f) *Los de comunicaciones y telecomunicaciones.*

g) *Los de transporte.*

h) *Los de naturaleza estratégica o que se vinculen con la defensa o seguridad nacional.*

i) *Los de administración de justicia por declaración de la Corte Suprema de Justicia de la República.*

j) *Otros que sean determinados por Ley.*”

Como se puede apreciar, es un listado no sólo excesivamente amplio –que incluye

11 Como ya adelantamos, la vigente Ley orgánica del TC exige un mínimo de cinco (05) votos para que una norma con rango de ley sea declarada inconstitucional y expulsada del ordenamiento.

12 Fundamento 392 de STC N° 00022-2011-PI/TC

los servicios de salud, de limpieza, de electricidad, agua, desagüe, penitenciario, transporte y hasta administración de justicia–, sino que también culmina con una fórmula abierta e indeterminada de “*Otros que sean determinados por Ley*”.

III. NI LAS PROTESTAS SOCIALES NI LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS QUEDAN COMPRENDIDAS DENTRO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1095

Sin duda es muy positivo que la sentencia bajo comentario haya interpretado constitucionalmente el artículo 27° del Decreto Legislativo N° 1095, al disponer que “Las conductas ilícitas atribuibles al personal militar” de competencia de la justicia militar, sólo serán aquellas que configuren un delito de función.¹³

De esta manera, el TC aleja cualquier posibilidad que el artículo 27° del Decreto Legislativo N° 1095 pueda ser instrumentalizado para que violaciones de derechos humanos y hasta ilícitos comunes que eventualmente pudiesen perpetrar efectivos de

las Fuerzas Armadas en el marco de actuación que permite el referido decreto legislativo, puedan ser procesados por la justicia militar policial. Tales ilícitos deberán ser de competencia de la justicia ordinaria.

En esa misma línea, también resulta plausible que la sentencia bajo comentario haya precisado que –bajo ninguna circunstancia– los grupos u organizaciones sociales que lleven a cabo protestas sociales, así incurran en condenables actos de violencia o delictivos, puedan ser considerados “grupo hostil” según la definición contenida en el artículo 3.f del Decreto Legislativo N° 1095.¹⁴

De esta manera, el TC también aleja el peligro –al menos en parte– que el Decreto Legislativo N° 1095 sea instrumentalizado para militarizar la respuesta estatal frente a las protestas sociales. El punto siguiente que comentamos referido a la expulsión de la expresión “punzo cortantes o contundentes en cantidad”, también afianza esta afirmación tajante del TC que las protestas sociales no pueden ser enfrentadas como conflictos armados por parte de las FFAA.

13 “... este Tribunal considera necesario interpretar que las conductas ilícitas cometidas –por el personal militar o policial– con ocasión de las acciones realizadas en aplicación del Decreto Legislativo N° 1095 o en ejercicio de sus funciones, a que hace referencia la disposición impugnada, sólo resultan constitucionales en tanto busquen penalizar acciones que puedan ser calificadas como delito de función... En ese sentido, a juicio de este Tribunal corresponde mantener la constitucionalidad de dicho dispositivo legal, e interpretar que las “conductas ilícitas atribuibles al personal militar con ocasión de las acciones realizadas, en aplicación del presente Decreto Legislativo o en ejercicio de su función” hacen referencia a delitos de función...” (Fundamentos 342 y 343 de STC N° 00022-2011-PI/TC) (Subrayado nuestro)

14 “... que en ningún caso las protestas sociales, manifestaciones masivas y otras expresiones públicas de protesta contra las políticas de Estado, los motines o los actos de bandidaje, podrán ser considerados como supuestos de conflicto armado no internacional. Por ello, los colectivos que participen en este tipo de protestas tampoco podrán ser considerados como un grupo hostil que merezca un enfrentamiento militar por parte del Estado... En consecuencia, en todos estos supuestos será inconstitucional dar por supuesta la existencia de un CANI.” (Fundamento 373 de STC N° 00022-2011-PI/TC. Para el derecho internacional humanitario (DIH), CANI es el conflicto armado no internacional).

IV. SÓLO SE EXPULSA DEL ORDENAMIENTO UN ELEMENTO DE LA EXPRESIÓN “GRUPO HOSTIL” A PESAR QUE SE RECONOCE QUE LA EXPRESIÓN QUE CORRESPONDE ES LA DE “GRUPO ARMADO”

Otro aspecto a destacar de la sentencia bajo comentario es la expulsión del ordenamiento –por inconstitucional– de la expresión “*punzo cortantes o contundentes en cantidad*” de la definición de “*grupo hostil*” contenida en el artículo 4.f del Decreto Legislativo N° 1095. Así es, el TC sostiene que dicha expresión es imposible de conciliar con el bloque de constitucionalidad, en este caso, con el derecho internacional humanitario y el propio texto constitucional.¹⁵

Resultaba evidente que responder militarmente a grupos u organizaciones ciudadanas que –en el marco de protestas sociales– podrían atacar a las FFAA con lanzas, piedras o palos (por ejemplo, en el caso de las protestas de pueblos indígenas), era absolutamente desproporcionado no sólo desde la perspectiva del Derecho internacional humanitario (DIH), sino también del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)¹⁶.

Sin embargo, consideramos que el TC debió cerrar el círculo de su propio razonamiento constitucional sobre el particular y sustituir la expresión “grupo hostil” por la de “grupo armado”, a la luz del DIH que la propia sentencia se encarga de incorporar

al bloque de constitucional para resolver el presente caso.

Así es, en esta parte de la sentencia bajo comentario, el TC concluye de la siguiente manera: «... *se reafirma que los artículos 3.f y 5.1 del Decreto Legislativo N° 1095, en el extremo que se refieren al “grupo hostil”, deben ser interpretados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra y el artículo 3º común respecto de la regulación del “grupo armado”.*»¹⁷ (Subrayado nuestro)

Es decir, a la luz de este razonamiento del TC, la definición de “grupo hostil” contenida en el Decreto Legislativo N° 1095, no cumple con todos los elementos o requisitos para ser considerado un “grupo armado”, pasible de ser enfrentado militarmente por las FFAA dentro del marco constitucional. Por ende, desprendemos que para el TC la definición “grupo armado” es la más apropiada y rigurosa para marcar la frontera entre la legítima respuesta militar o legítima respuesta policial del Estado frente a posibles actos de violencia, dependiendo si provienen de “grupos armados” o de protestas sociales, respectivamente.

Por ello, no entendemos por qué no expulsó del ordenamiento la definición de “grupo hostil” y la sustituyó por la de “grupo armado”, más acorde con el DIH: para que un actor sea calificado como tal debe tener la capacidad de “*generar hostilidad*

15 Fundamento 374 de STC N° 00022-2011-PI/TC

16 “... *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.*” (Fundamento 375 de STC N° 00022-2011-PI/TC)

17 Fundamento 376 de STC N° 00022-2011-PI/TC.

militar”¹⁸, rasgo que sin duda no ostentan los grupos u organizaciones que se embarcan en protestas sociales.

En esta línea de pensamiento –de la propia sentencia bajo comentario– resulta contradictorio que el TC haya concluido que la definición de “grupo hostil” puede ser considerada constitucional porque “se concluye un fin de adecuación de la definición nacional de grupo hostil a aquella establecida en el ámbito internacional.”¹⁹, que no es otra que la de “grupo armado”.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tal como hemos desarrollado en el presente artículo, sigue estando abierta la ventana constitucional para la –en nuestra opinión– excesiva e indebida intervención de las Fuerzas Armadas en labores de orden interno, sin que necesariamente se activen los controles y filtros previstos en el artículo 137° de nuestra Constitución.

Sin embargo, en los ocho años de vigencia de la norma que permite lo anterior, el Decreto Legislativo N° 1095, las Fuerzas Armadas no han utilizado indiscriminadamente dicha herramienta legal, lo que, desde nuestro punto de vista, podría reflejar un aprendizaje de militares y policías en torno a experiencias pasadas en las que también se les encargó labores de orden interno cuando combatieron el terrorismo.

Pero el riesgo de un uso excesivo del Decreto Legislativo N° 1095 sigue latente y, por ende, consideramos que en algún momento debería retomarse el debate constitucional –tomando muy en cuenta la opinión de las propias instituciones castrenses–, en torno a la conveniencia –o no– de mantener supuestos de intervención de las fuerzas armadas en labores de orden interno, más allá de lo previsto en el artículo 137° de nuestra Constitución o si habría que modificar –o no– el marco constitucional vigente.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- LOVATÓN, David. 2007. *Tribunal Constitucional y reforma de la justicia militar*. Lima: Palestra Editores, Colección Derecho PUCP.
- LOVATÓN, David. 2010. “La reforma de la justicia militar por parte del Tribunal Constitucional del Perú”. En: *La justicia militar entre la reforma y la permanencia*. Rial, Juan (compilador), Buenos Aires: Red de seguridad y defensa de América latina (Resdal), pp. 123-136.
- MC EVOY, Carmen. 2013. *En pos de la República, Ensayos de historia política e intelectual*. Lima: Centro de estudios Bicentenario, Municipalidad Metropolitana de Lima, Asociación Educacional Antonio Raimondi.
- Tribunal Constitucional. 2015. STC N° 00022-2011-PI/TC. Recuperado el 29 de Octubre del 2018 de <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20151008_02.pdf>

18 Punto iii) del Fundamento 368 de STC N° 00022-2011-PI/TC.

19 Fundamento 370 de STC N° 00022-2011-PI/TC.

Jorge Félix Ampuero Begazo¹

CONCEPTO SISTÉMICO, METODOLÓGICO Y ESTRATÉGICO DE LA TEORÍA DEL CASO EN EL MANUAL DE ACTUACIONES FISCALES

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. MÉTODO; III. MATERIALES: MARCO TEÓRICO; III.1. TEORÍA DEL CASO EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL; III.2. CONCEPCIONES Y CONCEPTOS; III.3. CONCEPCIÓN NARRATIVA Y ORIENTACIÓN A LA PERSUASIÓN; III.4. CONCEPCIÓN SISTÉMICA Y LA VERDAD COMO CORRESPONDENCIA; III.5. CONCEPCIÓN SISTÉMICA Y TEORÍA DEL CASO COMO ESTRATEGIA; IV. RESULTADOS; IV.1. CONCEPTO DE LA TEORÍA DEL CASO; IV.2. PRIORIDAD: TEORÍA DEL CASO EN EL MANUAL DE ACTUACIONES FISCALES; V. DISCUSIÓN; Y VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Es notoria la importancia de la teoría del caso en el modelo acusatorio del proceso penal, pero su concepto no ha sido lo suficientemente explicado por la doctrina y menos por la legislación, lo que convierte en ambigua su comprensión debido a la existencia de las concepciones narrativa y sistémica, que le atribuyen nociones hasta cierto punto antagónicas. Este problema afecta a la Fiscalía Militar Policial, como principal órgano del Fuero Militar Policial encargado de emplear esta valiosa herramienta procesal, por lo que con el presente artículo de investigación se busca darle solución a través de la proyección de un concepto en el “Manual de Actuaciones Fiscales”, que ayude a los Fiscales Militares Policiales a construir su teoría del caso con fines de conducir la investigación del delito de función y presentar con éxito su pretensión en el juicio oral.

1 Coronel de la FAP, Fiscal Supremo Adjunto Coordinador del Fuero Militar Policial, ex Presidente del Tribunal Superior Militar Policial del Centro, ex Director de Asesoría Jurídica de la FAP, magíster en Derecho Penal Militar, docente universitario en las asignaturas de Derecho Penal Militar, Derecho Penal Económico, Proceso Contencioso Administrativo y Gestión Pública.

La investigación y alternativa de solución, se lograron gracias al empleo de métodos propiamente jurídicos, como: el dogmático, el comparativo (en el que se hace referencia a la “estrategia adecuada” de Manuel Atienza) y el prospectivo. Como marco teórico se tocaron los temas de la teoría del caso en la legislación procesal penal, sus conceptos y concepciones, así como las concepciones narrativa y sistémica. En los resultados se aborda la parte principal relacionada a la solución del problema planteado, vía la proyección del concepto de la teoría del caso, en el que se da preeminencia a una de las concepciones en mención, atendiendo a la naturaleza de la función fiscal. Por último, se toca la discusión donde se fundamenta el por qué no se consideran características de una concepción en el concepto de la teoría del caso que se propone.

ABSTRACT

The importance of the theory of the case in the accusing model of the criminal process is notorious, but its concept has not been sufficiently explained by the doctrine and less by the legislation, which makes its understanding ambiguous because of the existence of the narrative and systemic conceptions, which attribute to some extent antagonistic notions. This problem affects the Police Military Prosecutor's Office, as the main organ of the military and police jurisdiction responsible for employing this valuable procedural tool. The intent of this research is to solve this problem through the projection of a concept in the “Manual of tax proceedings”, which helps Police Military Prosecutors to build their theory of the case for the purpose of conducting investigation on the crime of function and presenting successfully their pretension in the oral

judgement. Research and alternative solution were achieved using proper methods such as: the dogmatic, the benchmark (which refers to the “appropriate strategy” by Manuel Atienza) and prospective. As a theoretical framework, the subjects of the theory of the case were touched in the criminal procedural legislation, their concepts and conceptions, as well as the narrative and systemic conceptions. The results address the main part related to the solution of the problem posed, via the projection of the concept of the theory of the case, in which preeminence is given to one of the conceptions in mention, according to the nature of the function of the prosecutor. Finally, it touches the discussion where it is based on why they are not considered characteristics of a conception in the concept of the theory of the proposed case.

I. INTRODUCCIÓN

Con la aprobación del Código Procesal Penal del 2004 (en adelante CPP), nuestro país se alineó a la tendencia de varias naciones de América Latina (como Argentina, Paraguay, Chile, Bolivia, Venezuela, Colombia, Costa Rica, Honduras, El Salvador y Ecuador) de contar con códigos de proceso penal modernos, estructurados sobre la base del modelo acusatorio, siendo su razón de ser, según la exposición de motivos del CPP, la necesidad de que los países de este lado del continente adecuen su legislación a los estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Este giro del modelo inquisitivo al acusatorio con rasgos adversariales, impone un

viraje radical en nuestro sistema procesal penal, en donde ahora, como lo expresa Peña Gonzales, “(l)os abogados, magistrados y, en general, todas las partes del proceso, tendrán que aprender nuevas estrategias de litigación y desarrollar destrezas y técnicas que antes consideraban lejanas a nuestra realidad, propias o particulares del proceso anglosajón (...). Todas estas técnicas deben ser desplegadas sobre la base de estructuras metodológicas nuevas que faciliten el trabajo de los litigantes. Es imperativo conocer, ahora, conceptos novedosos (...), hasta ahora poco conocidos y practicados en el Perú”². Una de esas nuevas estrategias de litigación y concepto novedoso, viene a ser la teoría del caso.

El CPP no hace mención expresa a la teoría del caso, pero la deja percibir en el alegato de apertura del juicio regulado en el artículo 371°, cuando en su inciso 2 regula la forma en que las partes harán llegar al juzgador su posición inicial y en el caso del fiscal “expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas”. Esta norma tiene relación con la atribución otorgada al fiscal por el artículo 65°, inciso 4, del mismo cuerpo legal, que lo faculta en la investigación del delito destinada a ejercitar la acción penal, a decidir la estrategia de investigación adecuada al caso (artículo modificado por la Ley N° 30076).

En el caso de nuestro Código Penal Militar Policial (en adelante CPMP) tampoco hace referencia expresa a la teoría del caso, siendo su artículo 399° el que tiene cierta semejanza al artículo 371° del CPP,

con la diferencia de que en los alegatos de apertura del juicio, el Vocal o el Tribunal Superior Militar Policial solamente “solicitará al fiscal y al actor civil que fundamenten y señalen con precisión los cargos contra el imputado”.

