



CAEJM

Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

PUBLICACIÓN ACADÉMICA DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR
AÑO III - NÚMERO 4 / DICIEMBRE 2014



Justicia que forja
disciplina



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

General de Brigada EP (R) Juan Pablo Ramos Espinoza

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

Contralmirante CJ Julio Enrique Pacheco Gaige

PRESIDENTE DEL COMITÉ EDITORIAL Y SUBDIRECTOR ACADÉMICO DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR

Teniente Coronel EP Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

Comité Editorial

Floiro Tarazona Ramírez, Asesor de Prensa e Información

Técnico Primero AP Luis Urbina Huapaya

Diseño de portada

Oficina de Relaciones Públicas e Imagen Institucional del FMP

Diagramación

Socorro Gamboa García

Fotografía

Portada: Randy Velásquez Fermín

Solapa (Plaza dos de Mayo): Panoramio

Corrección de estilo

Gral. PNP(R) Jorge López Zapata

Colaboraron en esta edición

Técnico 1ra. EP Darío Castillo Román

Técnico 2da. EP Wilber Aruhuanca Ccama

Abogada Mirella Oré Quispe

Dr. José Castro Eguavil

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

Edición noviembre 2014
Año 3 - Número 4
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2014-18526

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

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

Tiraje: 1000 ejemplares

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

IMPRESO EN EL PERÚ
PRINTED IN PERU

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	
<i>Juan Pablo Ramos Espinoza</i>	9
PALABRAS DEL DIRECTOR	
<i>Julio Enrique Pacheco Gaige</i>	11
 Artículos 	
APLICACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA EN EL DELITO DE DESERCIÓN SIMPLE Su fundamento en las teorías de la prevención general y de la responsabilidad	
<i>Arturo Antonio Giles Ferrer / Jorge Félix Ampuero Begazo</i>	17
LA INCORPORACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE EN LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL	
<i>Judith Victoria León Granda</i>	25
EL CONTROL DE ACUSACIÓN Y DESCUBRIMIENTO PROBATORIO EN EL PROCESO PENAL MILITAR POLICIAL	
<i>Alfredo J. F. Balbuena Pareja</i>	43
MECANISMOS DE CONTROL SOCIAL Y LAS FALTAS PENALES	
<i>Juan Carlos Monroy Meza</i>	65
LA JUSTICIA MILITAR DE LA UNIÓN EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA DE 1988	
<i>María Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha</i>	77
EL FUERO PENAL MILITAR QUE NECESITA COLOMBIA	
<i>Jean Carlo Mejía Azuero</i>	89

LA ESPECIFICIDAD DEL DERECHO MILITAR URUGUAYO Y LA NECESIDAD DE UN DERECHO MILITAR EN LA INTEGRACIÓN AMERICANA <i>Marta Iturvide Contich</i>	99
LOS NUEVOS ROLES DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DE LA AUDITORÍA GENERAL DE LAS FUERZAS ARMADAS, A LA LUZ DE LA REFORMA DEL SISTEMA DISCIPLINARIO MILITAR EN LA REPÚBLICA ARGENTINA <i>Eric Augusto Amsler</i>	105
PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA LEGISLACIÓN PENAL MILITAR ESPAÑOLA (Antecedentes y breve análisis del Proyecto de Nuevo Código Penal Militar) <i>Antonio Millán Garrido</i>	113
APUNTES PARA UNA JUSTICIA MILITAR COMPARADA <i>Arturo Antonio Giles Ferrer</i>	129
EL “PROYECTO DE CONSTITUCIÓN MILITAR DEL EJÉRCITO DEL PERÚ” DE 1827 <i>José F. Palomino Manchego</i>	149

Historia

BIOGRAFÍA DEL DOCTOR MIGUEL ANTONIO DE LA LAMA URVIOLA, PRIMER FISCAL GENERAL DEL FUERO MILITAR DEL PERÚ	171
JOSÉ GABRIEL GÁLVEZ EGÚSQUIZA. PATRONO DEL FUERO MILITAR POLICIAL DEL PERÚ	177

PRESENTACIÓN

El Derecho militar es una disciplina cuya vigencia se hace cada vez más trascendente en la vida diaria de las fuerzas armadas y policiales en el mundo, constituyendo normas imprescindibles para darle marco a toda actividad u operación que realicen dichas instituciones, en su afán de conservar, defender y fortalecer la paz y la seguridad de sus países. Esta es una de las conclusiones a la que se arribó al término del I Congreso Mundial sobre Derecho Militar realizado en Bogotá, Colombia del 19 al 21 de noviembre último, con la participación de quince países y a la que tuve el honor de asistir en representación del Perú.

Considero pertinente, al presentar este volumen de “El Jurista Militar Policial”, destacar el interés global por reconstituir y actualizar la doctrina y las leyes especializadas que rigen la vida castrense, el cual se manifiesta en reuniones de pares a nivel internacional, eventos multilaterales, convenios de intercambio, cursos y publicaciones. Todo ello alimenta una nueva y poderosa corriente jurídica que renueva el derecho en general y establece bases sólidas al sistema legal y judicial de las fuerzas armadas y policiales, temas en los que el Perú participa con liderazgo, habiendo organizado este año el II Foro Interamericano sobre Justicia Militar y Derecho Operacional con la presencia de doce países: Canadá, Estados Unidos, Guatemala, El Salvador, Honduras, República Dominicana, Colombia, Brasil, Ecuador, Uruguay, Chile y nosotros como anfitriones y organizadores.

En este aspecto el Perú se encuentra entre los países que ha desarrollado una experiencia positiva en materia de regulación y modernización de su justicia militar, siguiendo un modelo propio, conservando el estatus constitucional de su normativa y fortaleciendo su ámbito de competencia, lo cual es visto con interés en el concierto internacional. Producto de ese desarrollo, los integrantes del Fuero Militar Policial tienen hoy en día la oportunidad de integrarse a una comunidad académica que produce nuevo análisis jurídico, sistematiza la nueva jurisprudencia y plantea otros caminos a la investigación sobre la aplicación del derecho militar, significando que hay un resurgimiento de dicha disciplina y, de manera particular, del derecho penal militar policial, como un sistema normativo que garantiza el orden, la disciplina y la moral de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, a fin de que estas instituciones puedan cumplir a cabalidad su rol constitucional.

En el presente número, siguiendo la línea de sus anteriores ediciones, El Jurista Militar Policial presenta artículos de autoría nacional, que versan acerca de los temas que surgen en el ejercicio de su renovada judicatura y que son materia recurrente en el tratamiento de los casos en nuestros juzgados y tribunales; y, junto a esta importante selección, también trae varios ensayos de connotados autores extranjeros que ilustran el panorama internacional y nos muestran otras visiones, así como la peculiaridad del desarrollo de sus sistemas de derecho militar. Es así como en esta edición podemos ofrecer un conjunto de artículos con temas de España, Brasil, Argentina, Uruguay y Colombia, de necesaria lectura para comprender la situación actual del derecho penal militar.

Agradeciendo el permanente interés de la comunidad jurídica militar policial por nuestra publicaciones, en espera de que éstas contribuyan al desarrollo y fortalecimiento de un sistema jurídico de eficiente soporte de la legalidad, en el ámbito que nos compete, dejo con ustedes este cuarto número de El Jurista Militar Policial, invitándolos a examinar los temas propuestos y, en la medida de su interés, hacernos llegar sus comentarios y sugerencias a través de nuestros canales de comunicación institucional.

Juan Pablo Ramos Espinoza
General de Brigada EP (R)
Presidente del Fuero Militar Policial

PALABRAS DEL DIRECTOR

El Centro de Altos Estudios de Justicia Militar (CAEJM), cumpliendo con la misión que se le ha encomendado, y apreciando las necesidades académicas de los integrantes del Fuero Militar Policial, viene desarrollando, sostenidamente, como se ha referido en otras oportunidades, un plan de trabajo para mantener permanentemente capacitados a los jueces, fiscales y en general a las personas que prestan servicios en el Fuero Militar Policial.

Durante el segundo semestre del presente año, el CAEJM, ha desarrollado, también, tareas relacionadas con la publicación de libros esenciales para fortalecer, en unos casos, la actitud o comportamiento ético y comprometido de los integrantes del Fuero Militar Policial, como es el caso de la reedición del libro: *“Fuerzas Morales Militares”*, escrito por el Coronel del Cuerpo Jurídico Militar Hernán Monsante Rubio, o reavivar la relación que el Fuero Militar Policial ha tenido con la historia del Perú y el Poder Judicial, al publicar el libro: *“Personajes de la Justicia Militar”*, escrito por el Teniente Coronel del Ejército Roosevelt Bravo Maxdeo, donde se detallan las biografías de los catorce vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, que en su momento, integraron el Consejo Supremo de Guerra y Marina, máxima instancia de la jurisdicción militar entre 1899 y 1906.

En el plano internacional, el CAEJM, ha llevado adelante, en el mes de agosto del año en curso, en colaboración con otras dependencias del Fuero Militar Policial, el II Foro Interamericano sobre Justicia Militar y Derecho Operacional, donde se trataron temas de actualidad y de importancia sustancial para el entendimiento del Derecho Operacional. Las exposiciones, de los expertos que han intervenido en el evento, han sido plasmadas en un libro que lleva por título: II Foro Interamericano Sobre Justicia Militar y Derecho Operacional (Conferencias). Todo ello, con el afán de mejorar el entendimiento de jueces y fiscales en esta materia de actualidad.

En otro plano concomitante de nuestro quehacer, hoy presentamos el cuarto número de la revista: “El Jurista del Fuero Militar Policial”, que contiene cinco artículos escritos por autores extranjeros y cinco artículos por autores nacionales, en el convencimiento que su lectura redundará en la preparación de los jueces y fiscales de la jurisdicción militar policial peruana.

Finalmente, quiero agradecer la colaboración desinteresada que han prestado los autores de los artículos que contiene esta revista, sin cuyo compromiso no sería posible la continuidad de “El Jurista del Fuero Militar Policial”.

Julio Pacheco Gaige
Contralmirante CJ
Vocal Supremo y Director
del Centro de Altos Estudios
de Justicia Militar del Fuero Militar Policial

El Jurista
del
Fuero Militar Policial

■ Artículos

APLICACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA EN EL DELITO DE DESERCIÓN SIMPLE

Su fundamento en las teorías de la prevención general y de la responsabilidad

Mayor General FAP Arturo Antonio Giles Ferrer¹
Coronel FAP Jorge Félix Ampuero Begazo²

Los autores del presente estudio abordan el problema de la diversidad de criterios que adoptan los operadores jurisdiccionales y fiscales de la Justicia Militar Policial, al momento de aplicar las consecuencias jurídicas a los casos de delito de Deserción Simple, variando las mismas desde la condena condicional, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad hasta la pena privativa de libertad efectiva corta vía control difuso, con lo cual se afecta la predictibilidad de sus decisiones jurisdiccionales y fiscales, sosteniendo tales autores que no existe vacío en el Código Penal Militar Policial –en adelante, CPMP– y que la solución a ese problema se encuentra en el desarrollo doctrinal del artículo IX del Título Preliminar del CPMP, el mismo que lo efectúan fundamentándose en las teorías de la prevención general y de la responsabilidad que dan respaldo a la función de la pena militar policial en la etapa procesal, concluyendo que es aplicable al delito de Deserción Simple la pena privativa de libertad efectiva. Este desarrollo doctrinal es el mérito del presente trabajo, por cuanto se trata de una doctrina propia del derecho penal militar policial y relacionado a la actividad jurisdiccional de la Justicia Militar Policial.

1 Vocal Supremo del Fuero Militar Policial, magíster en Derecho Penal y doctor en Derecho.

2 Vocal Superior Institucional de la FAP del Tribunal Superior Militar Policial del Centro, magíster en Derecho Penal Militar.

EL DELITO DE DESERCIÓN SIMPLE Y LA DIVERSIDAD DE CRITERIOS EN LA APLICACIÓN DE LA PENA

El delito de Deserción Simple y sus diversas modalidades tipificadas en el artículo 105° del CPMP, principalmente la descrita en el inciso 2, es el de mayor incidencia en las Fuerzas Armadas, por lo que su prevención es uno de los objetivos fundamentales de la Justicia Militar Policial, estando reguladas en este cuerpo legal las instituciones penales y procesales destinadas a tal fin.

En el caso de la aplicación de la pena, dicho artículo establece expresamente que será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, el militar o policía que incurra en delito de Deserción Simple, elevándose la misma pena en los dos últimos párrafos, por razón del sujeto activo, a no menos de dos ni más de cinco años, cuando se trata de personal subalterno (técnico, suboficial u oficial de mar); y a no menos de tres ni más de seis años, cuando el agente es un militar o un policía con grado de oficial.

Del artículo 105° del CPMP queda claro que la consecuencia jurídica para prevenir el delito de Deserción Simple es la pena privativa de libertad. Sin embargo, de las exposiciones realizadas en el “Conversatorio sobre el Tratamiento del Delito de Deserción en el Proceso Penal Militar Policial”, llevado a cabo en el Fuero Militar Policial el 20 de octubre de 2014, ha causado preocupación la diversidad de criterios procesales y penales por parte de los operadores jurisdiccionales y fiscales del ámbito jurisdiccional del centro, para aplicar esta pena en casos de delito de Deserción Simple.

Así tenemos, que en la etapa de investigación preparatoria, la gran mayoría de procesos por delito de Deserción Simple concluyen con acuerdo pleno y aplicación de la condena condicional o suspensión de la ejecución de pena privativa de libertad; mientras que

un reducido número de procesos, principalmente los correspondientes a oficiales, pasan a la etapa de juicio oral en donde el Tribunal Superior Militar Policial del Centro impone, vía control difuso, pena privativa de libertad efectiva, pero por debajo del límite que establece el último párrafo del artículo 105° del CPMP. Es decir, las consecuencias jurídicas a los autores de este delito, varían de condena condicional, suspensión de la pena privativa de libertad hasta la pena privativa de libertad efectiva de corta duración, vía control difuso.

Dos son las posiciones que se tomaron en el “Conversatorio sobre el Tratamiento del Delito de Deserción en el Proceso Penal Militar Policial”, en lo relativo a la pena privativa de libertad a aplicar en casos de delito de Deserción Simple: por una parte, estaban los que consideran que lo pertinente es la condena condicional y/o la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad; y, por otra, los que estiman que debe aplicarse la pena privativa de libertad efectiva, sea reducida con control difuso o en los términos en que se expresa en el artículo 105° del CPMP, esto es, sin reducción alguna.

Los defensores de la ponencia favorable a la aplicación de la condena condicional y/o suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en casos de Deserción Simple, sostuvieron, en el mencionado evento académico, que tal posibilidad la permite el artículo XV del Título Preliminar del CPMP, debido a la existencia de un vacío, puesto que no se precisa en el artículo 105° del indicado código que la pena privativa de libertad sea efectiva. Además, consideran que el beneficio penal de la “condena condicional” está expresamente regulado en el CPMP (vg. Artículos 40°, 50° y 329°). A esos argumentos de índole legal añaden otro de carácter práctico, como es el escaso número de instalaciones en las Instituciones Armadas para poder recluir al ingente personal de tropa al cual se le dictaría prisión efectiva.

Por su lado, los partidarios de la aplicación de la pena privativa de libertad efectiva, argumentaron que esta pena es la idónea, debido a que obliga a su imposición la función sancionadora y preventiva establecida para la pena por el artículo IX del Título Preliminar del CPMP, que derogó la expresa mención a la función resocializadora que le asignaba el anterior Código de Justicia Militar aprobado por el Decreto Legislativo N° 961. Asimismo, sostuvieron que la “condena condicional” ha sido derogada en el fuero común por la Ley N° 30076, quedando vigente sólo la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Y, por último, trajeron a colación, como argumento más objetivo, la norma mandatoria sobre la ejecución de la pena privativa de libertad contenida en el artículo 482° del CPMP, que dispone que esta pena “se cumplirá en los centros de reclusión militar policial”.

De la anterior descripción de realidad se infiere que existen diferentes interpretaciones por parte de los operadores jurisdiccionales y fiscales de la Justicia Militar Policial, sobre las consecuencias jurídicas a aplicar al personal militar o policial responsable del delito de Deserción Simple y diversidad de criterios en la aplicación de la pena privativa de libertad, lo que implica una situación problemática que amerita la reunión del Pleno Jurisdiccional con el objeto de lograr predictibilidad de las resoluciones judiciales mediante la unificación de criterios jurisprudenciales en los operadores jurisdiccionales de la Justicia Militar Policial.

Formulado así el problema, es necesario definirlo y plantearle una alternativa de solución, la misma que a criterio de los autores de este estudio, se encuentra en el desarrollo de la doctrina penal militar policial. Sirviendo de orientación la ciencia de la metodología de investigación científica y teniendo en consideración el muestreo aleatorio simple de los procesos seguidos por Deserción Simple

en el ámbito jurisdiccional del centro, se ha logrado definir la situación problemática en los siguientes términos: ¿Cuál es la pena privativa de libertad adecuada para prevenir el delito de Deserción Simple tipificado en el artículo 105° del CPMP? A continuación, se procede al desarrollo doctrinal que resolverá este problema.

AUSENCIA DE VACÍO LEGAL Y TEORÍAS QUE RESOLVERÁN LA DISCREPANCIA

El núcleo de la polémica alrededor del cual giran las anteriores discusiones, radica en la interpretación del artículo XV del Título Preliminar del CPMP, que regula la aplicación supletoria de este cuerpo legal y que lo remite, en caso de vacío o defecto, a las normas previstas en los Códigos Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal, en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos y fines de ese Código especial. Es esta última parte la que deben tener en cuenta los operadores jurisdiccionales y fiscales de la Justicia Militar Policial al momento de aplicar el indicado artículo XV; esto es: sólo aplicarán supletoriamente las normas comunes en caso de vacío o defecto del CPMP y/o en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a sus preceptos y fines.

Con respecto a la posición que sostiene que debe recurrirse al Código Penal para aplicar la condena condicional y/o la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en casos de delito de Deserción Simple, por no estar prevista expresamente la pena privativa de libertad efectiva para este delito en el CPMP, debe señalarse que adolece de una manifiesta oposición a un precepto legal del CPMP como es el artículo 482°, que a la letra dice: “La pena privativa de libertad se cumplirá en los centros de reclusión militar policial”. No se puede concebir que la condena condicional (ya de por sí derogada por la Ley N° 30076) o la suspensión de la ejecución

de la pena privativa de libertad, puedan cumplirse en centros de reclusión militar policial, siendo sólo la pena privativa de libertad efectiva la única que puede ejecutarse de esa forma, por lo que la incongruencia salta a la vista.

Desde el punto de vista principalista, otra razón por la cual no es viable la anterior postura, es su oposición a los fines del CPMP, puesto que el artículo IX de su Título Preliminar, que establece que la función de la pena militar policial es la sancionadora y preventiva, permite dar solución al problema planteado. El fundamento de esta afirmación lo da la doctrina a desarrollar sobre el indicado artículo, para lo cual se ha elegido teorías que guardan directa relación con la pena militar policial, su función y con la alternativa de solución que proponen.