Hasta aquí queda claro que la literalidad de las leyes procesales penales mencionadas, no dan concepto alguno sobre la teoría del caso, lo cual es una regla técnica para las normas con rango de ley, por cuanto así no se encasillarán y se permitirá el desarrollo de la situación de la realidad regulada. Sin embargo, salta a la vista un problema de ambigüedad en cuanto a su comprensión que es necesario aclarar, por tratarse de una valiosa herramienta procesal, cuya importancia está bastante difundida en los sistemas procesales penales de los países latinoamericanos a los que se ha hecho referencia anteriormente, incluido el nuestro.

El problema planteado parece trasladarse a la doctrina procesal, donde una inicial investigación exploratoria permite establecer la falta de uniformidad en los conceptos de la teoría del caso, debido a la presencia de dos concepciones sobre esta materia: una, que le atribuye el carácter narrativo y, la otra, que le da un enfoque sistémico.

Esta ambigüedad también se presenta en el ámbito procesal del Fuero Militar Policial, donde el único instrumento reglamentario que ha tenido la virtud de normar la teoría del caso, como es el “Manual de Actuaciones Fiscales y Formatos Técnicos del Fiscal Militar Policial” (en adelante “Manual de Actuaciones Fiscales”), incurre

2 Citado por Salas Beteta, Christian; *El Proceso Penal Común*, Gaceta Jurídica, primera edición, Lima, junio, 2011, pág. 305.

en la misma duplicidad de nociones al conceptualizarla en su artículo 10°, en estos términos: “Es, en definitiva, nuestra simple, lógica y persuasiva historia acerca de lo que ‘realmente ocurrió’; para líneas más adelante definirla así: “La teoría del caso es el planteamiento que el fiscal construye en base a los hechos penalmente relevantes, los fundamentos jurídicos que lo apoyan y los elementos de convicción o evidencias que lo sustentan”³.

Se ve en la disposición reglamentaria antes detallada, que hay dos nociones de la teoría del caso en su concepto: una primera, que la trata como una “historia”; y la otra, que le da un matiz más técnico, al considerarla como “planteamiento”. Entonces, se presenta un problema al que podemos plantear así: ¿es la teoría del caso una historia o planteamiento?

La respuesta a esa cuestión o problema es importante porque permitirá a los Fiscales Militares Policiales comprender mejor la teoría del caso y sentar los cimientos doctrinarios sobre los cuales se va a edificar su estructura, por lo que la investigación y resultado al que se llegará, adquieren relevancia teórica.

Pero, como tiene que ser, este artículo de investigación también va a dar un aporte práctico, que será tratado como prioridad y consistirá en la implementación de un concepto en el Manual de Actuaciones Fiscales, que le sea útil a la función de los Fiscales Militares Policiales, en la futura construcción de la teoría del caso con miras a litigar

con éxito en la etapa cumbre del proceso penal acusatorio, el juicio oral.

Por último, se concluye el presente trabajo con la discusión, los anexos y la bibliografía, destacándose en la discusión el aspecto controvertido de la preeminencia de las concepciones narrativas o sistemáticas de la teoría del caso.

II. MÉTODO

Se deduce de la introducción que el problema que se tratará es de índole netamente jurídico, pero ha sido sólo planteado genéricamente, por lo que corresponde definirlo técnicamente para que la investigación que le va a dar solución tenga el rigor de científica. Es por esta razón que definimos el problema de este trabajo así: ¿Cuál es el concepto de la teoría del caso más idóneo o adecuado para la litigación penal que efectuarán los Fiscales Militares Policiales?

Definido en esa forma el problema se plantea la hipótesis en el sentido de que habiendo regulado el “Manual de Actuaciones Fiscales” un concepto de la teoría del caso con dos concepciones hasta cierto punto antagónicas, como son: la primera, con una perspectiva de “historia”, en un primer momento; y la otra, con una concepción de “planteamiento” al final; se hace necesario seleccionar una concepción que debe primar para que sirva al Fiscal Militar Policial en la construcción de su teoría del caso, con miras a una eficaz intervención en el juicio oral.

3 Este manual ha sido aprobado mediante la Resolución Administrativa N° 037-2013-PFSMP/SP del 27 de diciembre del 2013, expedida por el Presidente la Fiscalía Suprema Militar Policial.

Siendo el problema definido de carácter jurídico, la investigación tendiente a solucionarlo también tendrá esta naturaleza jurídica o dogmática, porque su objeto lo constituyen las normas jurídicas relacionadas a la teoría del caso. Identificada como investigación jurídica la presente, podemos válidamente afirmar que el método idóneo a emplear es el clásico de la interpretación jurídica con sus diversos tipos, de los cuales escogemos para dar solución al problema el método dogmático, por su relación primordial con las normas y su estructura, de la cual también forma parte el tema conceptual.

Resulta pertinente describir la noción del método dogmático que realiza QUIROZ SALAZAR, quien nos dice que “consiste en un análisis de la letra del texto (norma), en su descomposición analítica en elementos (unidades o dogmas), en la reconstrucción en forma coherente de esos elementos, lo que arroja por resultado una construcción o teoría jurídica”⁴. Sostenemos que uno de los constructos de la dogmática y teoría jurídica vienen a ser los conceptos, respecto a los cuales WITKER les da una valía significativa para la investigación jurídica, cuando expresa lo siguiente: “el jurista trabaja con un instrumental; no es un instrumental visible y brillante como el que se encuentra en los gabinetes de Física, en los laboratorios del biólogo, en el maletín del cirujano, pero es un instrumental tan eficaz como todos esos

para las dichas disciplinas; es el repertorio de los conceptos, gracias a los cuales puede apoderarse eficazmente de su materia”⁵.

En segundo término, se hizo uso del método comparativo para completar la solución al problema, que es un método que “tiene por finalidad identificar las relaciones de similitud, identidades y diferencias entre los sistemas jurídicos comparados y el de confrontación”⁶; y con el cual se va a comparar la concepción narrativa de la teoría del caso, con la que le atribuye un enfoque sistémico, para que, junto al método dogmático, se obtenga el concepto más idóneo que permita a los Fiscales Militares Policiales construir la teoría del caso más conveniente a su función de investigación y litigación.

Un ejemplo de aplicación del método comparativo en el ámbito jurídico, lo da Manuel Atienza cuando de varios conceptos obtuvo el mejor para la argumentación jurídica, resolviendo así la controversia, por lo que calificó a este ejercicio metodológico como su “estrategia adecuada”, la que consistió en utilizar la distinción entre concepto y concepciones, con la cual aclara al final la complejidad del concepto que trataba, a través de la unidad en la diversidad de concepciones⁷. La pertinencia de esta estrategia a nuestro estudio salta a la vista, debido a que se van a revisar varios conceptos de la teoría del caso, muchos de los cuales van a

4 Quiroz Salazar, William; *La Investigación Jurídica*, IMSERGRAF EIRL, primera edición, Lima, Diciembre 1998, pág. 50.

5 Witker, Jorge; *La Investigación Jurídica*, McGraw-Hill, primera edición, México, 1995, pág. 3.

6 Quiroz Salazar, William; op. cit., pág. 47.

7 Atienza, Manuel; *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trotta, segunda reimpresión, Madrid, mayo, 2014, pág. 109.

ser distintos entre ellos por adherirse a alguna de las concepciones antagónicas.

Por último, se aplicó el método prospectivo con el cual se le da a este artículo una vocación de trascendencia práctica y útil, ejecutando los conocimientos básicos obtenidos a la realidad jurídica, siendo tratado este aporte en la prioridad y consiste en la implementación de un concepto de la teoría del caso en el “Manual de Actuaciones Fiscales”.

III. MATERIALES: MARCO TEÓRICO

III.1. Teoría del caso en la Legislación procesal penal

Habiendo definido el problema con la interrogante ¿Cuál es el concepto de la teoría del caso más idóneo o adecuado para la litigación penal que efectuarán los Fiscales Militares Policiales?, se infiere que el objetivo es construir el concepto que permita al Fiscal Militar Policial construir la teoría del caso idónea para litigar con éxito en el juicio oral.

Ese objetivo obliga a comenzar por investigar si en el CPP o en el CPMP o en sus reglamentaciones, se han definido la teoría del caso, por cuanto el principio de legalidad no sólo tiene la calidad de orientador en lo penal y procesal penal, sino que es de aplicación obligatoria para los sujetos procesales y, con mayor razón, para los funcionarios públicos como es el caso de los jueces y fiscales.

Es por ello que se ha escogido como uno de los métodos de apoyo en nuestra

investigación al dogmático, caracterizado por realizar la interpretación y aplicación con base en la ley y las categorías que conforman su sistema. En el presente caso, la ley es la que regula lo procesal penal y su sistema conformados por el CPP y el CPMP, por lo que se investigó si en estas leyes y sus reglamentaciones, se ha definido la teoría del delito.

Como dije anteriormente, siguiendo una buena técnica legislativa que permite el desarrollo de las instituciones que regulan las leyes, tanto el CPP como el CPMP no han definido ni conceptualizado la teoría del caso. Cosa distinta sucede con sus reglamentaciones relacionadas al aspecto propiamente procesal, en donde dos manuales sí han optado por esta técnica.

Los reglamentos a los que se hace mención, tienen la forma de manuales y reglamentan el CPP y el CPMP. El primero de ellos, reglamenta el CPP y es el Manual para el Desarrollo del Plan de Investigación del Ministerio Público, el mismo que da la siguiente noción de la institución jurídica que tratamos: “La teoría del caso es una herramienta de planificación y ejecución, que se va construyendo desde la noticia criminal y se concluye con la verificación de las hipótesis, para que sirva de fundamento en el juicio”⁸.

En el caso de los reglamentos del Fuero Militar Policial, sólo tiene la virtud de dar el concepto de la teoría del caso el “Manual de Actuaciones Fiscales”, en su artículo 10º, pero en dos sentidos que traen como consecuencia el problema de ambigüedad en

8 Ministerio Público; *Manual para el Desarrollo del Plan de Investigación*, aprobado mediante la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1700-2013- MP-FN del 14 de junio del 2013, pág. 32.

su comprensión, como se mencionó en la introducción.

No se ha podido encontrar otros cuerpos legales o reglamentarios que hagan expresa mención al concepto de la teoría del caso, pero los conceptos regulados en los manuales descritos, dan a entender que tenemos una regulación normativa que debemos cumplir al interpretarla y aplicarla, por imperio del principio de legalidad.

Como se dijo, la hipótesis del presente trabajo consiste en que habiendo regulado el “Manual de Actuaciones Fiscales” un concepto de la teoría del caso con dos concepciones, hasta cierto punto antagónicas, como son: la primera, con una perspectiva de “historia”, en un primer momento; y la otra, con una concepción de “planteamiento” al final; se hace necesario seleccionar una concepción que debe primar para que sirva al Fiscal Militar Policial en la construcción de su teoría del caso, con miras a una eficaz intervención en el juicio oral.

A continuación, procedemos a dar solución al problema y a resolver la hipótesis planteada, lo que se hará con ayuda de los métodos mencionados y el marco teórico que exponemos a continuación.

III.2. Concepciones y conceptos

El tema principal de nuestra investigación es el concepto de la teoría del caso más adecuado a la función de los Fiscales Militares Policiales. Ya señalamos que si bien

se encuentra bastante difundida la importancia de esta valiosa herramienta procesal, no sucede lo mismo con la comprensión de su contenido y mencionamos como prueba de ello, la falta de uniformidad en los conceptos que dan la doctrina, en donde se presentan dos concepciones sobre la teoría del caso: una, que le atribuye el carácter narrativo y la otra que le da un enfoque sistémico. Corresponde ahora comprobar esta afirmación.

Comencemos por las dos concepciones de la teoría del caso que la doctrina procesal afirma que hay, para lo cual citamos a Nakazaki Servigón, quien expresamente refiere respecto al concepto de la teoría del caso que: “Sobre este punto, podemos identificar dos grupos de modelos conceptuales. Por un lado, aquellos que denotan el carácter narrativo o explicativo de la teoría del caso y, por otro lado, aquellos que resaltan su carácter sistémico”⁹.

Dentro del carácter narrativo o explicativo de la teoría del caso, Nakazaki considera que forman parte de esta perspectiva, los siguientes autores¹⁰: Michael McCullough (la teoría del caso es la historia que el abogado quiere que acepte el juzgador), Torrico Salinas (la teoría del caso es una explicación jurídica), Abdalá Ricaulé (es el planteamiento que hace la acusación o la defensa), Claudio Lovera (constituye la narración sucinta de los hechos o de la historia ... la trama para la obra del fiscal) y, en el ámbito nacional, Salas Beteta (Planteamiento que la acusación o la defensa hace

9 Nakazaki Servigón, César; *Juicio Oral – Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004 - Sobre la etapa del juicio oral*, Gaceta Jurídica S.A., primera edición, Lima, octubre, 2009, pág. 98.

10 Ibidem, pág. 99.

sobre los hechos, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan. Se presenta en el alegato inicial como una historia que reconstruye los hechos con propósitos persuasivos hacia el juzgador).

Las nociones que este primer grupo conceptual da, resumidas en el párrafo anterior, resaltan el elemento “narrativo” en la teoría del caso, al que se añade también una característica de “explicación” desde la óptica del acusador y/o de la defensa, por lo que muy bien se considera a esta concepción como “narrativa” y/o “explicativa”.

Con relación a la concepción sistémica, consideramos que forman parte de ella: Rafael Blanco y otros (“la idea eje a partir de la cual son desplegadas las energías y estrategias a través de las cuales se diseñan los eslabones argumentativos a ser presentados en las distintas audiencias de la fase de investigación y en el juicio oral”¹¹), el propio Nakazaki Servigón (“es, por un lado, la herramienta metodológica por excelencia que tienen las partes ...; y, por otro lado, es un sistema o aparato conceptual que permite la articulación de tres niveles de análisis: fáctico, jurídico y probatorio”¹²), Baytelman y Duce (“...la pregunta... ¿qué pruebas necesitan, para acreditar cuáles son las proposiciones fácticas, que satisfagan qué elementos de cuáles teorías jurídicas son útiles?... permite afirmar que el juicio es un ejercicio profundamente estratégico, y la respuesta a

esta pregunta es lo que se conoce como ‘teoría del caso’”¹³) y la Academia de la Magistratura (“La teoría del caso... da cuenta de nuestra teoría legal y de cada uno de los elementos que la conforman, utilizando para ello las pruebas... que disponemos para apoyar cada una de nuestras proposiciones fácticas” y “...es un instrumento de planificación estratégica que debe ser elaborado por abogados y fiscales”¹⁴).

Estos conceptos, parcialmente descritos, revelan que la teoría del caso no tiene simplemente un carácter explicativo o narrativo, sino uno sistémico en donde destaca el análisis metodológico y estratégico que deben efectuar las partes en el proceso penal, ordenando y clasificando la información.

Sin embargo, la complejidad de ambas concepciones, no permiten en este momento tomar posición sobre alguna de ellas, por lo que creemos necesario previamente profundizar sobre su fundamento, lo que haremos seguidamente.

III.3. Concepción narrativa y su orientación a la persuasión

Uno de los temas de mayor estudio en el panorama filosófico-jurídico actual, está referido a establecer si la averiguación de la verdad es la finalidad del proceso. Dentro de las orientaciones que niegan esta finalidad,

11 Blanco Suárez, Rafael y otros; *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, Lexis Nexis, primera edición, Santiago, abril 2005, pág. 18.

12 Nakazaki Servigón, César; op. cit., pág. 100.

13 Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio; *Litigación Penal y Juicio Oral*, publicación del Fondo de Justicia y Sociedad (Fundación Esquel – USAID), Santiago de Chile, septiembre, 2004, pág. 35.

14 Ríos Mostajo, Hans Berly; *Material Auto Instructivo Taller “Litigación Oral”*, Academia de la Magistratura, Lima, págs. 59 y 60, respectivamente.

están las teorías idealistas o “coherentistas” de la verdad, que terminan sugiriendo que el conocimiento no tiene que ver con la realidad de los eventos concretos, de manera que no se puede hablar de hechos empíricos, sino solamente de entidades lingüísticas y de sus relaciones en el ámbito de contextos “narrativos”. Es aquí donde entran en acción las teorías narrativistas que, con referencia al proceso judicial, excluyen que pueda estar orientado hacia la determinación de la verdad de los hechos.