20 Así, el cuestionamiento sobre el vacío o defecto del CPMP consistente en no haber determinado expresamente en el artículo 105° la pena privativa de libertad efectiva, se salva con la existencia de los artículos IX del Título Preliminar y 482° del CPMP, con lo cual el principio de legalidad está salvaguardado.

Siendo el problema a dar solución, la diversidad de criterios sobre la pena privativa de libertad a aplicarse en el delito de Deserción Simple, lógicamente que la primera teoría a elegirse es la de la pena, con la cual se establecerá la función de la pena militar policial. Una vez definida esta función, debe encontrarse otra teoría que enlace con la anterior y dé solución dogmática al problema planteado.

TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN GENERAL DE LA PENY SU PROCEDENCIA EN LA ETAPA PROCESAL

Dos son las funciones que asigna a la pena militar policial el artículo IX del Título Preliminar del CPMP: la sancionadora y la preventiva. La función sancionadora de esta pena, guarda relación con la que históricamente atribuía la Justicia Militar a la pena, como es la función “ejemplarizante” y que nos acerca a la teoría de la prevención general negativa, desarrollada históricamente por Paul Johann Anselm v. Feuerbach y que atribuye a la pena como función, disuadir a los ciudadanos mediante la amenaza de la misma o su utilización. Es en este momento de aplicación efectiva de la pena donde se ubica el criterio de la función sancionadora de la pena atribuida por el CPMP, por cuanto implica que no se debe renunciar a la pena y que esta sanción es necesaria porque, en palabras de Claus Roxin, “los delitos que se quedan sin consecuencias para el autor, incitan a la imitación”³.

Con relación a la función preventiva de la pena militar policial, queda claro que forma parte de ella la prevención general negativa, conforme a los términos detallados en el fundamento precedente. Asimismo, se incluye a esta función la prevención general positiva, la que “está dirigida a reforzar la confianza depositada por la sociedad peruana (Estado, Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú y ciudadanía en general) en la inviolabilidad del CPMP, confianza que se concretiza con la imposición y ejecución efectiva de esta pena en el personal militar y policial que comete delitos de función, lo que también trae como

3 Roxin, Claus (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, tomo I, Editorial Civitas S.A., p. 90.

consecuencia que se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado (artículo 44° de la Constitución: proteger a la población de las amenazas contra su seguridad), se materializa con la sanción que corresponde”⁴.

Habiendo sido derogado el Código de Justicia Militar Policial aprobado mediante Decreto Legislativo N° 961, en cuyo Título Preliminar se contemplaba como una de las funciones de la pena la resocialización, la misma que ya no ha sido tomada en cuenta en el actual CPMP, queda claro que la prevención general negativa y positiva, en los términos antes expuestos, es la que asume el artículo IX del Título Preliminar del CPMP, es la que rige en la etapa procesal y de aplicación de la pena en la Justicia Militar Policial.

Por su parte, la prevención especial positiva o resocialización no ha sido descartada en su totalidad, puesto que del Libro Cuarto del CPMP y, principalmente, de los artículos 482°, que dispone que la pena privativa de libertad se cumplirá en los centros de reclusión militar policial; y 485° del mismo, que regula el tratamiento de los internos y el plan de actividades laborales y educativas que se les asigna, se desprende que sólo es aplicable esta modalidad de prevención en la etapa de ejecución de la pena militar policial.

Ante el posible cuestionamiento a la aparente drasticidad de aplicar la pena privativa de la libertad efectiva y no la condena condicional, se desvirtúa con la revisión de los regímenes disciplinarios de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, que contemplan

sanciones duras que restringen la libertad, como el arresto disciplinario simple y de rigor, por lo que la benignidad de la condena condicional, en donde el condenado por un delito va a cumplir su sanción en libertad, no guarda relación con la especial naturaleza del CPMP.

En tal sentido, es viable la imposición de la pena privativa de libertad efectiva al personal militar y policial que incurra en delitos de función, por así orientarlo la prevención general negativa y la prevención general positiva, traducido en lo siguiente: para intimidar a la colectividad militar y policial con la amenaza de infligir las penas tipificadas en el CPMP, a fin de disuadirlos a no incurrir en este delito; y para reforzar la confianza depositada por la sociedad peruana (Estado, Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú y ciudadanía en general) en la inviolabilidad del CPMP, vía la imposición y ejecución de esta pena, con la finalidad de hacer eficaz esa amenaza y evitar, a futuro, la imitación e incitación a la comisión de nuevos delitos, por no haberse efectivizado así la condena.

TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD

Definido que en la etapa procesal la función de la pena militar policial es la prevención general negativa y positiva, debe encontrarse otra teoría que la enlace y dé solución dogmática al problema planteado. Para ello es necesario guiarse por una corriente doctrinaria imperante en nuestro sistema penal, por lo cual se ha elegido el funcionalismo teleológico-político criminal de Claus Roxin⁵, a través del cual los problemas penales son resueltos orientando las categorías que sirven

4 Giles Ferrer, Arturo y Ampuero Begazo, Jorge (2014). “Función de la Pena Militar Policial. La Prevención General como criterio de exclusión de la condena condicional”, en *Revista El Jurista del Fuero Militar Policial*, pp. 61 al 81.

5 Roxin, Claus (1997). Op. cit., pp. 222 y 223.

de base al sistema del derecho penal (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), a finalidades valorativas de tipo político criminal. Así resume Bern Schunemann la fórmula de ese eminente jurista alemán: “asocia al tipo, como motivo central, la determinabilidad de la ley penal conforme al principio del *nullum crimen*; a la antijuricidad, el ámbito de soluciones sociales de los conflictos; y a la culpabilidad, la necesidad de pena resultante de consideraciones preventivas”⁶.

Entonces, tenemos que para Claus Roxin los problemas derivados de la aplicación de la categoría clásica del delito denominada culpabilidad, son resueltos por la teoría de la pena y sus consideraciones preventivas. Y ello es así, como podemos inferirlo de su teoría de la responsabilidad, a través de la cual considera a la culpabilidad como un presupuesto de la responsabilidad que debe fundarse en la teoría de los fines de la pena y a la que añade una necesidad preventiva de punición, para comprobar que en un caso concreto es adecuada una pena⁷.

Lo anterior se explica así: luego de establecido que una acción o conducta es típica y antijurídica (es decir, se da el injusto penal), se procede a pasar a la última etapa para determinar la existencia de un delito, esto es, analizar la categoría delictiva de la “responsabilidad” para saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado. Para ello, primero se comprueba si el sujeto activo es culpable, esto es, si tiene o ha tenido la capacidad de poder motivarse conforme a la norma penal. Si el autor es culpable, entonces se adiciona la necesidad preventiva de punición que por política criminal el legislador

ha visto conveniente aplicar para el caso analizado, lo que sólo puede establecerse con el desarrollo jurídico y dogmático que aclare la teoría de la pena que se habría empleado en el código punitivo. Culminado este ejercicio dogmático, la responsabilidad se presenta “como una prescripción dirigida al juez para que imponga una sanción”⁸.

PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD ADECUADA PARA PREVENIR EL DELITO DE DESERCIÓN SIMPLE

Aplicando la teoría de la prevención general negativa y la teoría de la responsabilidad a nuestro problema, tenemos la solución al mismo, de acuerdo al siguiente detalle: se parte de un sujeto activo que es un militar o policía en situación de actividad, que ha cometido el “injusto penal” denominado delito de Deserción Simple; que es culpable, por cuanto siendo capaz para motivarse conforme a la norma penal establecida en el artículo 105° del CPMP, se ha decidido por transgredirla e incurrir en tal “injusto penal”; que llegado el momento de imposición de la pena por parte del juzgador, la que aplicará conforme a los parámetros y fundamentos establecidos en el artículo 31° del mismo cuerpo legal, se decidirá por la pena privativa de libertad efectiva por así imponerlo la política criminal de prevención general negativa y positiva consagrada en el artículo IX del Título Preliminar del CPMP y desarrollada conforme a los fundamentos expuestos en el sub título 3 del presente artículo.

En conclusión, la pena privativa de libertad adecuada para prevenir el delito de Deserción Simple, es la efectiva, por así

6 Schunemann, Bernd (1991). “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal”, en *Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*, Madrid, Editorial Tecnos, p. 64.

7 Roxin, Claus (1998). *Dogmática Penal y Política Criminal*, Lima, editorial IDEMSA, pp. 32 a 44.

8 Roxin, Claus (1997); op. cit., p. 222.

fundamentarlo el desarrollo doctrinal del artículo IX del Título Preliminar del CPMP basado en la teoría de la prevención general de la pena y en la teoría de la responsabilidad, siendo inidónea la condena condicional por haber sido derogada en el Código Penal por la Ley N° 30076, así como la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad por no estar regulada en el CPMP e ir contra los fundamentos doctrinarios y político criminales de la prevención general negativa y positiva de la pena militar policial, aplicable en la etapa procesal.

Por lo tanto, debemos avanzar y unificar criterios de actuación en orden a lograr la tan ansiada predictibilidad de las resoluciones judiciales en la justicia militar policial peruana.

BIBLIOGRAFÍA

- GILES FERRER, Arturo y AMPUERO BEGAZO, Jorge (2014). Función de la Pena Militar Policial - La Prevención General como Criterio de Exclusión de la Condena Condicional, en *El Jurista del Fuego Militar Policial*, revista académica del Centro de Altos Estudios de la Justicia Militar, Edición agosto 2014, Año 3, Número 3, Lima - Perú.
- ROXIN, Claus (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, tomo I, Editorial Civitas S.A.
- ____ (1998). *Dogmática Penal y Política Criminal*, Lima, editorial IDEMSA.
- SCHUNEMANN, Bernd (1991); *Introducción al Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*, en *Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*, Madrid, Editorial Tecnos.

LA INCORPORACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE EN LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL

C. de C Judith Victoria León Granda¹

RESUMEN

Incorporar el precedente vinculante en el marco normativo de la Justicia Militar Policial es de suma importancia debido a que se podrá desarrollar diferentes temas de interés en materia militar policial, a fin de establecer doctrina jurisprudencial vinculante, la cual dará seguridad jurídica a los justiciables por la predictibilidad de las decisiones judiciales de los magistrados de la justicia militar policial, legitimándola y trayendo como consecuencia la mejora de la imagen del Fuero Militar Policial al existir un mayor grado de credibilidad.

INTRODUCCIÓN

El Perú ha tenido cambios sustanciales en la legislación de la Justicia Militar Policial, cambios que se han dado a nivel de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial y en el Código Penal Militar Policial. Estos cambios han generado grandes controversias a nivel de la doctrina y al interior del mismo Fuero Militar Policial, los que han traído reformas que han tenido gran impacto y han logrado que la Justicia Militar Policial mejore. Sin embargo, aún falta más por hacer, como por

1 Abogada egresada de la Universidad Particular San Martín de Porres, estudios de maestría con mención en Derecho Penal Militar Policial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, candidata para optar el grado académico de Magister en Derecho con la Tesis “La Incorporación del Precedente Vinculante en la Justicia Militar Policial” y estudios de doctorado en la Universidad Nacional Federico Villareal.

ejemplo, la incorporación del precedente vinculante en la Justicia Militar Policial” con el cual se dará seguridad jurídica a los justiciables por la predictibilidad de las decisiones de los magistrados de la Justicia Militar Policial, con la consecuente mejora de la imagen del Fuero Militar Policial, al existir un mayor grado de credibilidad.

Actualmente, el inciso 6) del artículo 5° y el artículo 8° de la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, modificada por el Decreto Legislativo N° 1096 y por la Ley N° 29955, se contradicen, el primero, al establecer que compete al Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial “Aprobar la doctrina jurisdiccional en materia penal militar policial, que guía el accionar de los operadores jurisdiccionales y fiscales del Fuero Militar Policial”, y el segundo, al disponer que el Tribunal Supremo Militar Policial “Actúa como pleno para los acuerdos de doctrina jurisprudencial”, los cuales dan a entender que no son obligatorios, además de no haberse desarrollado hasta la fecha.

Una situación curiosa pasa con el inciso 6) del artículo 5° que señala que el Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial es competente para aprobar la doctrina jurisdiccional, que será aplicada por los jueces y fiscales, cuando se sabe que estas dos instituciones tienen competencias distintas; además la doctrina jurisprudencial o precedente vinculante es aprobado por los jueces supremos y no por un Consejo Ejecutivo, integrado por jueces y fiscales supremos.

Para la incorporación del precedente vinculante en la Justicia Militar Policial se debe precisar cuál es su finalidad, su naturaleza; si su aplicación es obligatoria o facultativa, cuáles son sus alcances y las sanciones a quienes no lo aplican. Luego se debe modificar el marco normativo de la Justicia Militar Policial, incorporando la institución del precedente vinculante.

La naturaleza de los precedentes constitucionales es normativa y su efecto es “erga omnes”, la de los precedentes judiciales es jurisprudencia y deben ser acatados por los órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía, mientras que los precedentes en el Fuero Militar Policial deben tener una naturaleza similar al judicial común.

La Justicia Militar Policial juzga los delitos de función y se rige por el principio de legalidad, en consecuencia los precedentes deben tener carácter obligatorio, sin que esto signifique una transgresión al principio de legalidad.

Existen dos grandes familias jurídicas en el mundo, el common law y el continental o civil law. En la primera, la fuente principal del derecho es el precedente, mientras que en la segunda, la fuente principal es la ley y la jurisprudencia queda en segundo plano y en algunos países lo que se ha tratado es eliminarla como fuente del derecho.

El Sistema Legal Peruano se adscribe al civil law, sin embargo, en el artículo VII del Código Procesal Constitucional se ha adoptado el precedente constitucional vinculante que es obligatorio para el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, las entidades particulares y, en general, para todos los ciudadanos. También se ha adoptado el precedente judicial o precedente vinculante en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el Código de Procedimientos Penales, en el Código Procesal Penal, en el Código Procesal Civil, etc., cuyos efectos y alcances sólo son al interior del Poder Judicial y siempre que exista un proceso judicial; además su vinculación es jerárquica, ya que un precedente aprobado a nivel de las cortes superiores no puede alcanzar a los supremos.

Actualmente, en la Justicia Militar Policial existen discrepancias de criterios al aplicar, básicamente, las normas procesales, que hace que no exista predictibilidad en este

tipo de justicia. Si bien el principio de legalidad es el eje de la Justicia Militar Policial, sin embargo, a nivel de las normas procesales, su incidencia es menor, por lo que es posible implementar el precedente para hacer más predecible el Sistema.

EL PRECEDENTE VINCULANTE O PRECEDENTE JUDICIAL O DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Por Jurisprudencia se entiende las decisiones emitidas por los tribunales cuando resuelven un caso concreto. La confrontación de las reglas jurídicas con los casos concretos determina que los tribunales, mediante la interpretación, precisen el sentido de una ley, buscando una armonía lógica, la que cobra vital importancia en la actualidad. “El derecho es lo que los tribunales deciden que es.” (Hart, 1961 p. 176)

Para Anibal Torres (2009) “La jurisprudencia, denominada también precedente judicial, *stare decises*, doctrina jurisprudencial, sentencia normativa, criterio jurisprudencial, es la decisión del más alto tribunal de un país, que al resolver un caso concreto, establece un principio o doctrina vinculante para el propio tribunal supremo y para todos los órganos jurisdiccionales inferiores, mientras no sea derogada o modificada por resolución debidamente motivada del propio Tribunal Supremo.”

De acuerdo a la familia jurídica del país al que pertenece, la jurisprudencia puede ser definida:

- En la Familia del Common law, el principio del *stare decises et quieta movere* (estese a los decidido, mantenga la quietud), significa que los jueces deben respetar lo decidido anteriormente y no cuestionar los puntos de derecho ya resueltos. La decisión judicial, además de resolver una controversia, establece un

precedente que servirá de fundamento para la solución de casos futuros semejantes.

- En la Familia del Civil Law o Derecho Continental, el precedente es la interpretación de la norma que realizan los jueces a partir de resolver un caso concreto, que debe ser aplicado a los nuevos casos. Sin embargo, en la mayoría de países esta aplicación no es vinculante, sino persuasiva.

Jerzy Wróblewski (1985), distingue cinco características del “precedente judicial”.

- 1) Un sentido clásico. Supone entender al precedente como un mecanismo de creación jurídica y, más concretamente, en el desempeño del papel de la Jurisprudencia como fuente creadora del Derecho.
- 2) Un sentido funcional. Supone entender al precedente desde su función ejemplificadora de conductas judiciales que, en casos futuros, pudieran ajustarse a la misma estructura argumentativa y fáctica descrita por el propio precedente. Para que un pronunciamiento judicial aislado adquiera rango de precedente propiamente dicho, deberá poder ser empleado en la justificación de una serie indefinida de casos judiciales que se ajusten a los hechos descritos por el mismo.
- 3) Un sentido de validez. Supone enfocar la figura del precedente judicial únicamente desde la perspectiva de su cumplimiento, es decir, supone entender al precedente como un mecanismo jurídico dotado con suficiente valor coactivo para obligar a todos los posibles destinatarios como si de una auténtica norma jurídica se tratase.
- 4) Un sentido de autoridad. El precedente como mecanismo de influencia en la

orientación de la labor judicial –es decir, como un mecanismo para motivar futuras decisiones– constituye el sentido más próximo a los orígenes históricos del concepto de autoridad de la cosa juzgada en el Derecho anglosajón. Por tanto, cuando un juez invoca entre sus motivos judiciales la autoridad de la cosa juzgada de determinados pronunciamientos anteriores en el tiempo, se escuda en el criterio de opiniones y consideraciones externas para justificar en realidad su propia tesis y, precisamente, en función del prestigio que se le reconoce a la autoridad invocada –en definitiva, en función de la legitimidad que ésta ostente– su argumentación jurídica gozará de mayor o menor fuerza vinculante.

- 5) Un sentido informativo. Entiende al precedente y desde su función orientadora o informadora de futuros fallos a la vista de todos los anteriores.

Estas cinco características describen al precedente y si alguno de ellos faltare, no constituiría precedente judicial.

Para Monroy Gálvez (2008) “El precedente es una técnica de argumentación que consiste en extraer un fundamento jurídico de un caso decidido a fin de aplicarlo a un caso similar o idéntico que surja posteriormente.”

El precedente vinculante es la decisión emitida por un tribunal de la máxima instancia que tiene eficacia jurídicamente vinculante para las decisiones sucesivas de casos análogos, para el mismo tribunal y para otros de igual o inferior rango.

El Código Procesal Constitucional ha introducido el sistema del precedente en su artículo VII del Título Preliminar, el cual establece que “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieran autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia,

precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparte del precedente”.