Uno de los fundamentos de las teorías narrativistas es que los hechos no entran en el proceso en su materialidad empírica, así que ninguno de los sujetos que participan en el proceso, especialmente el juez, los puede percibir directamente. Michelle Taruffo nos dice que “la razón banal de esto es que normalmente los hechos que se tratan de averiguar habían sucedido antes del proceso y fuera del contexto procesal. En el proceso los hechos entran como enunciados o conjunto de enunciados, que describen las circunstancias que se dieron en el pasado y que son relevantes para la solución del litigio”¹⁵. Estos enunciados o conjunto de enunciados son denominados por este gran tratadista como narraciones.

Queda claro, entonces, que en el proceso no se toman en cuenta los hechos en su materialidad empírica, sino los enunciados fácticos que significa que los sujetos procesales deben construir los hechos que sucedieron en el pasado para después narrarlos en el juicio, construcción de narraciones que deben ser el fruto de actividades, creativas, expresadas por los sujetos que las

elaboran de una manera similar a la que cualquier narrador utiliza para componer una historia que se presenta como coherente, creíble y narrativamente buena.

Las teorías de la narración son muy interesantes para entender cuáles son las características de una narración que se considera buena, visto que aparece como creíble, persuasiva, interesante o coherente. En especial, muestran cómo una narración es más persuasiva y eficaz mientras más se funde en estereotipos, modelos de hechos y de acontecimientos, tramas e historias típicas que existen en el bagaje cultural de los sujetos que son los destinatarios –el público– de las narraciones. En gran medida, lo que las teorías narrativas dicen en torno a las narraciones en general, vale también para las narraciones procesales, en tanto son más o menos buenas, desde el punto de vista narrativo, según sean coherentes, bien organizadas y bien contadas.

Estas teorías tienen, sin embargo, un rasgo relevante que consiste en que no tratan la eventualidad de que la narración describa acontecimientos que se suponen ocurridos en el mundo real. Por así decirlo, el mundo real no cuenta para el verdadero narrador porque toma en consideración solamente las narraciones y sus características y no se interesa en cualquier otra cosa que se ubique fuera de la narración. Es por ello que se afirma que para la narración no cuenta si los hechos, personas o sucesos existieron o si fueron fruto de la imaginación del autor de la narración, como pasa, por ejemplo, en una novela, en un cuento o en cualquier obra literaria.

15 Taruffo, Michele; *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, primera edición, 2013, pág. 16.

La teoría narrativa se relaciona con la teoría de la coherencia, radica en que el único nivel posible para la verdad es el de los enunciados, es el lenguaje y los relatos. Se trata de una teoría coherentista en el ámbito de los análisis semióticos del proceso judicial, en los cuales se presta especial atención a los relatos que narran las partes, los testigos y los abogados. Dado que los discursos y los relatos judiciales son lo único que se toma en cuenta desde este punto de vista, el proceso se considera como un diálogo o como una situación en la cual la gente cuenta historias que son fundamentalmente similares a novelas. Tal concepción considera los elementos de prueba no como un recurso heurístico que supuestamente usa el juzgador con el fin de establecer la verdad de los hechos litigiosos, sino como un recurso “persuasivo”, cuyo objetivo es simplemente crear en la mente del juez o jurado, una creencia acerca de la credibilidad de uno de los “relatos” contados en el curso del litigio.

Este enfoque, como bien lo expresa Michelle Taruffo, es típico del punto de vista de los abogados en el contexto del proceso, sean abogados defensores del imputado o del agraviado, dado que el propósito del abogado es justamente influir en la opinión del juez a fin de obtener una decisión favorable. Y así lo ha comprobado este gran tratadista, cuando expresa: “En realidad, el abogado no es alguien que busque la verdad de manera neutral y desinteresada: su enfoque típico es el de una persona interesada en lograr la victoria, aunque no se encuentre la verdad. Es más, sería mucho mejor no descubrir la verdad, desde la perspectiva del

abogado, si la verdad resultara contraria a los intereses de su cliente”¹⁶.

Situación distinta sucede con la posición del juez quien, por su neutralidad y objetividad, se espera que decida sobre el caso eligiendo una versión verdadera de los hechos en litigio. Por lo tanto, a él sí se le exige que use los medios de prueba como un recurso heurístico y no como un argumento persuasivo.

III.4. Concepción sistémica y verdad como correspondencia

Si los defensores de la concepción sistémica nos hablan de una teoría del caso como una “articulación de tres niveles de análisis: fáctico, jurídico y probatorio”, así como de una respuesta a la pregunta “¿qué pruebas necesito, para acreditar cuáles son las proposiciones fácticas, que satisfagan qué elementos de cuáles teorías jurídicas son útiles?” y que “da cuenta de nuestra teoría legal y de cada uno de los elementos que la conforman, utilizando para ello las pruebas... que disponemos para apoyar cada una de nuestras proposiciones fácticas”; entonces, lógicamente, estas nociones dan a entender que la teoría del caso tiene un enfoque sistémico, por estar estructurado por un conjunto de componentes que se relacionan e interactúan entre sí y que ordenadamente contribuyen a su funcionamiento.

Gracias a la concepción sistémica, forman parte de la estructura de la teoría del caso los elementos fáctico, jurídico y probatorio. Si falta alguno de esos elementos, no existe la teoría del caso. Pero, para perfeccionar la teoría

16 Taruffo, Michele; *Teoría de la Prueba*, ARA Editores E.I.R.L., 1ra. edición, 1ra. reimpresión, Lima, 2015, págs. 25 y 26.

del caso no es suficiente la presencia pasiva de estos componentes, sino un procedimiento de análisis por niveles. Este procedimiento es el que también otorga a la concepción sistémica de la teoría del caso una característica metodológica, por lo que bien puede denominarse concepción sistémica o metodológica.

Por otra parte, consideramos que, en esta concepción, a diferencia de la narrativa o explicativa, da mayor importancia a la prueba, por cuanto si falta este componente no habría teoría del caso, debido a que lo fáctico y lo jurídico resulta insuficiente. Es por ello que resultan pertinentes estas palabras que cita el Manual para el Desarrollo del Plan de Investigación del Ministerio Público: “Recordemos que los hechos no subsumibles dentro del tipo penal, son historia, pura y simple; los hechos si subsumibles dentro del tipo penal, respecto al que no existen pruebas, son pura historia delictiva; los hechos sí subsumibles dentro del tipo penal y sustentados con elementos de convicción, permiten construir una historia con significado penalmente relevante denominada teoría del caso”¹⁷.

Esta preponderancia a la prueba nos permite entender que uno de los fundamentos de la concepción sistémica de la teoría del caso, se encuentra en la teoría de la verdad judicial basada en la correspondencia, que sostiene que las decisiones judiciales sobre los hechos deben adecuarse a la verdad para que puedan ser justas y correctas. Desde esta óptica, la condición más importante es que los hechos han de ser establecidos correctamente tomando como base los elementos de prueba relevantes y

pertinentes, como una condición necesaria para la correcta aplicación de las normas jurídicas sustantivas.

Entonces, la cuestión no es sólo de relatos contados ni de lenguaje y coherencia narrativa. El contenido de la decisión es verdadero cuando coincide o se corresponde con los sucesos que realmente ocurrieron en la situación empírica que está en la base de la controversia judicial. La función de la prueba es justamente ofrecer al juzgador conocimientos fundados empírica y racionalmente acerca de los hechos de la causa, no recopilar historias contadas por algunas personas acerca de tales hechos. Así, la teoría de la correspondencia resulta idónea y coincide mucho mejor con una concepción de la decisión basada en la justicia y la verdad, puesto que “ninguna decisión puede considerarse justa si se basa en una reconstrucción errónea, no verdadera, de los hechos que forman el objeto del proceso”, como dice Jerome Frank.

III.5. Concepción sistémica y teoría del caso como estrategia

Sin embargo, no sólo se ha destacado la característica sistémica en los conceptos de la teoría del delito que dan sus defensores, sino también la estratégica, como se desprende de las nociones de Rafael Blanco y otros (“la idea eje a partir de la cual son desplegadas las energías y estrategias...”), de Nakazaki Servigón (“es, por un lado, la herramienta metodológica por excelencia que tienen las partes...”), Baytelman y Duce (“...la pregunta...

17 Ministerio Público; *Manual para el Desarrollo del Plan de Investigación*, aprobado mediante la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1700-2013- MP-FN del 14 de junio del 2013, pág. 33.

¿qué pruebas necesito, para acreditar cuáles son las proposiciones fácticas, que satisfagan qué elementos de cuáles teorías jurídicas son útiles?... permite afirmar que el juicio es un ejercicio profundamente estratégico) y la Academia de la Magistratura (“La teoría del caso es un instrumento de planificación estratégica que debe ser elaborado por abogados y fiscales”).

Podemos decir que esta característica de estratégica de la teoría del caso, se gestó en 2004, con la instauración del sistema acusatorio en el Perú vía el CPP, gracias al cual se superó el modelo procesal mixto que tenía una notoria tendencia al inquisitivo, criticado por ser poco respetuoso de las garantías procesales constitucionales del investigado o imputado, así como poco proclive a la participación activa de las partes, debido al monopolio que tenía el juez instructor en la investigación del delito, cuyas diligencias realizadas por él adquirirían el valor de prueba, con lo cual nada nuevo se aportaba al debate o juicio oral, quedando los principios de inmediación y contradicción debilitados al menospreciarse el debate directo y público, como método de interacción entre los actores del proceso penal (fiscal, defensor, imputado, agraviado), con lo que se dejaba las expectativas a merced de la buena voluntad de un juez que concentraba las atribuciones de investigación, acusación y juzgamiento, en un marco de ritualidad en que se privilegiaba la escrituración.

Con el nuevo modelo procesal penal acusatorio se privilegia el garantismo, vía el respeto de los derechos procesales

constitucionales del investigado e imputado, la separación de funciones (el fiscal tiene la función de acusar y el juez la de juzgar), el otorgamiento activo a las partes de los roles de acusación y defensa, así como la división del proceso penal en etapas en donde la principal y fundamental viene a ser el juicio oral, tanto así que Baytelman y Duce afirman que “En un modelo acusatorio, el proceso penal es el juicio oral” y que “La investigación criminal no pasa de ser un conjunto de actos administrativos”¹⁸. La misma importancia le da la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos del Pacto, cuando define al juicio como una audiencia oral y pública, de naturaleza adversarial, en el que las partes tienen la posibilidad de presentar evidencia, contradecir la evidencia presentada por sus contrapartes y presentar sus argumentos al tribunal. Así, el juicio se erige en el derecho central del debido proceso, por estar revestido de elementos indispensables del mismo tales como la oralidad, la publicidad y la contradicción.

Gracias a la trascendencia del juicio oral y al nuevo enfoque del proceso penal acusatorio, se privilegia la intervención de las partes sobre la del juez, que ahora se limita a ser un tercero imparcial que va a resolver la controversia, pero respetando los principios de inmediación, publicidad y contradicción. Si bien con este nuevo sistema se da mayor protección a las garantías procesales del imputado y permite un mayor dinamismo a la intervención de las partes, la contienda las obliga a convertirse en buenos litigantes para que, a través

18 Baytelman A., Andrés; y Duce J., Mauricio; op. cit., pág. 14.

de la activación de estrategias y adopción de conductas mucho más persuasivas ante tribunales imparciales, logren tener éxito en el juicio oral. Es por este motivo que Baytelman y Duce afirman, con razón, que “Cuando decimos que la litigación de juicios es un ejercicio estratégico... queremos decir que el tribunal debería tener algún chance de dar con lo que realmente ocurrió –de dar con la verdad– ello depende de que las partes puedan presentarle un relato coherente, claro, completo y creíble acerca de los hechos, decimos que este es el método del sistema acusatorio” ¹⁹.

Refuerza el anterior criterio doctrinario la Academia de la Magistratura, cuando al ampliar su concepto sobre la teoría del caso, define su enfoque estratégico sosteniendo que: “Está vinculada a una imputación penal y tiene por finalidad definir los propósitos, así como los objetivos y acciones estratégicas; de negociación y/o litigación penal, en las diferentes etapas del proceso penal (Preparatoria, Intermedia, Juzgamiento, Impugnación)” ²⁰.

Pero, ¿por qué la estrategia recibe tanta importancia por parte de doctrinarios del sistema acusatorio del proceso penal? Para responder a esta pregunta, es necesario tener una noción de lo que es la estrategia. Como arte tuvo su origen en el campo militar. “El Arte de la Guerra” de Sun Tzu y las ideas de Pericles de Atenas, pueden ser considerados como los antecedentes más notables de esta disciplina. Luego vinieron

los escritos sobre estrategia política, de los cuales “El Príncipe” de Maquiavelo es, de lejos, el más famoso de todos. La eficacia en esos campos permitió que el ámbito empresarial la adoptara y su éxito obligó a copiarla por la administración pública, vía el planeamiento estratégico que forma parte de la gestión por resultados.

La razón de la importancia de la estrategia en la ciencia de la administración, es su necesidad en un medio competitivo (como el militar, político, empresarial, deportivo, etc.), en donde los objetivos de una organización suelen frecuentemente ingresar en un curso de colisión con los objetivos de otras organizaciones, las cuales en razón de tal circunstancia se constituyen en competidores. Este aspecto competitivo ha llevado a los pensadores franceses Dixit y Nalebuf a definir la estrategia en esta forma: “Pensar estratégicamente es el arte de superar a un adversario a sabiendas que el adversario está tratando de hacer lo mismo con uno” ²¹.

Estimamos que esta importancia de la estrategia ha trascendido al proceso penal acusatorio, porque en este hay “adversarios” que, como en la guerra o en la competencia empresarial, están en litigio y tienen versiones en competencia, construidas sobre la base de proposiciones fácticas, para convencer a ese tercero imparcial que es el juez, a través del mejor relato y sustentación de la prueba, puesto que esta no habla por sí sola, todo lo cual se va a desarrollar en el juicio,

19 Baytelman A., Andrés; y Duce J., Mauricio; Op. cit., pág. 29.

20 Ríos Mostajo, Hans Berly; Op. cit., pág. 60.

21 Medianero Burga, Daniel; *Guía Metodológica – Planeamiento en el Sector Público*, Lima, Agosto del 2008, pág. 3.

que así se va a convertir en un ejercicio profundamente estratégico.

Estos adversarios, si quieren tener éxito en el juicio, deben ir bien preparados y esto sólo se logra con una buena planificación o planeamiento (la Real Academia Española les da nociones similares al remitirlos a “hacer planes o proyectos”). Este planeamiento debe ser estratégico, al cual el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN) lo define así: “Es el proceso sistemático construido sobre el análisis continuo de la situación actual y el pensamiento orientado al futuro, el cual genera información para la toma de decisiones con el fin de lograr los objetivos estratégicos establecidos”²². Su tendencia a futuro y remisión a los objetivos, permitieron a la Academia de la Magistratura adecuarlo a la teoría del caso y afirmar “que la planificación estratégica del juicio oral debe estar orientada hacia la obtención de una decisión judicial motivada que ampare nuestros objetivos” y que “la estrategia comprende básicamente la definición de los grandes objetivos”²³.

Estos “grandes objetivos” son para las partes, los fundamentos de hecho y de derecho de sus pretensiones, que deben ser planteados como objetivos estratégicos con las acciones estratégicas necesarias, con el fin de que, a futuro, la resolución judicial motivada las ampare. Adquieren la calidad de “objetivos estratégicos” cuando son de naturaleza fáctica, probatoria y normativa.

Este último razonamiento refuerza el carácter sistémico de la teoría del caso.