Al interpretar del artículo VII mencionado, se puede concluir: a) La sentencia que constituye precedente debe señalar tal condición, b) El precedente no es toda la sentencia, sino aquella parte llamada “ratio decidendi” que es la que tiene efecto normativo, c) El precedente tiene efecto normativo, d) Los efectos de un precedente constitucional vinculante son erga omnes, es decir, para todos los poderes del estado y los ciudadanos en general, y e) Cuando alguien decida apartarse del precedente constitucional deberá expresar los fundamentos de hecho y derecho que sustentan su decisión y las razones por las cuales se aparta del precedente.

El Tribunal Constitucional del Perú, en el Expediente N° 0024-2003-AI/TC, señala que el precedente constitucional vinculante “es una disposición jurídica expuesta en un caso particular y concreto, que el Tribunal Constitucional ha decidido establecer como regla general; y, que por ende deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.”

ORIGEN DEL PRECEDENTE VINCULANTE

Tiene sus orígenes en el derecho anglosajón, donde el juez resuelve de acuerdo a la costumbre y en base a las sentencias dictadas por los tribunales en casos semejantes.

El Common law es el resultado de normas no escritas elaboradas dentro de la más larga tradición, por tribunales de justicia, donde parte del axioma que la experiencia en la solución de casos anteriores proporcionará el fundamento más importante para los standar de acción y principios de decisión.

En el derecho inglés y norteamericano, la observancia de las decisiones jurisprudenciales ocupa un lugar de preferencia y altamente estimado, mientras que en el derecho escrito, desempeña un papel accesorio.

Países como Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá, Australia, La India se encuentran dentro la familia jurídica del Common law, el cual engloba principios como igualdad, seguridad jurídica, universalidad, y así también procedimientos y valores jurisprudenciales, entendiéndose, como elemento casuístico del Derecho Angloamericano, el case law, constituido por los precedentes judiciales de sus tribunales.

Esta familia jurídica está basada en el (Case law) en el que la autoridad deriva a la regla de la observancia el precedente judicial (Stare Decisis), el mismo que solo puede operar previa publicidad a través de los law reports.

El principio Stare Decisis et non quita moveré, (Stare Decisis) establece que una Corte está obligada a seguir la decisión de otras Cortes que hayan resuelto un caso con las mismas condiciones. De esta manera el derecho que deben aplicar los jueces no es únicamente aquel contenido en las normas desarrolladas por el legislador o las agencias estatales, sino también, el desarrollado por las decisiones que en el pasado han tomado los jueces.

Un principal aporte de esta familia jurídica es el Distinguishing que permite a un juez apartarse de un precedente vinculante alegando las particulares diferencias entre un caso y otro, *siendo ésta la principal vía de actualizar este sistema legal.*

LOS PRECEDENTES SON FUENTES DE DERECHO

La Constitución Política de 1993, en el artículo 139°, inciso 8), establece “El principio de no dejar de administrar justicia por

vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, debe aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.”

El citado artículo solo considera como fuente formal de derecho a la ley, a la costumbre y a los principios generales del derecho. Sin embargo, el Código de Procedimientos Penales, el Código Procesal Penal, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Poder Judicial, consideran que el precedente vinculante tiene efectos normativos aplicables al interior del Poder Judicial. Es decir, el Sistema Jurídico Peruano admite, como fuente de derecho, al Precedente Judicial Vinculante.

En un sistema jurídico como el nuestro, es necesario que el precedente judicial vinculante sea fuente de derecho a fin de dar predictibilidad a las resoluciones judiciales y seguridad jurídica a todas las personas que recurren al órgano jurisdiccional.

RELACIÓN ENTRE EL PRECEDENTE VINCULANTE, LA IGUALDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

La Constitución Política de 1993 establece en el artículo 146°, inciso 1), que el Estado garantiza la independencia de los magistrados judiciales, quienes sólo están sometidos a la Constitución y a la ley.

La actividad de los jueces se rige por dos principios al momento de resolver la controversia jurídica: 1) La independencia judicial y 2) La vinculación a la Constitución y a la ley. No es posible entender la actividad judicial fuera de estos parámetros.

Siendo que los precedentes vinculantes tienen carácter normativo vienen a formar parte del ordenamiento jurídico que los jueces no pueden dejar de aplicar señalando su independencia.

La igualdad (en la ley y ante la ley establecida en el artículo 2° inciso 2) de la

Constitución) y al acceso a la justicia, son características de los estados democráticos, por lo que toda persona tiene derecho a recibir la misma protección, lo que se alcanzaría a través una justicia predecible que se lograría mediante el precedente vinculante.

En el derecho comparado, los más altos tribunales de justicia buscan orientarse por los precedentes que sirven para la uniformidad y continuidad de la jurisprudencia y de la seguridad jurídica, desconocer las particularidades del caso concreto y la necesidad de adoptar la decisión a criterios de razonabilidad y equidad.

La importancia del precedente es que siempre ha tenido un papel decisivo en la elaboración y desarrollo del derecho. La seguridad jurídica que nace de los fallos judiciales depende de la uniformidad y de la vocación de continuidad de los mismos. De nada vale el reconocimiento de las resoluciones judiciales si estas, al final, resultan completamente contradictorias, opuestas o radicalmente distintas frente a situaciones similares o idénticas que se han resuelto con anterioridad. La seguridad jurídica se conecta y relaciona directamente con los criterios de justicia derivados de la aplicación igualitaria de la ley. El juez tiene que procurar que la idea de seguridad jurídica y certeza se realicen o, por lo menos, quede suficientemente satisfecha.

La seguridad jurídica brinda un sustento de certeza jurídica, el que, a su vez, se relaciona con el principio de buena fe, del cual precisa la noción de confianza legítima, que se refiere a la coherencia de las conductas tanto del Estado como de los particulares, con lo que uno y otros han venido diciendo y haciendo antes.

La confianza legítima y la seguridad jurídica, implican que las decisiones judiciales deben ser predecibles, a fin de que la conducta que el derecho regula, pueda ser “proyectable” y las personas puedan saber, con

un margen suficiente de razonabilidad, a qué atenerse. Sin orden no hay seguridad y sin seguridad no hay orden.

La predictibilidad de las decisiones judiciales es una de las manifestaciones de la justicia. La ausencia de uniformidad de los fallos, más allá de no contribuir a la formación de una tendencia interpretativa e impedir la consolidación de la jurisprudencia, es muestra de la precaria vida jurídica de un país y de un desprestigio a la judicatura. Además de mostrar fallos contradictorios, deja la sensación de que, por lo menos, uno de ellos es injusto. El desconocer los “precedentes”, trasgrede la coherencia interna del sistema jurídico vulnerando el sistema mismo.

En la Familia Jurídica del Common Law, el inmovilismo judicial y la no modificación de los precedentes sólo tendría sentido si es que en el mundo no aparecen hechos nuevos. Mientras que en la Familia Jurídica del Civil Law, al aprobarse una nueva norma, se estaría dejando sin efecto el precedente.

PARA QUE SIRVEN LOS PRECEDENTES

La doctrina señala que deben utilizarse los precedentes por tres razones: 1) Argumento ad ejemplo, 2) Argumento de autoridad, encontramos 3 modalidades: a) El precedente vertical, b) El precedente horizontal, c) El autoprecedente, y 3) Argumento de justicia formal.

FUNCIONES DEL PRECEDENTE VINCULANTE

La doctrina establece que el precedente vinculante cumple las siguientes funciones: 1) Uniformar la jurisprudencia, 2) Hacer realidad una justicia predecible, 3) Garantizar la seguridad jurídica, 4) Dar certeza y estabilidad al ordenamiento jurídico, y 5) Eliminar la arbitrariedad del Juez.

Los pronunciamientos de la Corte Suprema encabezan la jerarquía de los precedentes y expresan la interpretación correcta y razonada del derecho (función monofiláctica) y el control de la actividad judicial de los órganos inferiores (función de uniformidad). Un Tribunal Supremo tiene la última palabra en el establecimiento y decisión del derecho. Sus decisiones son definitivas aunque no infalibles (Hart, 1961, p. 177).

El precedente judicial comparte todas las funciones del precedente constitucional, sin embargo, éste tiene obligatoriedad erga omnes, mientras que el judicial es obligatorio para los órganos jerárquicamente inferiores del Poder Judicial.

Para Garrido Gómez “el precedente se constituye como un instrumento de seguridad jurídica, que, a su vez, tiene como elementos la certeza jurídica, la eficacia jurídica y la ausencia de arbitrariedad, y que es un valor fundante de la predicibilidad de las decisiones judiciales.” (Garrido, 2009, pp. 52-72).

Considerar al precedente vinculante como sólo un mecanismo de unificación de la jurisprudencia, que consolida un Estado Constitucional de Derecho, sería limitarlo, pues éste está referido a la Teoría de la Argumentación, que por ser una regla de racionalidad, constituye que la acción conduzca a resultados no arbitrarios, predictibles y ejecutables, teniendo como base la presencia del mismo.

FORMAS DE VINCULACIÓN DE LOS PRECEDENTES

La doctrina señala los siguientes: 1) Según la fuerza de su vinculación: a) Persuasivos, b) Vinculación rigurosa, c) Disuasorio, en el sentido que de no seguir la doctrina jurisprudencial o los precedentes vinculantes que se citan, se corre el riesgo de que el fallo sea revocado; y, 2) Según quién las emite: a) Los precedentes verticales hacen referencia

a los provenientes de un órgano judicial superior jerárquicamente, cuya observancia ordena al que tiene que adoptar la decisión, stare decisis, b) Los precedentes horizontales presentan un escenario donde no existe la obligatoriedad de las decisiones del superior jerárquico, sino es su homólogo el que tiene que adoptar la decisión, entonces hablamos del carácter persuasivo de seguir los precedentes del compañero y los criterios jurídicos a los casos anteriores, c) El autoprecedente, refiere el precedente proveniente del propio órgano jurisdiccional que ahora tiene que adoptar la decisión, significa adherirse a sus propios precedentes, es decir, ser él mismo una fuente de legitimidad y autoridad de sus propias decisiones.

PRESUPUESTOS PARA LA FIJACION DEL PRECEDENTE VINCULANTE

La doctrina señala que se aprueba un precedente vinculante cuando: 1) Se advierta que los operadores judiciales de las diferentes instancias están expidiendo sentencias contradictorias, 2) Se advierta la existencia de vacíos o defectos de las normas, 3) Se advierta que existe una norma donde caben varias posibilidades de interpretación y no exista interpretación jurisdiccional, y, 4) Cuando se decide cambiar el precedente.

CONDICIONES PARA EL USO DEL PRECEDENTE VINCULANTE

La doctrina señala como condiciones de uso del precedente vinculante que: 1) Exista una relación entre el caso y el precedente vinculante. La existencia de similitud y diferencias fácticas, las que en caso de estas últimas, no justifiquen un trato distinto, es factible que a través del razonamiento analógico se extienda a la regla del precedente vinculante, 2) El precedente debe constituir una regla de derecho y no puede referirse a los hechos del caso, y, 3) No se use el precedente para

imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico.

Robert Alexy considera que “el fundamento del uso del precedente lo constituye el principio de universalidad, la exigencia que subyace a toda concepción de la justicia en cuanto a concepción formal, de tratar de igual a lo igual.” (Alexy, 1989, p. 23)

PARTES DEL PRECEDENTE VINCULANTE

Son tres las partes del precedente vinculante: 1) El *Holding* equivale a la “ratio decidendi” de los países de herencia continental, es la parte de la decisión o sentencia que fundamenta al precedente. Es la regla o principio que define el Tribunal al resolver el caso concreto, delimitado por el contenido de esa misma regla que se considera vinculante. No es el decisorio, sino el fundamento jurídico más importante. La misma sentencia precisa cuál es la ratio decidendi, 2) El *Dictum*, (obiter dictum) se refiere a las motivaciones marginales, periféricas, circunstanciales o abundantes, las cuales no tienen carácter de fuerza vinculante, sólo poseen carácter persuasivo, y, 3) El *rationale* alude a la motivación del holding, el fundamento de la regla que resuelve el caso y que constituye el *holding*, elemento que tiene especial relevancia para elaborar la doctrina vinculante.

APLICACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE

Para la doctrina la “ratio decidendi” es aplicada a casos posteriores, sólo luego que el juez posterior evalúe las razones que fundamentaron los fallos anteriores, tales como: 1) La norma objeto de decisión, 2) El referente que sirvió de base a la decisión, y, 3) El criterio determinante de la decisión.

El juez no puede ignorar los anteriores límites so pretexto de su autonomía ni puede desconocer sus anteriores fallos, pues tal conducta significaría que el derecho se “aplica” de manera diferente a las personas, a menos que encuentre que su anterior decisión, es errónea, por lo que es necesario subsanar la deficiencia.

COMO DEBE SER EL PRECEDENTE VINCULANTE

La doctrina señala que deben ser: 1) Claro, la “ratio decidendi” debe ser identificable fácilmente, no debe ser confundida con el “obiter dicta”, y, 2) Breve, a fin de que quienes los estudian puedan estar “razonablemente” al día frente a la inmensa “producción” de decisiones judiciales por los numerosos jueces que existen en el país.

EFFECTOS DEL PRECEDENTE VINCULANTE

Los efectos de una sentencia con precedente vinculante de aplicarse para el caso en concreto, entonces hablamos de una aplicación inmediata. También los efectos del precedente se pueden aplicar para casos futuros; entonces hablamos de aplicación *ex nunc* y finalmente el precedente se puede aplicar no sólo al caso en concreto y futuros, sino también a casos pasados; entonces hablamos de aplicación *ex tunc*.

CAMBIO DEL PRECEDENTE VINCULANTE

A través de esta técnica se deja sin efecto el precedente anterior para sustituirlo por uno nuevo. La doctrina nacional equipara el cambio de precedente vinculante al *overruling*, sin embargo, ésta última, en los países anglosajones sería la variación del precedente por cambió de la realidad, del entorno social en que se aprobaron, situación que no se aprecia en los países continentales donde el

precedente no surge de la realidad, sino de la interpretación de las normas, por lo que el cambio de la realidad no puede llevar a aprobar un nuevo precedente vinculante, en tanto que la norma que la genera no cambie.

La doctrina señala que para cambiar el precedente vinculante se sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) Referirse al precedente anterior, 2) Ofrecer argumento suficiente (hecho y derecho) para el abandono o cambio si en un caso se pretende fallar en un sentido contrario al anterior en situaciones fácticas similares, a fin de conjurar las arbitrariedades y asegurar el respeto al principio de igualdad, y 3) Determinación de los efectos en el tiempo.

La técnica del *overruling*, permite cambiar un precedente vinculante (fundamento normativo) aplicando un nuevo precedente ya sea al caso en análisis (*restrospective overruling*) o, en la mayoría de los supuestos, a casos del futuro (*prospective overruling*). La técnica *prospective overruling* se utiliza cuando un juzgador advierte a la población del inminente cambio que va a realizar de sus fallos, sin cometer la injusticia de una modificación repentina de las reglas que se consideraban como válidas. *Son las llamadas sentencias con precedente vinculante de eficacia diferida (prospective overruling)*.

El Overruling es la revocación del precedente por el mismo órgano supremo que lo emitió. Es la posibilidad de cambiar de precedente vinculante, no porque el caso no sea sustancialmente igual, sino porque existen razones para el cambio del precedente.

El Distinguish es la técnica para reducir la vinculación del Precedente Judicial a partir de la existencia de hechos distintos del precedente (no del caso). Es cuando se logra determinar y sobretodo justificar que el caso no es sustancialmente igual a aquel que dio origen a un precedente vinculante. Es decir, que existen diferencias reales –y no

aparentes– entre el primer caso (que dio mérito al precedente) y el segundo caso, cuando no tipifica, entonces allí no es exigible aplicar el precedente instaurado.

VENTAJAS DE LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE

La doctrina señala las siguientes ventajas: 1) Crea una justicia predecible. Acaba con las sentencias contradictorias y con ello da seguridad jurídica que garantiza la igualdad de las personas frente a la ley, y aumenta la credibilidad institucional, 2) Controla la corrupción. Impide las interpretaciones antojadizas de las normas jurídicas por abogados y jueces, 3) Reduce la carga procesal y acelera la administración de justicia, y trae, como consecuencia, economía al ahorrar tiempo y energía, 4) Genera estabilidad al sistema jurídico y legitimidad del órgano jurisdiccional al dar credibilidad al sistema judicial, 5) Permite una continua capacitación de los magistrados así como a nivel de las universidades permite a los catedráticos mejorar la calidad de la enseñanza. Así mismo por su publicidad, son de conocimiento público, y, 7) Termina con el monopolio jurídico de crear derecho, en la medida que el juez al interpretar la norma, estaría precisando o delimitando sus alcances.

DESVENTAJAS DE LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE

Las desventajas de la aplicación del precedente vinculante son las siguientes: 1) Afecta el principio de discrecionalidad del juez, 2) Implica una labor de depuración jurídica refiriendo el precedente a una nueva interpretación. La purificación del ordenamiento jurídico, vía expurgación, es una facultad únicamente del Tribunal Constitucional contenido en el artículo 204° de la Constitución, sin embargo de esta cualidad no se encuentra premunida la judicial, que

al aplicar el precedente vinculante puede generar leyes muertas, leyes vigentes pero sin embargo ineficaces, las que no han sido derogadas del ordenamiento jurídico, 3) Reduce la posibilidad del criterio contradictorio, y, 4) Exige un repertorio de publicaciones seguro, saber distinguir los “obiter dictum” de la “ratio decidendi” por el interesado y finalmente por el juez inferior es complicado.

CONSECUENCIAS DE LA INOBSERVANCIA DEL PRECEDENTE VINCULANTE

Guilmerme Marinon señala que “El apartarse de los precedentes obligatorios no podría garantizar la estabilidad de la aplicación del derecho, y mucho menos proteger la seguridad jurídica del ciudadano.” (Guilherme, 2012)

Los jueces no pueden desconocer el valor del precedente vinculante. Un sector de la doctrina señala que los jueces incurrirían en responsabilidad administrativa (causal de infracción administrativa) si inobservan el precedente vinculante, y que igual sanción debe establecerse para los integrantes del órgano de control cuando no apliquen esta sanción; mientras otro sector de la doctrina señala además, la responsabilidad penal por el delito de prevaricato y eventualmente puede tener una responsabilidad civil por acción de la víctima. En este sentido se ha pronunciado el Ministerio Público² que sostiene que existiría

prevaricato cuando el juez deja de aplicar el precedente vinculante.

EL PRECEDENTE VINCULANTE EN MATERIA PENAL EN EL PERÚ

Lo encontramos regulado en: 1) La Ley Orgánica del Poder Judicial, en los artículos 22°, 80°, 116°, 2) El Código de Procedimientos Penales, en los artículos 301-A³, 3) El Código Procesal Penal⁴, en los artículos 427° inciso 4), 429° inciso 5), 430°, inciso 3), 433° inciso 1) y 2), y, 4) El Código Procesal Constitucional, en el artículo VII del Título Preliminar.

MODALIDADES DE PRECEDENTES VINCULANTES EMITIDOS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

El Sistema Jurídico Peruano ha establecido el precedente judicial ó precedente vinculante ó doctrina jurisprudencial para evitar desigualdades en casos justiciables iguales.