También se debe tener en cuenta que uno de los principales métodos de la estrategia es el conocido por las siglas FODA, que consiste en el análisis que realiza el estratega de las fortalezas propias, de las debilidades de su adversario y de las oportunidades y amenazas que le presentan el entorno externo. Resulta conveniente su empleo por parte de los litigantes, por cuanto su esfuerzo de preparación para el juicio, se focalizará en probar lo que afirma y desfigurar la posición de la contraparte, preparación que debe efectuarse con una anticipación debidamente planeada. Aquí otro argumento más a favor de la importancia del planeamiento estratégico.

Entonces, a la pregunta formulada por Bayteman y Duce como: ¿qué pruebas necesito, para acreditar cuáles son las proposiciones fácticas, que satisfagan, qué elementos de cuáles teorías jurídicas son útiles? Y que les permitió afirmar que el juicio es un ejercicio profundamente estratégico y dejar pendiente la respuesta que daría la definición de su “teoría del caso”, la podemos completar diciendo que esta respuesta es: La teoría del caso permite al litigante recopilar las pruebas que necesita, elaborar las proposiciones fácticas que satisfagan los elementos de las teorías jurídicas, que serán útiles para el logro de su objetivo: obtener una resolución judicial motivada que ampare sus pretensiones.

22 Centro Nacional de Planeamiento Estratégico; *Glosario – Plan Estratégico de Desarrollo Nacional al 2021*, primera edición, Lima, setiembre 2014, pág. 57.

23 Ríos Mostajo, Hans Berly; Op. cit., pág. 61 y 62, respectivamente.

IV. RESULTADOS

IV.1. Concepto de la teoría del caso

Haciendo uso del método comparativo con la finalidad identificar las relaciones de similitud, identidades y diferencias entre las concepciones y conceptos comparados y en confrontación, así como con la ayuda de la “estrategia adecuada” de Manuel Atienza, quien utilizó la distinción entre concepto y concepciones, aclarando al final la complejidad de la noción que trataba, a través de la unidad en la diversidad de concepciones sobre el particular, se logró tomar posición con relación a las dos concepciones que hemos desarrollado, así como concretar el concepto de la teoría del caso.

En primer término, la comparación entre las concepciones narrativa o explicativa y sistémica o metodológica, permite extraer las siguientes ventajas y desventajas, lo que desarrollaremos seguidamente.

Con relación a la concepción narrativa o explicativa, sus ventajas se encuentran por el lado que proporciona dos herramientas útiles para el litigante: las proposiciones fácticas y la narración. Con el empleo de las proposiciones fácticas, que describen las circunstancias que se dieron en el pasado y que son relevantes para la solución del litigio, se suplen a los hechos, debido a que estos no entran en el proceso en su materialidad empírica y el juez no los puede percibir directamente. Construidos los hechos que sucedieron en el pasado, vía las proposiciones fácticas, posteriormente se da la narración en el juicio con la finalidad práctica de persuadir y lograr convicción en el juez sobre la pretensión del litigante. La desventaja es que, con referencia al proceso judicial, excluye que pueda estar orientado

hacia la determinación de la verdad de los hechos; es decir, no tiene rasgo relevante que la narración describa acontecimientos que se suponen ocurridos en el mundo real, sino sólo que persuada, convenza o guste al destinatario, como pasa, por ejemplo, en una novela, en un cuento o en cualquier obra literaria.

En lo concerniente a la concepción sistémica, metodológica o estratégica, sus virtudes las podemos centrar en el orden que proporciona a la teoría del caso un sistema y su articulación en tres niveles de análisis, como son el fáctico, el jurídico y el probatorio, lo que implica un avance tendiente a su eficaz funcionamiento. La otra ventaja está en la mayor relevancia que le da a la prueba y, por tanto, a la verdad procesal, que tiene como referencia a la teoría de la verdad judicial basada en la correspondencia que sostiene que las decisiones sobre los hechos deben adecuarse a la verdad para que puedan ser justas y correctas. La desventaja es que no emplea como herramienta a la narración, con lo que se pierde una de sus mayores virtudes, como es la persuasión, debido a que la técnica de la narración otorga técnicas de persuasión, convencimiento o deleite al destinatario.

Otra ventaja de la concepción sistémica que merece separado tratamiento, es el enfoque estratégico que le da a la teoría del caso y el empleo de su método de análisis FODA. La fortaleza de la teoría del caso radica en el análisis estratégico de los hechos en lo fáctico, jurídico y probatorio. Tan imprescindible es el análisis de estos tres niveles que si falta uno, no existe teoría del caso. Para perfeccionar este análisis, es pertinente añadir otro dirigido a las debilidades de la parte adversaria. Es por ello

que, con buen criterio, tenemos que una de las obras más destacadas en el tema, de autoría de Blanco y otros, grafica la siguiente

plantilla que da una guía para que el Fiscal Militar Policial pueda construir su teoría del caso:

**“EJEMPLO DE PLANTILLA DE TEORÍA DEL CASO
(A SER LLENADO POR EL LITIGANTE)”²⁴**

Versión de los Hechos	Teoría Jurídica	Proposiciones Fácticas	Evidencia o Antecedente	Clasificación Evidencias	Orden de Presentación	Debilidades

Entonces, optar radicalmente por un modelo y descartar tajantemente el otro, creemos que no es una buena opción, por lo que estamos convencidos de que se deben rescatar las virtudes o ventajas de ambas concepciones y construir el concepto de la teoría del caso. Con este razonamiento comparativo y la síntesis de lo mejor de las concepciones evaluadas, se ha logrado la unidad del concepto de la teoría del caso y lo elaboramos de la siguiente manera:

La teoría del caso es la herramienta metodológica que permite a las partes en el proceso, conducir estratégicamente su pretensión y plantearla con éxito en juicio oral, a través de una narración con fines persuasivos sobre la forma en que ocurrieron los hechos, la existencia de la responsabilidad o

no del acusado y los medios de prueba que sustentan su pretensión; se perfecciona a través de un sistema de análisis en tres niveles: fáctico, jurídico y probatorio.

IV.2. Prioridad: Concepto de la teoría del caso en el Manual de actuaciones fiscales

Llega el momento en el cual se aplican los conocimientos básicos obtenidos a la práctica procesal, vía el método prospectivo, con el fin de servir a una mejor litigación de los Fiscales Militares Policiales, que les permita construir la mejor teoría del caso y presenten exitosamente su caso en el juicio oral. Coadyuvará a esta finalidad la regulación del concepto de la teoría del caso con las mejores características de las concepciones narrativa y sistémica que se han

24 Blanco Suárez, Rafael y otros; op. cit., pág. 25.

revisado, pero con una mayor inclinación a esta última.

Se considera que la teoría del caso más idónea para los Fiscales Militares Policiales, debe tener una mayor tendencia a la concepción sistémica en razón a que el fin de persuasión de la concepción narrativa, no es uno de los fines que persigue la Fiscalía por su segundo rol, no menos importante, de defensor de la legalidad y por el principio de objetividad que rige y orienta su función. La sustentación de esta posición se realizará con mayor detalle en la parte correspondiente a la discusión.

Por lo tanto, terminados los temas relacionados a la introducción, el método, el marco teórico con su análisis respectivo y los resultados, se considera como prioridad la modificación del artículo 10° del Manual de Actuaciones Fiscales, proyectando un nuevo concepto de la teoría del caso, bajo la siguiente fórmula:

“Artículo 10°.- Concepto de la teoría del caso

La teoría del caso es la herramienta metodológica que permite al Fiscal Militar Policial conducir estratégicamente la investigación de los presuntos delitos de función y plantear con éxito en juicio oral la forma en que ocurrieron los hechos, la existencia de la responsabilidad o no del acusado y los medios de prueba que sustentan su posición; se perfecciona a través de un sistema de análisis en tres niveles: fáctico, jurídico y probatorio”.

Con este nuevo concepto que se propone, la expectativa es que oriente a los Fiscales Militares Policiales en la construcción

de su teoría del caso y que le sea útil en la investigación del delito de función que realice y presentación en la etapa cumbre del proceso penal acusatorio, como es el juicio oral.

V. DISCUSIÓN

Se dejó para esta parte aspectos polémicos del trabajo, como el que se adelantó anteriormente relacionado a la razón por la cual no se ha considerado en el concepto de la teoría del delito proyectado para el Manual de Actuaciones Fiscales, la narración y su finalidad persuasiva.

Tal razón radica en la diferencia de objetivos que persiguen las partes en un proceso al momento de litigar, específicamente el abogado defensor (del imputado o del agraviado) y el fiscal. Al tratar la teoría narrativista, se afirmó, siguiendo a Michelle Taruffo, que el propósito del abogado es influir en la opinión del juez a fin de obtener una decisión favorable, sin importarle la búsqueda de la verdad de manera neutral y desinteresada, puesto que sólo se interesa en lograr la victoria por ser de interés suyo y de su cliente. Asimismo, se sustentó que situación distinta sucedía con la posición del juez quien, por su neutralidad y objetividad, se espera que decida sobre el caso eligiendo una versión verdadera de los hechos en litigio, por lo que a él sí se le exige que use los medios de prueba como un recurso heurístico y no como un argumento persuasivo, debiendo sus decisiones judiciales sobre los hechos adecuarse a la verdad para que puedan ser justas y correctas.

Esa exigencia al juez también es acorde para el fiscal, debido a su calidad de defensor de la legalidad y el estar regido por

el principio de objetividad, que lo obliga a actuar con sujeción al ordenamiento jurídico vigente y a ajustar sus requerimientos y conclusiones a las pruebas y al derecho vigente, resulte ello contrario o favorable al imputado; esto supone que se espera que hagan la pretensión de su caso, eligiendo una versión verdadera de los hechos en litigio.

Así, la narración y la persuasión sí son finalidades para los abogados litigantes, pero para los fiscales es sólo una herramienta o técnica por cuanto su función en el proceso penal se fundamenta en la defensa de

la legalidad, en el principio de objetividad y, por supuesto, en la verdad procesal.

Por lo tanto, en la función del Fiscal Militar Policial prevalece la concepción sistémica, metodológica o estrategia sobre narrativista o explicativa de la teoría del caso y con ese criterio se ha elaborado su concepto para el “Manual de Actuaciones Fiscales, estimándose suficiente que esas técnicas de narración, persuasión e incluso de coherencia, sólo formen parte de las características de la teoría del caso como actualmente lo están en el artículo 11° del indicado manual.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel; *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trota, segunda reimpresión, Madrid, mayo, 2014.
- ATIENZA, Manuel; *Las Razones del Derecho – Teorías de la Argumentación Jurídica*, Palestra Editores, cuarta edición, Lima, mayo, 2016.
- BAYTELMAN, Andrés y Duce, MAURICIO; *Litigación Penal y Juicio Oral*, publicación del Fondo de Justicia y Sociedad (Fundación Esquel – USAID), Santiago de Chile, septiembre 2004.
- BLANCO SUÁREZ, Rafael y otros; *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, Lexis Nexis, primera edición, Santiago de Chile, abril 2005.
- CENTRO NACIONAL DE PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO; *Glosario – Plan Estratégico de Desarrollo Nacional al 2021*, primera edición, Lima, setiembre 2014.
- FUERO MILITAR POLICIAL – Fiscalía Suprema Militar Policial; *Manual de Actuaciones Fiscales y Formatos Técnicos del Fiscal Militar Policial*, aprobado mediante la Resolución Administrativa N° 037-2013-PFSMP/SP, primera edición, Lima, diciembre, 2013.
- MINISTERIO PÚBLICO; *Manual para el Desarrollo del Plan de Investigación*, aprobado mediante la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1700-2013- MP-FN del 14 de junio del 2013.
- MEDIANERO BURGA, Daniel; *Guía Metodológica – Planeamiento en el Sector Público*, Lima, agosto del 2008.
- NAKAZAKI SERVIGÓN, César; *Juicio Oral – Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre la etapa del juicio oral*, Gaceta Jurídica S.A., primera edición, Lima, octubre, 2009.
- QUIROZ SALAZAR, Willian; *La Investigación Jurídica*, primera edición, IMSERGRAF EIRL, Lima, diciembre 1998.

- RÍOS MOSTAJO, Hans Berlly; *Material Auto Instructivo Taller "Litigación Oral"*, Academia de la Magistratura, Lima.
- SALAS BETETA, Cristhian; *El Proceso Penal Común*, Gaceta Jurídica, primera edición, Lima, junio, 2011.
- TARUFFO, Michele; *Teoría de la Prueba*, ARA Editores E.I.R.L., 1ra. edición, 1ra. reimpresión, Lima, 2015.
- TARUFFO, Michele; *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, primera edición, 2013.
- WITKER, Jorge; *La Investigación Jurídica*, McGraw-Hill, primera edición, México, 1995.

Aldo Nervo Atarama Lonzoy¹

JUSTICIA MILITAR COMO EXPRESIÓN DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SU APORTE A LA DEMOCRACIA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; II. NATURALEZA DE LA JUSTICIA MILITAR EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO; III. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE LA JUSTICIA MILITAR DEBE RESPETAR; IV. CONCLUSIÓN; Y, V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El autor explica que la jurisdicción es única y que la Justicia Militar no es más que un ente especializado para juzgar a militares y policías que cometen delitos de función. En ese juzgamiento se deben respetar los Derechos Humanos de estos y aplicarse todos los principios que la Constitución Política del Estado establece para la administración de justicia, coadyubando así al Estado Democrático de Derecho Constitucional y al fortalecimiento de la democracia en el Perú.

ABSTRACT

The author explains that jurisdiction is unique and that military justice is nothing more than a specialized body to judge military and police who commit crimes of function. This judgement should respect the human rights of these and apply all the principles that the Political Constitution of the State establishes for the administration of justice, contributing with the

1 Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magister en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana. Candidato a doctor por la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana. Actualmente es Presidente de la Sala Penal de Liquidación de la Corte Superior de Justicia de Loreto. Profesor de Derecho procesal penal – Litigación oral, en la Universidad Científica del Perú- Iquitos.

democratic State of constitutional law and the strengthening of democracy in Peru.

I. INTRODUCCIÓN

La Justicia Militar, su existencia, sus atribuciones y su competencia, son temas controversiales en la realidad de un país como el nuestro, en el que se ha utilizado esta institución con fines impropios. No podemos olvidar que fue usada para procesar y condenar a civiles, involucrados en supuestos delitos que no tenían que ver con bienes jurídicos castrenses, por lo que, en su momento, esos procesos fueron declarados nulos y tuvieron que realizarse nuevos juzgamientos, otorgándose todas las garantías de un debido proceso. Es necesario evaluar y exigir que esta justicia especializada no solo sea legítima, sino que contribuya a consolidar el Estado Democrático de Derecho y a fortalecer la democracia.

II. NATURALEZA DE LA JUSTICIA MILITAR EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Es una realidad, la Justicia Militar existe y es tan vieja como la administración de justicia ordinaria. En términos más actuales, nació con la República, producto de nuestro propio proceso, después de la guerra de emancipación de España. Las múltiples guerras internas que siguieron a nuestra independencia y la falta de liderazgos sostenidos nos han llevado a tener un Estado débil, e instituciones que fueron usadas por los dictadores de derecha e izquierda para violentar los derechos de las personas y conseguir sus fines de grupo, o personales, lo cual evidentemente debemos rechazar, porque de lo que se trata es de que estas instituciones fortalezcan nuestro Estado de Derecho Constitucional y por supuesto su expresión más importante: la democracia.

Es en este contexto que esperamos que la reflexión que hacemos sirva para que la llamada Justicia Militar contribuya al fortalecimiento de la Democracia y de un auténtico Estado Democrático de Derecho Constitucional. Sabemos que la jurisdicción es una sola, y es la atribución que tiene el Estado de conocer, de avocarse, de citar, y de resolver, así como de ejecutar la solución de un conflicto, aun empleando la fuerza, que es la expresión del *Ius Imperium*. Así lo establece la propia Constitución, cuando en su artículo 43° establece que la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

Ello nos lleva a establecer que la democracia no es sólo la tradicional expresión de que las mayorías mandan, sino un auténtico concepto moderno de democracia es reconocer no solo a las minorías existentes en nuestro país, sino aceptar también sus expresiones reales, pero sobre todo, respetar estas diferencias, que así están recogidas en la Constitución. En el caso concreto del Perú, hablamos de su diversa conformación étnica, sus expresiones culturales, sus lenguas, etc., pero este respeto no debe ser solo una fórmula, sino debe ser una realidad, lo que aún es parte del camino por recorrer. En este contexto, debemos también hablar de la Justicia Militar, como parte de las instituciones que la Constitución señala como realidades, que deben ser no solo respetadas, sino que se debe exigir su correcto funcionamiento para fortalecer el Estado Democrático de Derecho.