Antes del año 2004, no existían ejecutorias que de manera expresa establecieran su carácter vinculante, sino, toda una producción jurisprudencial realizada por la Corte Suprema y publicada -para su difusión- en los Anales de la Corte Suprema y en el Diario Oficial El Peruano. Fue el Decreto Legislativo N° 959 del 16 de agosto de 2004, norma de transición procesal que incorporó el artículo 301°-A al Código de Procedimientos

2 El Ministerio Público considera que los jueces que fallan en contra o apartándose del precedente vinculante se encuadra dentro del tipo penal de prevaricato, porque estarían fallando en contra del texto expreso y claro del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como lo sostiene la Fiscal de la Nación en la Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º041-2010-MP-FN, publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de enero de 2010.

3 Modificado por el Decreto Legislativo N° 959 del 16 de agosto de 2004, norma de transición procesal que incorporó el artículo 301°-A al Código de Procedimientos Penales, lo que motivó el inicio de la producción de precedentes vinculantes.

4 Vigente en varios Distritos Judiciales, ya que está dispuesto su aplicación progresiva.

Penales, lo que motivó el inicio de la producción de precedentes vinculantes.

La Corte Suprema de Justicia de la República emite precedentes vinculantes, bajo las siguientes modalidades:

- 1) Ejecutoria Suprema Vinculante se origina por la decisión de una Sala Penal de la Corte Suprema, de fijar como precedente alguno de los considerandos de su sentencia. El fundamento legal es el inciso 1) del artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales.
- 2) Sentencia Plenaria, esta sentencia se han acordado en Pleno de Jueces Supremos para dilucidar sobre ejecutorias supremas contrapuestas. El fundamento legal es el inciso 2) del artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales.
- 3) Sentencias Casatorias en las cuales se establece que lo resuelto constituye **doctrina jurisprudencial vinculante**. Su fundamento legal son los incisos 3) y 4) del artículo 433° del Código Procesal Penal.
- 4) Acuerdo Plenario, el artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que: “Los integrantes de las Salas Especializadas pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de conocer jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial”, es decir se establecen reglas jurídicas sobre materia sustantiva, procesal o de ejecución.

La importancia de los acuerdos plenarios radica en el valor de consenso de la judicatura peruana, fruto de la discusión democrática de los jueces respecto de los diferentes temas propuestos, erigiéndose como referentes para el correcto ejercicio de la función jurisdiccional; en consecuencia su materialización es una

tarea constante y permanente en la búsqueda de promover la cultura de la jurisprudencia. Estos acuerdos deben ser divulgados en la comunidad jurídica y en la sociedad en general, con el objeto de que sean tenidos en cuenta al momento de resolver los procesos judiciales. Asimismo deben ser publicados en la página web del Poder Judicial.

Es importante el monitoreo de estas decisiones debido a que permiten retroalimentarnos y poder generar un desarrollo y aplicación de la ley penal. Existen acuerdos plenarios en derecho material, derecho procesal y derecho de ejecución penal, en los cuales se han fijado criterios propios y temas conflictivos que generan decisiones claras, determinan cuál es la norma vigente, consolidan la doctrina penal y ganan un cuerpo dogmático.

ACUERDOS PLENARIOS PARA EL DESARROLLO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL MILITAR POLICIAL VINCULANTE

Actualmente, como se encuentra regulada la doctrina jurisprudencial en la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, imposibilita desarrollar Acuerdos Plenarios sobre diversos temas en materia militar policial a fin de establecer doctrina jurisprudencial vinculante, debido a que, expresamente, la citada norma: 1) No otorga fuerza vinculante sino señala que, “la doctrina jurisprudencial guía el accionar de los operadores jurisdiccionales y fiscales del Fuero Militar Policial”; 2) No está regulada su publicidad (publicación), y, 3) Existen discrepancias sobre quien la aprueba.

La Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial (LOFFMP), modificada por el Decreto Legislativo N° 1096 y por la Ley N° 29955, de

manera contradictoria establece, en el artículo 5°, inciso 6) y en el artículo 8°, dos tipos de doctrinas que deben ser emitidas en la Justicia Militar Policial. Una es la doctrina jurisdiccional, que debe ser aprobada por el Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial (inciso 6 del artículo 5°) y, la otra, es la doctrina jurisprudencial, que debe ser aprobada por el Pleno (artículo 8°).

La Ley N° 29955, modificó el artículo 5°, e incorporó el inciso 6), estableciendo que:

“Artículo 5°, El Fuero Militar Policial es único y ejerce jurisdicción en el ámbito nacional a través de sus órganos jerárquicamente organizados. Está integrado por órganos jurisdiccionales y fiscales de nivel equivalente.

El Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial es el máximo órgano de gobierno y administración. Está conformado por los vocales y fiscales supremos militares policiales, que son un total de doce oficiales generales o almirantes, en situación de actividad o retiro, que pertenecen al Cuerpo Jurídico Militar Policial.

(...)

Compete al Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial:

(...)

- 6) Aprobar la **doctrina jurisdiccional** en materia penal militar policial, que guía el accionar de los operadores jurisdiccionales y fiscales del Fuero Militar Policial. ...”

Por otro lado, el artículo 8° de la LOFFMP establece que:

“Artículo 8°, El Tribunal Supremo Militar Policial es el máximo órgano jurisdiccional del Fuero Militar Policial. Su sede es Lima.

Para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, el Tribunal Supremo Militar Policial se organiza en una Sala Suprema Revisora, una Sala Suprema de Guerra y una Vocalía Suprema. Actúa como Pleno para los acuerdos en **doctrina jurisprudencial...**”

Analizadas ambas normas, las cuales son muy parcas, dan a entender que no son obligatorias, y además, que no han sido desarrolladas desde su entrada en vigencia.

En relación a la competencia del Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial de aprobar la doctrina jurisdiccional en materia penal militar policial, esta norma no sería eficaz debido a que:

- El Consejo Ejecutivo, órgano de administración, no tiene competencia jurisdiccional. Establecer que la doctrina jurisdiccional sea aprobada por un el Consejo Ejecutivo constituye una transgresión a la autonomía de los jueces, conforme lo ha señalado, en el Poder Judicial, en su voto singular, el Juez Supremo José Luis Lecaros Cornejo, en la resolución N° 297-2013-CE-PJ de fecha 28 de noviembre de 2013.
- La doctrina jurisdiccional está referida al órgano jurisdiccional (judicial) y no al órgano fiscal, a pesar de la naturaleza especial de la jurisdicción militar policial otorgada constitucionalmente. La labor de los jueces y fiscales es distinta. La Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, diferencia la función jurisdiccional (órgano judicial) de la función fiscal. El artículo 8° de la LOFFMP establece que el Tribunal Supremo Militar Policial, para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, se organiza en una Sala Suprema Revisora, una Sala Suprema de Guerra y una Vocalía Suprema.

Los artículos 21° al 25° de la LOFFPM establecen que el órgano Fiscal Militar Policial posee autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones, tiene una estructura propia y la designación de sus fiscales la realiza la Fiscalía Suprema Militar Policial; correspondiendo a su Presidencia dirigir y orientar el ejercicio de la función fiscal en el Fuero Militar Policial.

En razón a ello, la Presidencia de la Fiscalía Suprema viene aprobando una serie de Directivas y Circulares que regulan la actividad de los Fiscales Militares Policiales, como la Directiva N° 0001-2013-FMP/FMP/P “Sobre Instrucciones Generales para establecer un Sistema de Turnos Fiscales, Directorio de Fiscales Militares Policiales a nivel nacional y la Operatividad Fiscal para la recepción de las denuncias presentadas por los delitos de función previstos en el Código Penal Militar Policial”, la “Guía Rápida para Fiscales Militares Policiales”, El “Manual de Actuaciones Fiscales y sus Formatos Técnicos del Fiscal Militar Policial” aprobado por Resolución Administrativa N°037-2013-PFSMP/SP de fecha 27 de diciembre de 2013, etc., al considerar que “los Fiscales Militares actúan con autonomía e independencia”, que “son un cuerpo jerárquicamente organizado”, que “deben sujetarse a las instrucciones que imparten sus superiores” y además que “actúan de forma corporativa sobre la base del principio de unidad de la función fiscal”.

Por lo expuesto, los Fiscales Supremos integrantes del Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial no pueden aprobar Acuerdos Plenarios que establezcan doctrina jurisprudencial vinculante, siendo esta atribución solo del órgano jurisdiccional, es decir de los Vocales

Supremos (Jueces Supremos) que integran la Sala Plena del Fuero Militar Policial.

En relación a que el Pleno del Tribunal Supremo Militar Policial, apruebe la doctrina jurisprudencial, tenemos:

- El Pleno del Tribunal Militar Policial (Pleno Jurisdiccional) está integrado por los Vocales Supremos (Jueces Supremos) integrantes de la Sala Suprema Revisora, la Sala Suprema de Guerra y la Vocalía Suprema, teniendo como atribución, aprobar la doctrina jurisprudencial.

El artículo 32° del Reglamento de la Ley N° 29182 “Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial”, aprobado por Resolución Administrativa 126-2011/FMP/TSM/SG, establece que los Vocales Supremos, previa convocatoria del Presidente del Tribunal Supremo Militar Policial, se reúnen para coordinar la labor jurisdiccional y desarrollar criterios jurisprudenciales.