En tal sentido es que debe ser tomada en cuenta la Jurisdicción Militar, conforme lo señala el artículo 139°.1 de la Carta Magna, cuando trata sobre la unidad y

exclusividad de la función jurisdiccional: “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la Arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación.” Debemos interpretar que existe una sola jurisdicción y que el legislador se complicó al hacer una separación de la supuesta jurisdicción militar y arbitral, cuando eso no es real, eso no existe, eso no se puede aceptar, pues como lo hemos dicho, la jurisdicción es una sola.

Lo que sí se puede separar son las competencias a través de las diferentes reparticiones de la organización judicial, por ejemplo, me refiero a la competencia penal, civil, laboral, constitucional, entre otras. Allí es donde debería entrar y así designarse a la Justicia militar, no como se le pretende hacer ver, como si fuera una justicia de excepción, pues de lo que se trata indudablemente es de una justicia especial, no como un fuero, que también es una mala denominación, pues los fueros provienen de la época medioeval, donde la sociedad estaba dividida por sectores, por grupos, y parcelas sociales, que ya se han disuelto en esta época de la globalización y no existen ni pueden haber fueros especiales.

Este es un tema central, de naturaleza constitucional, como bien lo señala la propia norma suprema, la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional corresponde solo al Poder Judicial, emanado del Pueblo, y esta no acepta excepciones, pues su unidad es la garantía de su ejercicio, pero, reiteramos, que la Justicia Militar es una justicia especializada y no puede ser conceptualizada como excepcional pues se saldría del marco de unidad como función del Estado, y caería en la prohibición de que nadie puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones.

Esto es, entonces, que la Justicia Militar es sólo una de las funciones del Estado para sustentar la unidad y disciplina dentro de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, situación que ha sido normada también en el artículo 173° de la norma Suprema, al establecer: “En caso de delitos de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidas al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo el caso de los delitos de tracción a la patria y de terrorismo que la ley determina...”

El concepto fuero resulta cuestionable, pues estamos frente a una función distinta, especializada, como ya lo hemos manifestado. Está señalado que esta justicia sólo puede ver o tiene competencia para los delitos de función, y para quienes son militares o policías. La constitución refuerza que estas disposiciones no son aplicables a los civiles, sino solo a personas que tiene un estatus especial, el ser militares o miembros de la Policía Nacional, y su límite es ver delitos que tienen que ver con las actividades de estos.

III. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE LA JUSTICIA MILITAR DEBE RESPETAR

La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, que es un principio fundamental, establece que el juez no debe tener ninguna vinculación subjetiva con nadie ni con nada, pues su tarea de administrar justicia debe basarse solo en los hechos y los medios probatorios, así como la posibilidad de evaluar correctamente toda la actividad probatoria que se le ha presentado, y en virtud de ello, emitir el fallo que corresponda, sin tener ninguna preferencia o vinculación con nadie.

La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, que debe entenderse como el respeto de los derechos fundamentales de la persona, teniendo como eje central la persona humana, quien está por encima de la sociedad y del Estado, como lo establece nuestra carta magna, significa que la Justicia Militar debe tener como fin el respeto de los derechos fundamentales y conceder tutela a quienes soliciten el reconocimiento de sus derechos, debiendo esclarecerse que la justicia no tiene por finalidad la sanción, sino por el contrario, hacer respetar los derechos fundamentales, lo que conlleva, a la protección, a través de la Justicia Militar, de los derechos de los militares y policías que deben ser respetados dentro del proceso que se desarrolla.

Es obligación de la Justicia Militar respetar el principio de publicidad, pues ello es una garantía de control del pueblo sobre los procesos que se desarrollan.

La fundamentación o motivación de las resoluciones es otra garantía de la administración de justicia, que debe ser respetada por la Justicia Militar, pues ello es garantía del razonamiento que hace la judicatura para resolver un conflicto. Estriba ello en la exposición de razones para determinar por qué el juez ha optado por dar una respuesta en un sentido y no en otro, a partir de la valoración de los medios probatorios y su vinculación con la norma, así como la aplicación de la jurisprudencia y la doctrina sobre la materia que se ha de resolver, pero, sobre todo, como es aplicable esto al caso concreto, no con abstracciones, no con generalidades, sino de manera concreta.

La pluralidad de instancias es otra garantía del proceso que debe ser admitida a todas luces, y con la fuerza que ello requiere,

pues, no debe pensarse en la infalibilidad de un juez, por muy ducho y docto que sea, dado que siempre hay la posibilidad de un error, que debe ser visto o razonado por un superior, que con las características o conocimientos mayores por la experiencia, permite revisar la resolución emitida por un juez, debiendo entenderse que este derecho debe permitirse no solo como garantía del justiciable, sino también del propio administrador de justicia, porque una resolución que ha sido revisada por el superior nos permite garantizar que el razonamiento y el fallo han sido no solo legales, sino, sobre todo, justos.

El principio de no dejar de administrar justicia por deficiencia o vacío de la Ley, para ello hay que aplicar los principios del Derecho y en su caso el derecho consuetudinario, lo que significa que nuestras normas legales no son perfectas, por lo tanto su aplicación debe hacerse bajo los presupuestos de que la ley debe ser aplicada para el caso concreto, pero no se puede aplicar la ley porque este hecho se parece a otro, ello significa que no se puede dejar en vacío una situación jurídica puesta en conocimiento del juez, pues se debe resolver aplicando estos principios, y sobre todo razonando que a quien se le ha de aplicar la norma es una persona, y sus derechos están por encima de la propia sociedad.

La inaplicabilidad de la analogía de la ley sancionadora y de las normas que restringen derechos, es otro principio que se debe respetar, sobre todo, ver siempre en el militar o en el policía a una persona, a un ser humano, cuyos derechos priman, están por encima de todo, y la Justicia Militar debe hacerlos respetar, pero sobre todo respetarlos, eso es lo que las propias normas internacionales sobre Derechos Humanos exigen, como la Carta Universal de

Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

La aplicación de la Ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto de leyes en el tiempo. Este es un principio fundamental en el tema procesal, pues se está a la aplicación del principio de que para condenar a una persona debe hacerse con la suficiencia probatoria, es decir, que la actividad probatoria mínima es garantía de un razonamiento justo, que en caso de generar una duda razonable esta favorece al imputado. En cuanto a la aplicación de la ley, se debe estar a la más favorable al imputado, nunca al revés.

No ser penado en ausencia, Se requiere que todo procesado se encuentre presente para que conozca los cargos que se le imputan, de manera que pueda ejercer su derecho a defensa.

No ser privado del derecho a la defensa, para ello se requiere que desde un primer momento la persona sea notificada con los cargos que le imputa el Ministerio Público, a fin de preparar su defensa con el tiempo necesario. Igualmente, está la necesidad de que toda persona sea notificada por escrito de las razones de su detención, de suerte que pueda ejercer de manera correcta su derecho a defenderse, contando para ello con la asesoría del letrado que elija o de un

abogado proporcionado por el Estado para que lo defienda técnicamente.

IV. CONCLUSION

La Justicia Militar no es una excepción de la administración de justicia, como lo plantea la propia Constitución, por el contrario, es una forma de expresión de la función jurisdiccional que tiene el Estado y que se aplica como una función especializada, a personas en situación militar y policial, pero no a civiles, teniendo como función la de preservar bienes jurídicos de naturaleza militar y contribuir al fortalecimiento de un Estado Democrático de Derecho. Debe respetar los derechos fundamentales y ser una garantía para los militares y policías cuando son juzgados en esta vía especializada. Esta naturaleza le da la exclusividad de juzgar al personal militar y policial cuando cometen delitos de función, es decir, cuando están cumpliendo sus obligaciones, no teniendo competencia para juzgar a civiles, porque desnaturaliza su función y deslegitima sus atribuciones.

Cuando respeta los derechos fundamentales de las personas y los principios de la administración de justicia establecidos en nuestra Constitución Política, que hemos señalado brevemente, contribuye a fortalecer la democracia.

BIBLIOGRAFÍA

- GACETA JURÍDICA. "La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Sentencias vinculantes. *Dialogo con la Jurisprudencia*.
- Wikipedia. Justicia Militar.
- SANMARTÍN CASTRO, César. *Algunos Aspectos de la Justicia Militar. La Reforma del Derecho Penal Militar*. Anuario de Derecho penal. 2001 -2002. Internet.
- Constitución Política del Perú.

■ Biografía

BIOGRAFÍA DEL GENERAL DE BRIGADA GABRIEL VELARDE ÁLVAREZ

Roosevelt Bravo Maxdeo¹

Nació en Ayacucho, el 18 de marzo de 1868. Ingresó al servicio el 15 de diciembre de 1882, obteniendo directamente la clase de subteniente², en plena guerra con Chile. Cuando se enroló en el Batallón “9 de diciembre” era aún alumno del Colegio Nacional de Ayacucho y no había cumplido los 15 años de edad.

Hizo la “Campaña del Centro” contra los chilenos, a las órdenes del bravo Andrés Alfredo Cáceres Dorregaray, el “Brujo de los Andes”. Ganó sus galones de teniente siendo ayudante del general Cáceres, en agosto de 1884; ascendió a capitán en noviembre de 1885, luego de la exitosa batalla de Huaripampa; a mayor graduado y efectivo por despachos conferidos por el mismo general Cáceres en 1889, a raíz del triunfo de la “Campaña Constitucional”.

1 Editor de la revista “El Jurista del Fuero Militar Policial”.

2 Escalafón del Ejército de 1929, pág. 27.

Tuvo activa participación durante la reorganización del Ejército, ayudando a la “Misión Francesa en esa tarea. Ascendido al grado de teniente coronel, fue nombrado jefe de cuerpo, comandando los batallones N° 5 y N°11.

Elegido diputado en 1908, presidió la “Comisión de Guerra” durante cuatro legislaturas, en el primer gobierno de Leguía. Tuvo destacada participación en los debates de “las leyes de retiro, servicio militar y el proyecto de reforma del Código de Justicia Militar”, según se lee en el Diario de Debates de la Honorable Cámara de Diputados.

Promovido a coronel, fue nombrado Comandante General de la Cuarta Región Militar, por resolución de 7 de febrero de 1911, y jefe de la Zona Judicial de esa región, al mismo tiempo.³ Fue sub jefe y jefe de Estado Mayor General del Ejército, Prefecto de Departamento y candidato independiente a la senaduría de Ayacucho, durante el gobierno de Pardo y Barreda.

En marzo de 1920, durante el gobierno de Leguía, fue designado ministro de guerra, luego de ser relevado en el cargo de Comandante General de la Tercera Región y la jefatura de la Zona Judicial de Arequipa. Permaneció como ministro pocos meses, solo hasta 1921, siendo reemplazado por Germán Luna Iglesias.

Se integró al Consejo de Oficiales Generales, como vocal, el 4 de mayo de 1920, permaneciendo en el cargo hasta el día 28 de ese mismo mes y año, al dejarse insubsistente su nombramiento.

Ascendió a general de brigada el 10 de diciembre de 1921 y retornó al Consejo de Oficiales Generales, como vocal, el 28 de abril de 1922, en reemplazo del general cusqueño Gerardo Álvarez Castillo, quien fue nombrado Prefecto de Loreto.

Fue presidente del Consejo de Oficiales Generales del 2 de enero de 1925 al 24 de abril de 1929, con breves interrupciones, por haber ejercido temporalmente el cargo de jefe de Estado Mayor General del Ejército, tras la licencia y posterior muerte del general Clement.

3 BRAVO MAXDEO, Roosevelt. La Justicia Militar en la Historia del Perú, publicación del fuero Militar Policial, marzo 2018, pág. 227.

Solicitó su pase a la situación militar de disponibilidad para presentar su candidatura de senador por Ayacucho. En la sesión del Consejo de Oficiales Generales del 13 de setiembre de 1929, “a petición del señor coronel Rivero de la Guarda, el Consejo acordó por unanimidad que la presidencia se sirva dirigir una tarjeta de congratulación, a los señores generales don Manuel Pío Alcalá y don Gabriel Velarde Álvarez, por su incorporación al Congreso Nacional.”

■ Anexos

PRESENTACIÓN DE LA REVISTA “EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL” N° 11

El 20 de julio de 2018, se presentó la revista “El Jurista del Fuero Militar Policial N° 11”. El evento tuvo lugar en un local de la Municipalidad Distrital de Santiago, en el Cusco, como corolario de un curso sobre proceso penal acusatorio que se dictó para el personal del Tribunal Superior Militar Policial del Sur Oriente, en acuerdo con la Fuerza Aérea Norteamericana.



Cartel de presentación de la revista.



En la fotografía, integrantes de la mesa de honor durante la presentación de la revista, entre ellos, el Mayor General FAP Arturo Giles Ferrer y el General de Brigada Alonso Esquivel Cornejo.

EL BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA DEL PERÚ

Hernán PONCE MONGE¹

I. LA HISTORIA ES RECORDAR EL PASADO PARA MIRAR EL PRESENTE Y VISUALIZAR EL FUTURO, RINDIENDO HONORES A QUIENES CON SU SANGRE SELLARON LA INDEPENDENCIA NACIONAL

Existen cuatro fechas transcendentales para comprender la historia del Perú: el 28 de julio de 1821, fecha de la proclamación de la Independencia del Perú; el 6 de agosto de 1824, día en que los patriotas y realistas combatieron en las pampas de Junín; el 9 de diciembre de ese mismo año, ocasión en la que se selló la independencia de América del Sur en Ayacucho; y, el 2 de mayo de 1866, en que ocurrió el combate naval contra la escuadra española en el puerto del Callao.

La primera de esas fechas está próxima a cumplir doscientos años. El 28 de julio de 2021 recordaremos el Bicentenario de la Independencia del Perú y lo primero que viene a la memoria es el papel que los Precursores de nuestra independencia cumplieron. Desarrollaron

1 Contralmirante CJ (r) Hernán PONCE MONGE, Presidente de la Comisión Conmemorativa del Bicentenario de la Independencia Nacional en el Fuero Militar Policial.

un pensamiento político que unieron a la acción; unos, los reformistas, consideraban que el gobierno colonial necesitaba reformas en su administración. Los otros, los separatistas, que pensaban que, ante la crisis del orden colonial, lo único que la superaría sería la ruptura definitiva con España; ellos hicieron realidad el pensamiento del General Douglas Mac Arthur: “Deber, Honor, País, las tres palabras que debería ser, lo que puede ser y lo que será”.

Uno de los primeros levantamientos que cuestionó el papel del poder español, en el entonces Virreinato del Perú, fue la rebelión de Túpac Amaru II, de 1780, la cual fue sofocada de manera sangrienta por las fuerzas realistas. Constituye, según Valcárcel, “El Movimiento Anti-Colonialista, Reivindicador y Precursor de la independencia Política más importante que haya tenido el Perú”.²

Posteriormente se producirían otras insurrecciones, como la Rebelión de Tacna de 1811, encabezada por Francisco Antonio de Zela, quien, entusiasmado por el avance del ejército argentino en el Alto Perú, dirigió el asalto al cuartel español de Tacna, destituyó a las autoridades realistas y se autoproclamó Comandante de las Milicias en América; sin embargo, ese mismo día, los patriotas argentinos fueron derrotados y cuando llegó la noticia a Tacna, los rebeldes se desmoralizaron.

Poco tiempo después, los hermanos José, Vicente y Mariano Angulo, líderes de la Rebelión del Cusco de 1814, se sublevaron en gran parte de esa provincia, proclamando su autonomía y autogobierno. La Junta de Gobierno quería secundar las acciones autonomistas de Buenos Aires. El origen de la rebelión fue la reclamación sostenida por miembros del ayuntamiento del Cusco para instalar la diputación provincial cusqueña, autónoma del gobierno virreinal de Lima, según una previsión de las Cortes de Cádiz de 1812. El Tribunal de la Real Audiencia del Cusco resolvió lo contrario y ordenó la prisión de los reclamantes.

Los Angulo, miembros del cabildo del Cusco, huyeron de la ciudad y encontraron apoyo en el cacique Mateo Pumacahua para formar una Junta de Gobierno e iniciar una campaña militar. Se organizaron tres expediciones militares: la primera tomó la ciudad de La Paz; la segunda, dirigida al norte, asaltó la ciudad de Huamanga y la tercera, al

2 VALCÁRCEL ESPARZA, Carlos Daniel. Túpac Amaru, Precursor de la Independencia, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1977).

frente de Pumacahua, ocupó Arequipa. Eran tiempos de rebelión, Mateo Pumacahua y los hermanos Angulo soliviantaban a los cusqueños y amenazaban con extender la rebelión a todo el sur.

El poder español, que venía desmoronándose en los confines de América, parecía indestructible en el Perú. Los realistas vencieron finalmente a los rebeldes en Umachiri y varios líderes patriotas fueron fusilados, entre ellos, Mariano Lorenzo Melgar Valdivieso (1790-1815), Auditor de Guerra del ejército rebelde.

El centro del poder colonial de España en América se concentraba fundamentalmente en el Virreinato del Perú, por lo que fue necesario la intervención de una Expedición Libertadora que pusiera fin a esa situación. El Generalísimo José de San Martín comandó una, que partiendo de Chile desembarcó en el sur del Perú, más precisamente en la bahía de Paracas, el 8 setiembre de 1820, publicando su primera proclama en Pisco, en los términos siguientes: “Compatriotas: [...]. El último Virrey del Perú hace esfuerzos para prolongar su decrepita autoridad [...]. El tiempo de la impostura y del engaño, de la opresión y de la fuerza está ya lejos de nosotros, y sólo existe la historia de las calamidades pasadas. Yo vengo a acabar de poner término a esa época de dolor y humillación. Este es el voto del Ejército Libertador”.

El 10 de noviembre de 1820 las tropas desembarcan en el puerto de Huaura, donde San Martín proclama, en el célebre Balcón de Huaura, el primer grito de la independencia del Perú. No existe documento al respecto, según afirma la historiadora Scarlett O’Phelan Godoy, sin embargo, al cumplirse el centenario de nuestra independencia se realizó un homenaje en recuerdo de ese acto, del que se da cuenta en una placa de bronce. Posteriormente, el Generalísimo don José de San Martín ocuparía Lima y proclamaría la independencia del Perú, el 28 de julio de 1821, cuyo bicentenario está ad portas.

El domingo 15 de Julio de 1821 se había firmado el Acta de la Declaración de la Independencia Nacional, por todos los cabildantes y otros notables presentes. Fue redactado por el ariqueño Manuel Pérez de Tudela. De su contenido se informa al libertador, quien contesta de inmediato: “EL PERÚ YA ES LIBRE, INDEPENDIENTE Y SOBERANO, POR LA PROPIA DECISIÓN DE SUS HIJOS”.³

3 Independencia del Perú. Archivado desde el original el 13 de diciembre de 2011.

El sábado 28 de Julio de 1821, al repique de las campanas, salen de sus casas los vecinos y se congregan en la Plaza Mayor. Del Palacio de Gobierno sale el José de San Martín, en brioso corcel, escoltado por las autoridades; la comitiva da vuelta a la Plaza, por delante del Cabildo y pasa por los portales de Escribanos y Botoneros y se dirige luego al tabladillo preparado para el caso. El Gobernador Pedro José de Zárate entrega al Libertador el pendón que lleva el escudo del nuevo Estado y acallado el alborozo del inmenso y compacto gentío, el caudillo proclama con voz rotunda: “EL PERÚ ES DESDE ESTE MOMENTO LIBRE E INDEPENDIENTE POR LA VOLUNTAD GENERAL DE LOS PUEBLOS Y POR LA JUSTICIA DE SU CAUSA QUE DIOS DEFIENDE”. Mirando fijamente a la multitud y levantado más la voz, expresa: ¡VIVA LA PATRIA!, ¡VIVA LA LIBERTAD! y ¡VIVA LA INDEPENDENCIA!

Salvas de cañón, vítores, más repiques de las trecientas campanas que tiene la ciudad. Desde los balcones se lanzan monedas de oro Y desde el tablado se arrojan medallas especialmente acuñadas para la ceremonia. Después, el acto de proclamación se repite en la misma forma en la Plazuela de la Merced, en la Plaza Santa Ana y de la Inquisición. El desfile es emocionante. Por la noche se ofrece una recepción en el ayuntamiento. San Martín firma un bando que contiene disposiciones para perennizar el grandioso acontecimiento, “AUGUSTO Y SOLEMNE”.⁴

No podemos dejar de mencionar al pescador José Silverio Olaya Balandra, mártir de la independencia, que recorriendo a nado entre Chorrillos y el Callao, llevaba mensajes de los patriotas, y al ser descubierto por los realistas fue torturado, arrancándosele incluso las uñas, negándose a delatar a los jefes patriotas. Fue fusilado el 29 de junio de 1823, en el pasaje de Petateros, que hoy lleva su nombre.⁵

Pasan los años y la independencia no está consolidada. En este contexto, el 6 de agosto de 1824, se produce la Batalla de Junín, en la meseta de Bombón, enfrentándose patriotas y realistas, resultando de ello el épico triunfo de los independentistas, sobre sudorosos caballos, a

4 “Gaceta del Gobierno de Lima Independiente”, de 1 de agosto de 1821. Tomos I al III, julio 1821-diciembre 1822, Perú, 1950, 848 páginas.

5 O’CONNOR, Francisco Burdett. “Independencia Americana, recuerdos de Francisco Burdett O’Connor. Los publica su nieta F. O’Connor Dárlachj, Madrid, (19...) pp. 117-118.

lanza y sable. En esta acción se distinguió el mayor José Andrés Rázuri del Regimiento de Caballería del Perú, que conducía el coronel Isidoro Suárez, al ordenar una carga de caballería sobre los realistas que ya celebraban el triunfo. En la Orden General de 7 agosto 1824, consta el cambio de nombre del “Regimiento de Caballería del Perú” por el de “Regimiento Húsares de Junín”.⁶

Cuatro días antes, Simón Bolívar, al pasar revista a sus tropas en el llano de Rancas, se había dirigido a estas con elocuencia:

“¡Soldados! Van a completar la obra más grande que el cielo ha encomendado a los hombres: la de salvar un mundo entero de la esclavitud”.

¡Soldados! Los enemigos que van a destruir se jactan de catorce años de triunfos. Ellos, pues serán dignos de medir sus armas con las de ustedes que han brillado en mil combates.

¡Soldados! El Perú y la América toda aguardan de ustedes la paz, hija de la victoria, y aún la Europa liberal les contempla con encanto porque la libertad del Nuevo Mundo es la esperanza del Universo. ¿La burlaran? No. No. Ustedes son invencibles”.

La otra gesta singular, camino a nuestra independencia y de América del Sur, fue la Batalla de Ayacucho. Se inició a las 9 de la mañana del 9 de diciembre de 1824 y enfrentó a las fuerzas realistas mandadas por el Virrey José de La Serna y Martínez de Hinojoza, Conde de los Andes, con las patriotas comandadas por Antonio José de Sucre, Gran Mariscal de Ayacucho. Los españoles iniciaron el ataque desde el cerro Condorcunca. La división peruana que comandaba el Gran Mariscal don José Domingo de la Mar y Cortázar, luchó por contenerlos y con la ayuda de los montoneros de Marcelino Carreño los obligaron a replegarse.

Un nuevo ataque realista fue rechazado por la división del General de División don José María Córdoba Muñoz. Entonces, el mismo Virrey La Serna, entró al combate con sus tropas, pero en el violento choque

6 COMISIÓN PERMANENTE DE HISTORIA DEL EJÉRCITO DEL PERÚ, Historia General del Ejército Peruano, Tomo IV, El Ejército en la Independencia del Perú, Volumen 2, Imprenta del Ministerio de Guerra, primera edición, 1984, Lima, página 656.

cayó herido y fue hecho prisionero, lo que desmoralizó a los españoles, haciendo que muchos emprendan la huida. El General José de Canterac intentó reagruparlos, pero fueron desbaratados por los hombres del General Juan Jacinto Lara Meléndez y el General Guillermo Miller. El libertador Simón Bolívar tuvo palabras de elogio para con las tropas: “Con estos buenos Soldados podremos asegurar la tranquilidad de nuestra querida patria, cuidar nuestras familias y vivir en paz y sosiego”.

Al ver el desastre, Canterac aceptó negociar con Sucre y firmó la Capitulación de Ayacucho, documento que selló la Independencia del Perú y Sudamérica. La capitulación que concedió el Ejército Unido Libertador es ejemplo de generosidad inigualable e hito en el Derecho de la Guerra americano. Las palabras del Gran Mariscal de Ayacucho, Antonio José de Sucre, son consagratorias de la victoria: ¡peruanos! Sois los escogidos de vuestra patria, vuestros hijos, las más remotas generaciones del Perú, recordarán vuestros nombres, con gratitud y orgullo”⁷.

El 2 de mayo de 1866, es otra fecha histórica, ya que, en aquel día, ocurrió el último acontecimiento bélico contra las fuerzas colonialistas españolas, que fueron derrotadas en el puerto del Callao. Fue una gran victoria peruana y latinoamericana, en favor de la libertad del continente americano. Pasado el mediodía de ese día, la fragata española Numancia, que enarbolaba la insignia del contralmirante Casto Méndez Núñez, famoso por su frase: “más vale honra sin barco, que barco sin honra”, hizo los primeros disparos, a los que siguió un intercambio de fuegos, extendiéndose el combate hasta las 5 de la tarde, cuando todos los buques españoles ya habían abandonado la línea de ataque con averías de diversa magnitud, y con muertos y heridos a bordo, incluyendo al contralmirante Casto Méndez Núñez.

Las defensas peruanas sufrieron un gran golpe en la torre La Merced, a consecuencia de una explosión, con la lamentable pérdida de muchos de los que allí se encontraban, incluyendo al Secretario de Guerra y Marina José Gálvez Egúsqiza, quien desde allí había dirigido el combate, encarnando el espíritu de heroicidad, valor y arrojo que mostraron los peruanos aquel día.

7 COMISIÓN PERMANENTE DE HISTORIA. Historia General del Ejército Peruano, Ob. Cit., página 704.

“Así concluyó uno de los combates más interesantes de la historia, y sus consecuencias se sentirán en el mundo entero. La agresión europea ha sido rechazada y el republicanismo americano vindicado por la boca de los cañones.”⁸

II. PRIMER CENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA DEL PERÚ

La ciudad de Lima fue el centro de las celebraciones y para el efecto se la engalanó con luces eléctricas que decoraban, entre otros edificios importantes, el Congreso de la República, el Palacio de Gobierno, la Plaza Mayor y la Torre del Parque Universitario. La Municipalidad de Lima obsequió el monumento del almirante Bergasse du Petit Thouars que está frente a la sede de Radio Nacional y la Plaza Washington. Asimismo, la capital peruana fue visitada por numerosas delegaciones de otros países, motivadas por las excelentes relaciones internacionales del gobierno del Presidente Augusto B. Leguía y Salcedo.

Simultáneamente, las colonias extranjeras residentes en el Perú realizaron una serie de obsequios a la ciudad de Lima, como una torre con reloj ubicada en el Parque Universitario (colonia alemana); el estadio nacional de Lima (colonia británica); el museo de arte italiano (colonia italiana); la estatua de bronce de un estibador, que se encuentra en la primera cuadra de la avenida Arequipa (colonia belga); la estatua de la libertad que se encuentra en la Plaza Francia (colonia francesa); la fuente monumental en el Parque de la Exposición (colonia china); el arco de la amistad, que se encontraba al inicio de la avenida Arequipa, que fue demolida en 1936 (colonia española); y el monumento a Manco Cápac, ubicado en el distrito de La Victoria (colonia japonesa).

III. EL BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA DEL PERÚ

El 6 octubre de 2016, la presidencia del Consejo de Ministros, expidió la Resolución Suprema N° 246-2016-PCM, modificada por las Resoluciones Supremas N° 003-2017-PCM y N° 119-2017-PCM, mediante las cuales se conformó la “Comisión Multisectorial de naturaleza temporal encargada de formular la Agenda de Conmemoración del Bicentenario de la Independencia del Perú”.

8 Carta del marino estadounidense T.H. Nelson

El 13 octubre 2016, el Congreso de la República aprobó la conformación de la “Comisión Especial Multipartidaria Conmemorativa del Bicentenario de la Independencia del Perú”, cuya presidencia fue encargada al congresista Juan Sheput. Esta Comisión aprobó, entre otras actividades a desarrollarse, el promover investigaciones, publicaciones y conversatorios sobre tres hechos importantes: la Independencia nacional (1821), el establecimiento del primer Congreso Constituyente del Perú (1822) y la conmemoración de las Batallas de Junín y Ayacucho (1824).

La conmemoración del bicentenario se refiere a un proceso de tres momentos: el primero es imaginar, para generar esperanza y optimismo, invitando a pensar los retos del Perú y lo que queremos cambiar. El segundo es hacer, destacando virtudes de personas, instituciones y colectividades, que hacen avanzar al país, mostrando pequeñas acciones que hacen grandes cambios. El tercero es celebrar, valorar las celebraciones y renovación de compromisos republicanos, una fiesta de optimismo y esperanza en el futuro.

Noticiaremos también de algunas actividades oficiales sobre el Bicentenario; así, el Ministerio de Cultura, el 9 de junio de 2018, en una ceremonia pública, informó que la canción ganadora del concurso promovido con tal propósito, había sido: “Aquí estoy”, escrita por Pedro Rodríguez Chirinos, que, según el autor, “es la voz de las nuevas generaciones, protagonistas de nuestro presente, que conocen y se inspiran en su pasado, que respetan la diversidad y se identifican con todos sus pueblos. Una generación que no espera: que actúa”.

Respecto al logotipo del Bicentenario, el ganador es: “El Perú se mueve”, diseñado por Ángela Alberca Caro. Con su arte ella busca transmitir que “el Perú no ha dejado de moverse desde hace doscientos años. A través de su gastronomía, deporte, cultura y turismo, hemos construido un país orgulloso de sus orígenes, integrado por personas que día a día se mueven. El Perú no se detiene y el movimiento lo hacemos todos”.

El 17 de octubre de 2018, mediante Decreto Supremo N° 009-2018-MC, se aprobó la Agenda de Conmemoración del Bicentenario.

El 30 de octubre de 2018, con el Decreto Supremo N° 010-2018-MC, se aprobó el uso obligatorio del Logotipo para la Conmemoración del Bicentenario de la Independencia del Perú, así como el Manual Básico del Logotipo

El 8 de noviembre de 2018, por Decreto Supremo N° 004-2018-MC, se creó el "Proyecto Especial Bicentenario de la Independencia del Perú" y se derogó la Resolución Suprema N° 246-2016-PCM que creó la "Comisión Multisectorial de naturaleza temporal encargada de formular la Agenda de Conmemoración del Bicentenario de la Independencia del Perú", y ejecutar, articular y dar seguimiento a las acciones requeridas para dicha conmemoración, con alto valor simbólico para el ejercicio de una ciudadanía democrática y de fortalecimiento de la identidad nacional.

El 14 de noviembre de 2018, con la Resolución Ministerial N° 365-2018-MC, se aprobó el Manual de Operaciones del Proyecto Especial Bicentenario de la Independencia.

IV. EL BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA DEL PERÚ EN EL FUERO MILITAR POLICIAL

El 02 Julio de 2018, el Fuego Militar Policial dictó la Resolución Administrativa N° 060 2018-FMP/P, mediante la cual se crea la "Comisión Especial Conmemorativa del Bicentenario de la Independencia del Perú en el Fuego Militar Policial", de naturaleza temporal, hasta el 28 julio 2021, dependiente de la Presidencia Fuego Militar Policial, encargada de formular y ejecutar las actividades conmemorativas en el Fuego Militar Policial. La Comisión Especial está presidida por el contralmirante CJ (R) Hernán Ponce Monge, las Funciones de la Comisión Especial son:

1. Proponer la Agenda de conmemoración del Bicentenario de la Independencia Nacional en el Fuego Militar Policial.
2. Realizar las actividades que promuevan en el personal la reafirmación de la conciencia e identidad institucional, como parte de las celebraciones.
3. Programar conferencias, congresos y reuniones nacionales e internacionales sobre Justicia Militar Policial.
4. Promover la identificación diseño, implementación, restauración y conservación del patrimonio cultural, del quehacer jurisdiccional y fiscal, reflejado en los expedientes históricos desde 1898 a la fecha, vinculado a estas efemérides.
5. Articular investigaciones, publicaciones y conversatorios sobre el período histórico 1898 - 2021 en el Fuego Militar Policial.

6. Confeccionar objetos, monedas, estampillas, escudos alusivos a las efemérides.
7. Ejecutar actividades de arte, académicas, música, pintura, folclore, danza, deportes y otros.
8. Otras que los miembros de la Comisión consideren pertinentes, vinculadas al objeto de la Comisión.

La Comisión Especial Conmemorativa del Bicentenario aprobó, mediante Acta N° 002-2018-CECBIP-FMP, de 6 agosto 2018, la conformación de los Comités de Trabajo Nos. 001 al 006, – CECBIP-FMP, las que tendrán como objeto las actividades siguientes:

1. Comité de Trabajo N° 001- CECBIP-FMP

Objeto: Elaborar la agenda de conmemoración del Bicentenario de la Independencia Nacional y supervisarla.

2. Comité de Trabajo N°002- CECBIP-FMP

Objeto: Realizar las actividades que promuevan en el personal la reafirmación de la conciencia e identidad institucional, programar conferencias, congresos y reuniones nacionales e internacionales sobre Justicia Militar. En coordinación con el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar.

3. Comité de Trabajo N° 003- CEBIP-FMP

Objeto: Búsqueda de fuentes de financiamiento y presupuesto para las actividades por el bicentenario nacional en el Fuero Militar Policial.

4. Comité de Trabajo N° 004 – CEBIP-FMP

Objeto: Promover la identificación, diseño, implementación, restauración, y conservación del patrimonio cultural, del quehacer jurisdiccional y fiscal, reflejado en los expedientes históricos emblemáticos (Procesos contra héroes nacionales, personajes ilustres, delitos por Traición a la Patria, entre otros) desde 1898 a la fecha, vinculados a esta efeméride.

Se confeccionará una ficha síntesis, que reunirá los datos del expediente, instancias, sentencias e integrantes de las Salas, Fiscales, Relatores, Secretarios, penas, ejecución de las mismas y novedades. Basado en ello se formulará un libro conmemorativo por el Bicentenario Nacional.

Se designan Sub-Comités de Trabajo ad-hoc encargados de revisar y ubicar los expedientes emblemáticos y llenar la ficha síntesis, que será remitida con un informe al Comité de Trabajo N°004. Esos Sub-Comités estarán presididos por los coroneles o capitán de navío, Presidentes de los Tribunales Superiores Militares Policiales del Norte, Centro, Sur, Sur Oriente y Oriente.

En los Tribunales y Fiscalías Supremas, que laboran en la sede central del FMP, se designa al Sub Comité de Trabajo ad-hoc, que depende directamente del Comité de Trabajo N° 004- CECVBIP-FMP.

5. Comité de Trabajo N° 005- CECBIP-FM

Objeto: Articular investigaciones, publicaciones y conversatorios, así como ejecutar actividades de cultura, arte, música, coros, pintura, escultura, folclore, teatro, danza, deportes, académicas y otras. Está, encargado también de realizar exhibiciones, muestras, conciertos, películas, etc., en Lima y provincias, sobre el período histórico 1898 – 2021 en el Fuero Militar Policial.

Designará Sub Comités de Trabajo ad hoc integrados en forma análoga al Comité N°004 – CECBIP-FMP, quienes planearan y ejecutarán actividades en este contexto, a nivel nacional, en su ámbito de responsabilidad, bajo supervisión del Comité de Trabajo N° 005.

6. Comité de Trabajo N° 006- CECBIP-FMP

Objeto: Gestionar la creación e implementación de un Museo de la Justicia Militar Policial de 1898 a la fecha.

La Comisión Especial Conmemorativa del Bicentenario aprobó, conforme Acta N° 004-2018-CECBIP-FMP, de 27 agosto 2018, los Diagramas de Gantt, con las Proyecciones de Actividades 2018 – 2021, correspondientes a cada Comité de Trabajo, fijándose su actividad, periodo de ejecución y presupuesto.

La Comisión Especial y sus respectivos Comités de Trabajo están abocados, desde agosto de 2018, a las actividades programadas en el Fuero Militar Policial. En este contexto, los días 11 y 12 de octubre del presente año se llevó a cabo en Lima el VI Encuentro Internacional de Derecho Humanitario y Derecho Militar, organizado por el Fuero Militar Policial y la Asociación Internacional de Justicias Militares con sede en Brasil, en el que se ha tratado temas de interés para nuestra jurisdicción militar policial y el desarrollo de esas materias en el mundo. Más adelante se ofrecen detalles al respecto.

En este breve lapso de vigencia de la Comisión, también ha sido importante que se iniciaran ya las investigaciones en los archivos de distintos Tribunales de la República, cumpliéndose la planificación y ejecución conforme a las etapas establecidas, especificadas en el Acta N° 005- 2018-CECBIP – FMP de 17 setiembre de 2018. El Papa Francisco ha dicho: “No tengáis miedo de soñar a lo Grande”.



VI

ENCUENTRO INTERNACIONAL
DE DERECHO HUMANITARIO
Y DERECHO MILITAR

LIMA - PERÚ



VI ENCUENTRO INTERNACIONAL DE DERECHO HUMANITARIO Y DERECHO MILITAR

DEL 11 AL 12 DE OCTUBRE DE 2018

EN EL AUDITORIUM DEL
FUERO MILITAR POLICIAL DEL PERÚ

(Calle República de Chile N° 321
Santa Beatriz – Lima – Perú)

MESA TEMÁTICA N° 1:
LAS FUERZAS ARMADAS PERUANAS Y SU PARTICIPACIÓN EN
“OTRAS SITUACIONES DE VIOLENCIA”
11/10/2018 DE 08.30 A 10.00 HORAS

EXPOSITOR	PANELISTA 1	PANELISTA 2
Vicealmirante Jorge Montoya Manrique		
Durante 35 minutos		
	Coronel EP Luís Rocca Erquiaga	
	Durante 20 minutos	
		Coronel EP (R) Flavio Carlos Hinojosa Gavidia
		Durante 20 minutos
MODERADOR: Licenciado Juan Paredes Castro	15 minutos para su resumen personal del tema y la lectura de las hojas de vida.	

MESA TEMÁTICA N° 2:**EL ROL DE LA MUJER PERUANA EN LA SOCIEDAD,
LAS FUERZAS ARMADAS Y LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ****11/10/2018 DE 10:20 A 12:30 HORAS**

EXPOSITORA	TEMA ESPECÍFICO	TIEMPO
EXPOSITORA 1: Dra. Cecilia Guadalupe Barbieri Quino	"La mujer peruana y su papel en la defensa nacional."	20 minutos
EXPOSITORA 2: Dra. Violeta Bermúdez Valdivia	"Papel de la mujer en la sociedad peruana"	20 minutos
EXPOSITORA 3: Coronel PNP CJ Ofelia Vizcarra Hidalgo	"El rol de la mujer en la Policía Nacional del Perú"	20 minutos
EXPOSITORA 4: Mayor FAP Roslem Cáceres López	"Papel de la mujer en las FFAA."	20 minutos
EXPOSITORA 5: Coronel PNP CJ Simona Jaramillo Fernández	"El rol de la mujer en la Justicia Militar Policial"	20 minutos
MODERADORA Dra. Delia Muñoz Muñoz	Conclusiones de las ponencias.	20 minutos

MESA TEMÁTICA N° 3:
TENDENCIAS ACTUALES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL
DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

11/10/2018 DE 14:20 A 16:00 HORAS

EXPOSITORES	TEMA	TIEMPO
EXPOSITOR 1: Teniente General Dimitrio Zafeiropoulos (Grecia)	"Tendencias actuales de la jurisdicción militar en el ámbito internacional"	40 minutos
EXPOSITOR 2: Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz (Brasil)	"La Justicia Militar Brasileña y su nueva competencia"	40 minutos
MODERADOR: General de Brigada Waldo Martínez Cáceres (Chile)	Resumen de lo tratado y bosquejo de la situación de la Justicia Militar en Chile	20 minutos

MESA TEMÁTICA N° 4:
“CONSTITUCIÓN Y JURISDICCIÓN MILITAR”
11/10/2018 DE 16:20 A 18:00 HORAS

EXPOSITORES	TEMA	TIEMPO
EXPOSITOR 1: Dr. José Palomino Manchego	“La jurisdicción militar en la Constitución de Cádiz”	25 minutos
EXPOSITOR 2: Dr. Abraham Santiago Siles Vallejos	“La jurisdicción militar en las constituciones del Perú hasta 1933”	25 minutos
EXPOSITOR 3: Dr. Aníbal Quiroga León	“La jurisdicción militar en las constituciones del Perú de 1979 y 1993”	25 minutos
EXPOSITOR 4: General Auditor Alfredo Fernández Benito (España)	“La jurisdicción militar en la Constitución española”	25 minutos
MODERADOR: Licenciado Rony Calagua Gavilán	Presentación y lectura de hojas de vida	

MESA TEMÁTICA N° 5:
“REFLEXIONES SOBRE LA JUSTICIA PENAL
INTERNACIONAL EN EL VIGÉSIMO ANIVERSARIO
DEL ESTATUTO DE ROMA”

12/10/2018 DE 08:20 A 10:00 HORAS

EXPOSITORES	TEMA	TIEMPO
EXPOSITOR 1: C. de Nav. CJ Víctor Gonzales Jáuregui	“Antecedentes del Estatuto de Roma”	30 minutos
EXPOSITORA 2: Dra. Michelle Reyes Milk	“Causas tramitadas en la Corte Penal Internacional”	30 minutos
PANELISTA Dr. Juan José Ruda Santolaria	“Comentarios al vigésimo aniversario del Estatuto de Roma.”	25 minutos
MODERADOR: Dr. José Castro Eguavil	Resumen de lo tratado y lectura de las hojas de vida	15 minutos

MESA TEMÁTICA N° 6:
“LA JUSTICIA MILITAR EN AMÉRICA”
12/10/2018 DE 10:20 A 12:00 HORAS

EXPOSITORES	TEMA	TIEMPO
EXPOSITORA 1: Coronel Marta Iturvide Contich (Uruguay)	“Situación de la Justicia Militar en Uruguay”	25 minutos
EXPOSITOR 2: Dr. Roger Rodríguez Santander	“La jurisdicción militar policial del Perú en las sentencias del Tribunal Constitucional”	30 minutos
EXPOSITOR 3: Coronel USA Javier Rivera Rosario (EE UU de NA)	“Situación de la Justicia Militar en los Estados Unidos de Norteamérica.”	30 minutos
MODERADOR: Dr. José Gálvez Montero	Resumen de lo tratado y lectura de las hojas de vida.	15 minutos

ACTIVIDADES DEL VI ENCUENTRO DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO MILITAR

Roosevelt Bravo Maxdeo¹

Previamente a las actividades académicas, el día 10 de octubre de 2018, la Asociación Internacional de Justicias Militares (AIJM), con sede en Brasil, llevó adelante la renovación de sus cuadros. El doctor Getulio Correa dejó la presidencia de la Asociación, tomando la posta el doctor Adib Caseb, a quien deseamos éxitos en su importante cargo.

Como vinimos diciendo, los días 11 y 12 de octubre, se llevó a cabo, en el auditorium del Fuero Militar Policial, sito en la avenida República de Chile N° 321, Santa Beatriz- Lima, el “VI Encuentro de Derecho Internacional Humanitario y Derecho Militar”, organizado por el Fuero Militar Policial del Perú y la Asociación Internacional de Justicias Militares (AIJM), habiendo concurrido al evento representantes de nueve países: Angola, Brasil, Chile, Estados Unidos de Norteamérica, España, Grecia, Nicaragua, Perú y Uruguay.

1 Editor de la Revista.

RESUMEN DE LOS TEMAS TRATADOS

Resumiendo, los temas tratados en el evento, podemos decir que en la **MESA TEMÁTICA N°1, SE TRATÓ EL TEMA: “LAS FUERZAS ARMADAS DEL PERÚ Y SU PARTICIPACIÓN EN OTRAS SITUACIONES DE VIOLENCIA”**. El expositor señaló que, en el Perú, como en otras naciones de la región, existe una serie de amenazas que afectan la seguridad interna del país y la convivencia pacífica, como el terrorismo, el narcotráfico, la minería ilegal y la contaminación ambiental, entre otros.

Para enfrentar estas amenazas, existe en el Perú una serie de mecanismos que competen a diversas instituciones. Dentro del plano operacional propiamente dicho, corresponde al Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas asumir responsabilidades relacionadas con el Frente Externo, el Frente Interno y la Proyección Internacional, como la participación de las Fuerzas Armadas en Misiones de Paz y Operaciones de Seguridad Regional o Hemisférica.

Para realizar esa labor, se sirve del Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea, dentro del marco Constitucional y en relación con el Sistema de Defensa Nacional, establecido también en la Carta Magna del Perú.

En el campo de otras operaciones, que fue motivo esencial de la mesa temática, las Fuerzas Armadas del Perú participan en el combate al contrabando, al tráfico ilícito de drogas, las operaciones contra el daño ecológico, apoyo por desastres naturales, operaciones de apoyo contra disturbios civiles, operaciones de apoyo al desarrollo y otras que disponga el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas (el Presidente Constitucional de la República).

Las Fuerzas Armadas del Perú, en el cumplimiento de esas misiones, actúan en el marco legal establecido por el Decreto Legislativo N° 1095, “Reglas de empleo y uso de la Fuerza”, en 3 escenarios establecidos:

1. Asumen el control del orden interno, previa declaración del estado de emergencia y realizan operaciones militares contra grupos hostiles, aplicándose el Derecho Internacional Humanitario.
2. Actúan en apoyo a la Policía Nacional del Perú, previa declaración del estado de emergencia, a fin de restablecer el orden interno, aplicándose el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

3. Actúan, también, en apoyo a la Policía Nacional del Perú, en los casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o protección de las instalaciones estratégicas públicas. En este caso se aplica el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En la **MESA TEMÁTICA N° 2**, se trató sobre el **“ROL DE LA MUJER EN LA SOCIEDAD, LAS FUERZAS ARMADAS Y LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ”**. Se analizó este tema desde distintas aristas, como el **“Papel de la mujer en la sociedad peruana”**, afirmándose que ella cumple en la sociedad varios roles importantes y, no obstante, su sacrificada labor, se sigue mediatizando su papel.

En las estadísticas presentadas por la expositora sobre el fenómeno de la violencia contra de la mujer en el Perú, se apreció que el 65% de mujeres ha sufrido, alguna vez, violencia de parte de su pareja y que en el año 2017 ocurrieron 121 feminicidios y 247 tentativas.

Si bien la mujer ha ganado de alguna forma igualdad, este camino ha sido lento y recién en los últimos años se ha expedido una normatividad acorde, que, si bien no ha resuelto el problema, resulta útil para defender sus derechos.

Otro tema que se trató en esta mesa, fue: **“Mujer y Defensa Nacional”**, en el que la expositora, después de mostrar cuadros estadísticos sobre la participación de la mujer en la Defensa Nacional, refirió que la incorporación de las mujeres en el ámbito militar había supuesto la evolución de, al menos, 4 aspectos importantes. En lo político, el avance hacia la igualdad de derechos y oportunidades de la mujer y el hombre; en lo laboral, la reducción de la discriminación de la mujer en el acceso al trabajo; en lo militar, la superación de las tradiciones de las FFAA y la profesionalización de la carrera militar y, en lo social, la variación del rol asignado naturalmente al hombre.

En cuanto al **“Rol de la mujer peruana en las Fuerzas Armadas del Perú”**, la expositora expresó que la integración de la mujer en las Fuerzas Armadas era un proceso acompañado por la evolución de la normativa, que incluía la categoría de Género, como forma de integración y eliminación de las brechas de desigualdad existentes entre hombres y mujeres.

La inclusión de la mujer en las fuerzas militares había seguido la tendencia global, por lo que las instituciones castrenses peruanas abrieron

sus puertas a las mujeres, formalmente, en 1997, con la aprobación de una ley que les permitió el acceso a las escuelas de formación de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas y, desde entonces, habían existido esfuerzos conscientes para adecuar la estructura militar a las necesidades específicas de las mujeres. Por ejemplo, en 2003, se aprobó la Ley de prevención y sanción de hostigamiento sexual y, en 2004, la del descanso prenatal y posnatal en las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional. Además, dijo, que la discriminación por género estaba explícitamente prohibida, por lo que se podría afirmar que, en el papel, la igualdad es la regla general.

Sin embargo, dijo también la expositora, que aún existían diferencias de trato entre hombres y mujeres militares, algunas de las cuales limitaban el futuro profesional del personal femenino, en concreto, por su no admisión en aquellas armas de combate, tanto en el Ejército (Infantería, caballería y artillería), como en la fuerza naval (submarinista, infantería, operaciones especiales, rescate y salvamento) y el componente aéreo (piloto de combate, defensa aérea, defensa y operaciones especiales).

De otro lado, en la exposición sobre el **“Rol de la mujer en la Policía Nacional”**, llamó la atención del auditorium, que, entre los oficiales de servicios, de un efectivo de 2,795 miembros, 1,489 sean mujeres, es decir el 54 %, llamando, igualmente, la atención de los concurrentes, que dos mujeres hayan llegado al alto grado de general.

Finalmente, se trató también en esta mesa, sobre el **“Rol de la mujer en la Justicia Militar Policial”**. Dijo la expositora, que los cambios legislativos ocurridos en la jurisdicción militar policial, habían permitido que las oficiales mujeres asuman hoy papeles de jueces, fiscales, relatoras, secretarías de juzgados, vocales y fiscales superiores y supremas adjuntas. Puntualmente, los cambios realizados en la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial y los alcances de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00001-2009-PI/TC, de 25 de diciembre del 2009, que dispuso que solo oficiales del Cuerpo Jurídico Militar Policial podían administrar justicia militar policial, habían permitido ese escenario.

En la **MESA TEMÁTICA N° 3** se trató sobre las **“TENDENCIAS ACTUALES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL DE LA JURISDICCIÓN MILITAR”** y las exposiciones generaron entre los asistentes viva preocupación, por un lado, y por otro, sorpresa.

Al tratar el expositor sobre **“La situación de la Justicia Militar en el mundo”**, dijo que había países donde la justicia militar no existía en tiempos de paz; países donde la justicia militar gozaba de autonomía y se organizaba siguiendo principios de independencia e imparcialidad; otros, en los que los tribunales militares se hallaban dentro de la organización de la justicia común; algunos más, con competencias puntuales, y, otros, con competencias expansivas. Agregó el expositor que había una tendencia significativa, en el mundo, de subsumir la justicia militar en la común y especializar y mantener entrenados a los jueces civiles en el quehacer militar. Este panorama no resultaría halagüeño para los que respaldan la existencia de la jurisdicción militar.

De otro lado, al conocerse sobre la ampliación de la competencia de la justicia militar brasilera, que posibilita el juzgamiento de militares, en sede judicial militar, por la comisión de delitos comunes, sin casi ninguna limitación, igualmente, el auditorio se sorprendió. De acuerdo con el expositor, la competencia de la justicia militar de Brasil se extendería incluso a civiles, por la comisión de determinados delitos, lo que para muchos resultaba extraño.

En cuanto a la experiencia chilena, se dijo que, existiendo un proyecto de nuevo Código Penal Militar, éste no se había aprobado no obstante haber transcurrido algunos años, prefiriendo los militares procesados ser juzgados en la jurisdicción común, debilitándose de esa manera la disciplina y la justicia militar.

En la **MESA TEMÁTICA N° 4: “CONSTITUCIÓN Y JURISDICCIÓN MILITAR”**, se resaltó la importancia que en su tiempo tuvo la Constitución de Cádiz en la organización de la Justicia Militar, al establecer, claramente, en dos de sus artículos, los límites de esta jurisdicción.

Se dijo que la Justicia Militar en el Perú había sido regulada, con distintas amplitudes, en todas las Constituciones que tuvieron y tienen vigencia. En la Constitución de 1993, más precisamente en el artículo 139°, inciso 1°, se establece que la jurisdicción militar existe en el Perú como excepción a la jurisdicción común, para juzgar los delitos de función cometidos por militares y policías en actividad, de acuerdo con un Código de Justicia Militar.

Tras las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en materia penal militar, el rol de la jurisdicción militar policial se había visto aclarado y su organización adecuada a sus propósitos constitucionales.

En la **MESA TEMÁTICA N° 5: “REFLEXIONES SOBRE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL EN EL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DEL ESTATUTO DE ROMA”**, se trataron asuntos relativos a los **“Antecedentes del Estatuto de Roma”** y a los **“legados jurisprudenciales y lecciones aprendidas de la Corte Penal Internacional”**.

Los antecedentes del Derecho Internacional Humanitario son muy antiguos, pero sus formas escritas son relativamente recientes. Datan del Siglo XIX. Surgen de la preocupación del hombre por limitar el sufrimiento humano innecesario durante la guerra, proteger a la población civil que no participa de ella y que los medios y métodos utilizados cumplan estándares limitados por principios.

Las cuatro Convenios de Ginebra, que se firmaron después de la Segunda Guerra Mundial y su Protocolos Adicionales, eran esenciales para el Derecho Internacional Humanitario, pero existían otros convenios igualmente importantes, que, en forma global, habían ayudado al desarrollo del “*Ius in bello*” (Derecho de la Guerra).

Se dijo que el Estatuto de la Corte Penal Internacional había sido otro hito dentro de este Derecho y, si bien había un número significativo de países que no habían ratificado la Convención, estaba el Derecho Internacional Consuetudinario para tratar siempre de humanizar la guerra.

En cuanto al papel de la Corte Penal Internacional, se dijo que su trabajo era significativo, en cuanto venía estableciendo los parámetros legales para el procesamiento de personas que cometían delitos contra el Derecho Internacional Humanitario. El caso de Tomás Lubanga, líder de la Unión de Patriotas Congolese y jefe de las Fuerzas Patrióticas por la Liberación del Congo, era emblemático, por haber sido procesado por el reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años, durante los años 2002 y 2003, y hacerlos participar en un conflicto armado de carácter no internacional. Lubanga ha sido condenado a 14 años, como coautor mediato.

Estaban también, en la Corte, los casos de Germain Katanga, procesado por crímenes de lesa humanidad; de Jean Pierre Bemba, por lesa humanidad; y de Al Faqi Al Mahdi, por destrucción de propiedad.

En la **MESA TEMÁTICA N° 6: “LA JUSTICIA MILITAR EN AMÉRICA”**, se habló sobre la **“Situación de la Justicia Militar en Uruguay”**. Se dijo que era una jurisdicción reconocida en la Constitución Política del Estado; que dependía administrativa y presupuestalmente del Ministerio de Defensa Nacional y mantenía una relación de dependencia jurisdiccional con la Suprema Corte de Justicia, en cuanto ésta calificaba y resolvía los recursos de casación y revisión que se interponían contra las sentencias definitivas de segunda instancia que dictaba el Supremo Tribunal Militar.

La competencia de la jurisdicción militar, consistía en resolver y juzgar, en tiempo de paz, “respecto a todos los delitos militares consagrados en el Código Penal Militar” y hacer cumplir lo juzgado. Estaba limitado a conocer de los delitos estrictamente militares y las faltas de igual naturaleza, cometidos por militares en actividad. Su competencia no alcanzaba a las faltas disciplinarias.

Respecto de **“La Jurisdicción Militar Policial del Perú en las sentencias del Tribunal Constitucional”**, se dijo que este alto organismo había emitido varias sentencias, que, de forma paulatina, habían modelado la actual justicia militar. Para la jurisdicción militar policial del Perú, resultaba significativa la sentencia que recayera en el Expediente N° 00001-2099- PI/TC, de 25 de diciembre de 2009, que sentó las bases de la actual justicia militar. Dijo el Tribunal, que la jurisdicción militar policial era independiente de la justicia común; mantenía su propia organización; que tenía jueces y fiscales militares o policías en actividad, a condición de que sean abogados e integren el Cuerpo Jurídico Militar; que los jueces y fiscales de la jurisdicción militar policial no son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura y sus jueces y fiscales supremos lo eran por el presidente de la República, entre otros importantes alcances.

Sobre la **“Situación de la Justicia Militar en los Estados Unidos de Norteamérica”**, se explicó que el rol del comandante era trascendental, pues a él correspondía disponer el inicio del procedimiento penal militar. Se incidía mucho en las garantías del proceso, particularmente

en el derecho de contar con un abogado defensor, en el principio de la presunción de inocencia; en que la culpabilidad sea declarada más allá de duda razonable y se prohibía la influencia indebida del comando.

Los eventos recientes que habían impactado en la justicia militar de los EEUU, habían sido las guerras en Iraq y Afganistán, a partir de las cuales el rol de los abogados militares se había expandido. Otro evento serio tenía que ver con las agresiones sexuales dentro de las fuerzas armadas norteamericanas, que los había llevado a hacer enmiendas significativas en el Código de Justicia Militar Uniforme.

Dentro del rol expansivo de los abogados militares, se incidía en el adiestramiento en el campo del Derecho Internacional Humanitario y debían participar en el desarrollo y revisión de los planes operacionales. Por otra parte, los abogados militares debían ser capaces en seis competencias: justicia militar, Derecho Internacional Operativo, Derecho administrativo y civil, Derecho contractual y fiscal, reclamaciones y asistencia legal.

El evento fue inaugurado por el Presidente del Poder Judicial y la Corte Suprema de Justicia de la República, doctor Víctor Prado Saldarriaga y clausurado por el doctor Jorge Del Castillo Gálvez, Presidente de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas del Congreso de la República.

Fotografías del evento



Mesa de honor en la inauguración del VI Encuentro Internacional de Derecho Internacional Humanitario y Derecho Militar. Inauguró el evento el Dr. Víctor Prado Saldarriaga, Presidente del Poder Judicial y de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Contralmirante CJ (R) Julio E. Pacheco Gaige, Presidente del Fuero Militar Policial, y el Doctor Getulio Correa, Presidente saliente de la Asociación Internacional de Justicias Militares (AIJM).



Doctor Adib Caseb, presidente electo de la Asociación Internacional de Justicias Militares.



Sesión de la Asociación Internacional de Justicias Militares
(10-10-2018: Sala de sesiones del Fuero Militar Policial).





El auditorium del Fuero Militar Policial durante la inauguración del evento.

El auditorium del Fuero Militar Policial durante la presentación de la primera mesa temática.



Integrantes de la Mesa Temática N° 1:
 Coronel EP Luís Rocca Erquiaga, licenciado Juan Paredes Castro,
 Vicealmirante Jorge Montoya Manrique y
 Coronel EP (R) Flavio Carlos Hinojosa Gavidía





Vicealmirante Jorge Montoya Manrique recibiendo un certificado por su participación como expositor.



Coronel EP Luís Rocca Erquiaga, panelista en la Mesa Temática N° 1.



Coronel EP (R) Flavio Carlos Hinojosa Gavidia, panelista en la Mesa Temática N° 1, recibiendo un certificado del Mayor General FAP Arturo Giles Ferrer.



Licenciado Juan Paredes Castro recibiendo un certificado como moderador de la mesa temática N° 1.

Integraron la Mesa Temática N° 2, como expositoras:

Dra. Cecilia Guadalupe Barbieri Quino, Dra. Violeta Bermúdez Valdivia, Coronel PNP CJ Ofelia Vizcarra Hidalgo, Mayor FAP Roslem Cáceres López, Coronel PNP CJ Simona Jaramillo Fernández y como moderadora actuó la Dra. Delia Muñoz Muñoz.





Dra. Cecilia Guadalupe Barbieri Quino
recibiendo un certificado por su
participación como expositora.



Dra. Violeta Bermúdez Valdivia recibiendo
un certificado por su participación como
expositora.



Coronel PNP CJ Ofelia Vizcarra Hidalgo
recibiendo un certificado por su
participación como expositora.



Coronel PNP CJ Simona Jaramillo Fernández
recibiendo un certificado por
su participación como expositora.



Mayor FAP Roslem Cáceres López recibiendo
un certificado por su participación como
expositora.



Dra. Delia Muñoz Muñoz recibe un certificado
por su participación como moderadora de
la mesa temática N° 2.

Integrantes de la Mesa Temática N° 3:

Teniente General Dimitrio Zafeiropoulos (Grecia), General de Brigada Waldo Martínez Cáceres (Chile) y el Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz (Brasil).





Teniente General Dimitrio Zafeiropoulos (Grecia).



El General de Brigada Waldo Martínez Cáceres (Chile) y el Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz (Brasil).

Integrantes de la Mesa Temática N° 4:
General Auditor Alfredo Fernández Benito (España), Dr. Abraham Santiago
Siles Vallejos, Dr. José Palomino Manchego y Dr. Aníbal Quiroga León.





Dr. José Palomino Manchego.



Dr. Aníbal Quiroga León.



Dr. Abraham Santiago Siles Vallejos.



General Auditor Alfredo Fernández Benito (España).

Integrantes de la Mesa Temática N° 5:

Dr. José Castro Eguavil (moderador), Capitán de Navío CJ Víctor Gonzales Jáuregui, Dr. Juan José Ruda Santolaria y Dra. Michelle Reyes Milk.





Capitán de navío
CJ Víctor Gonzales
Jauregui, expositor de
la Mesa Temática N° 5.



La Dra. Michele Reyes Milk, habló sobre los legados jurisprudenciales y las lecciones aprendidas de la Corte Penal Internacional.

Integrantes de la Mesa Temática N° 6:

Dr. Roger Rodríguez Santander, coronel Marta Iturvide Contich (Uruguay),

Dr. José Gálvez Montero (moderador) y coronel USA Javier Rivera Rosario.





Coronel USA
Javier Rivera Rosario.



Coronel Marta Iturvide Contich (Uruguay),
recibiendo un certificado del Dr. Adib Caseb.



Dr. Roger Rodríguez Santander,
recibiendo un certificado del Dr. Adib Caseb.



Dr. José Gálvez Montero (moderador)
recibiendo un certificado del Dr. Adib Caseb.



Representantes de los Estados participantes en el VI Encuentro Internacional sobre Derecho Internacional Humanitario y Derecho Militar, luego de la clausura del evento, a cargo del congresista Jorge Del Castillo Gálvez, Presidente de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas del Congreso de la República.



Contralmirante CJ (R) Julio E. Pacheco Gaige, Presidente del Fuero Militar Policial, pronunciando su discurso durante la ceremonia de clausura.



Mayor general FAP Arturo Giles Ferrer, Presidente de la Comisión Organizadora del VI Encuentro Internacional de Derecho Internacional Humanitario y Derecho Militar, leyendo las conclusiones del evento, durante la ceremonia de clausura.



Fotografía de las autoridades presentes en el evento

EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Se terminó de imprimir en diciembre 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