- El artículo 8° de la LOFFMP es una norma muy parca. De ella se entiende que la doctrina jurisprudencial no tiene carácter vinculante para los jueces militares policiales, por lo que, a fin de dar seguridad jurídica a los justiciables, así como predictibilidad a las decisiones judiciales que darán credibilidad a la justicia militar policial legitimándola y mejorando su imagen frente a la sociedad, se debe establecer, expresamente, el carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial, la forma de su aprobación, señalar que, excepcionalmente el juez podrá apartarse del precedente vinculante establecido, para lo cual deberá fundamentar su decisión y que el precedente vinculante se publicará en el Diario Oficial El Peruano o en la página web del Fuero Militar Policial.

Asimismo, se tiene que establecer el órgano encargado de monitorear el cumplimiento de los precedentes y cuales serían las consecuencias del incumplimiento del precedente vinculante por parte del juez, que pueden ser jurídicas procesales, jurídicas disciplinarias y jurídicas penales.

Por lo expuesto, se deben introducir cambios en la legislación del marco normativo de la Justicia Militar Policial, Ley de Organizaciones y Funciones del Fuero Militar Policial y Código Penal Militar Policial, para una efectiva aplicación del precedente vinculante y de esa manera lograr la predictibilidad en este tipo de Justicia.

CONCLUSIONES

- 38 1. En la Justicia Militar Policial no existe uniformidad de criterios entre los jueces, lo que provoca la falta de predictibilidad. Si bien la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, modificada por el Decreto Legislativo N° 1096 y por la Ley N° 29955, tiene dos artículos que regulan el precedente vinculante, estos no contemplan otros mecanismos para lograr la predictibilidad en este tipo de justicia.
2. En el Marco Normativo de la Justicia Militar Policial está regulado el precedente vinculante, concretamente en el inciso 6) del artículo 5° y 8° de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar y en el artículo 32° del Reglamento de la mencionada Ley. Sin embargo, entre el inciso 6) del artículo 5° y los artículos 8° y 32° mencionados, existe contradicción. Además dichas normas son muy parcas, a tal punto que sólo se limitan a decir en el primer artícu-

lo que, el Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial aprobará la doctrina jurisdiccional en materia penal militar policial que guía el accionar de los operadores jurisdiccionales y fiscales del fuero militar policial, mientras que los artículos restantes señalan que el Pleno aprobará la doctrina jurisprudencial, sin precisar cuál es su naturaleza, sus efectos, qué parte de la sentencia del pleno jurisdiccional constituye precedente vinculante, si su incumplimiento es causal de Revisión de Sentencia Firme - el Código Penal Militar Policial no contempla el recurso de casación -, qué pasa frente a un juez que no lo aplica, dónde deben publicarse. **Tal como está regulado, no tiene ningún efecto positivo para la predictibilidad de la Justicia Militar Policial.**

Al encontrarse regulada la doctrina jurisprudencial en la legislación militar policial no es viable realizar acuerdos plenarios en aplicación del artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo, cualquier acuerdo, directiva u otro documento que se apruebe, que no reúna las características del precedente vinculante, será sólo una guía pedagógica para el accionar de los jueces militares policiales, al igual que los precedentes vinculantes emitidos por la jurisdicción ordinaria.

3. Es necesario derogar el inciso 6) del artículo 5° y modificar el artículo 8° de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, así como el artículo 453° del Código Penal Militar Policial para regular, de manera adecuada, el precedente vinculante como mecanismo de predictibilidad.
4. No existe al interior de la Justicia Militar Policial un área que sancione cuando el Juez no aplica el precedente vinculante.

RECOMENDACIONES

1. Derogar el inciso 6) del artículo 5° de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.
2. Modificar el artículo 8° de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial⁵.

DEBE DECIR:

Artículo 8°.- Naturaleza y sede

“El Tribunal Supremo Militar Policial es el máximo órgano jurisdiccional del Fuero Militar Policial. Su sede es la ciudad de Lima.

Para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, el Tribunal Supremo Militar Policial se organiza en una Sala Suprema Revisora, una Sala Suprema de Guerra y una Vocalía Suprema. *Actúa como Pleno Jurisdiccional para aprobar el precedente vinculante o doctrina jurisprudencial que tiene carácter normativo y es de obligatorio cumplimiento a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano” o en la página web del Fuero Militar Policial, lo que suceda último, para todas las instancias del Fuero Militar Policial hasta su modificación por otro Pleno. Las otras instancias pueden apartarse del precedente siempre que realicen una fundamentación de hecho y*

derecho y, además, señalen las razones de su inaplicación. Al aprobar el precedente, el Pleno señalará la parte de la Sentencia Plenaria que constituye precedente vinculante.

El Órgano de Control de la Magistratura Militar Policial es el competente para conocer el proceso administrativo, iniciado de oficio o denuncia de parte, contra los jueces de las diferentes instancias por inobservancia del precedente vinculante.

Por acuerdo de Sala Plena, a propuesta de su Presidente, se podrán constituir otras Salas en función de los asuntos que le sean sometidos a su consideración.”

3. Agregar el inciso 6) al artículo 453° del Código Penal Militar Policial.

DEBE DECIR:

Artículo 453°.- Procedencia del Recurso de Revisión de Sentencia Firme

“La revisión de una sentencia firme procede en todo tiempo y únicamente a favor del condenado, por los motivos siguientes:

(...)

- 6) Cuando la sentencia condenatoria haya sido pronunciada incumpliendo

5 El artículo 8° de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial DICE:

Artículo 8°.- Naturaleza y sede

“El Tribunal Supremo Militar Policial es el máximo órgano jurisdiccional del Fuero Militar Policial. Su sede es la ciudad de Lima.

Para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, el Tribunal Supremo Militar Policial se organiza en una Sala Suprema Revisora, una Sala Suprema de Guerra y una Vocalía Suprema. Actúa como Pleno para los acuerdos de doctrina jurisprudencial.

Por acuerdo de Sala Plena, a propuesta de su Presidente, se podrán constituir otras Salas en función de los asuntos que le sean sometidos a su consideración.”

el precedente vinculante que establece la doctrina legal, principios jurisprudenciales, en materia penal militar policial.”

4. Agregar el inciso 17) al artículo 25° del Reglamento Interno de Organización y Funciones del Órgano de Control de la Magistratura Militar Policial.

DEBE DECIR:

Artículo 25°.- Faltas muy graves

17) “Incumplir el juez militar policial el precedente vinculante establecido en materia militar policial.”

5. Es necesario establecer a nivel de la Sala Plena del Fuero Militar Policial una Guía Metodológica que regule la aprobación del precedente vinculante mediante la modalidad del acuerdo plenario que ayude a consolidar la predictibilidad de las decisiones de la Justicia Militar Policial.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY ROBERT. “Teoría de la Argumentación Jurídica”, Traducido por M. Atienza, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. Disponible en <<http://www.uv.es/mariaj/textos/alexypdf>>.

CASTILLO ALVA, José. “El uso de los precedentes judiciales en materia penal como técnica de argumentación racional. Su alcance y valor en el Derecho Peruano”. Disponible en <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_46.pdf>.

GARRIDO GÓMEZ, María. “La Predicibilidad de las decisiones judiciales”, publicado en *Ius et Praxis*, Vol. 15, N° 01, 2009. Disponible en <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100003>>.

GUILHERME MARINON, Luiz. “El Precedente en la dimensión de la Seguridad Jurídica”, publicado en *Ius et Praxis*, Vol. 18, N°. 1, 2012, Talca. Disponible en <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000100008>>

HART, Herbert. “El Concepto del Derecho” (Trad. Genaro Carrio), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961, p. 176.

MONROY GÁLVEZ, Juan. “El Mito del Precedente Judicial en el Perú”, Lima, 05.06.2008. Disponible en <mosarella.blogspot.com/2008/06/el-precedente-judicial-y-el-tribunal.html>.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “Sobre la función y aportes de la jurisprudencia y de los acuerdos plenarios vinculantes en materia Penal”, presentación del libro *Precedentes Vinculantes, Sentencias Casatorias y Ejecutorias Relevantes en mate-*

ria Penal de la Corte Suprema de Justicia, Lima, Fondo Editorial del Poder Judicial, 2008.

SAN MARTIN CASTRO, César. “La Jurisprudencia en la Corte Suprema de Justicia”, introducción del libro de *Precedentes Vinculantes, Sentencias Casatorias y Ejecutorias Relevantes en materia Penal de la Corte Suprema de Justicia*, Lima, Fondo Editorial del Poder Judicial, 2008.

TARTUFFO, Michelle. “Precedente y Jurisprudencia”, en <<https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/.../1831>>.

TORRES VÁSQUEZ, Anibal. “La Jurisprudencia como fuente del Derecho”, Lima, Estudio Anibal Torres, Abogados, 2009. Disponible en <<http://www.ettorresvasquez.com.pe/La-Jurisprudencia.html>>.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. “Constitución y Teoría General de la interpretación jurídica” Civitas, 1985, Traducción: Arantxa Azurza, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht-Boston, London, Kluwer, 1992. Disponible en <www.usergioarbolleda.edu.co/derecho/.../resena_jerzy_wroblewski.htm>.

FUENTES LEGALES

Constitución Política del Estado de 1993.

Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, Ley N° 29182.

Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo N° 1094.

Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo N° 017-93-JUS.

Código de Procedimientos Penales, Ley N° 9024.

Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957.

Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237.

FUENTES ELECTRÓNICAS

Congreso de la República del Perú, <www.congreso.gob.pe/>.

Tribunal Constitucional del Perú, <www.tc.gob.pe/>.

Poder Judicial del Perú, <www.pj.gob.pe/>.

Academia de la Magistratura, <www.amag.edu.pe/>.

Biblioteca Jurídica Virtual, <<http://www.bibliojuridica.org/>>.

Buscador de publicaciones y revistas, <<http://dialnet.unirioja.es/>>.

Buscador de páginas Web, <www.google.com>.

Buscador de páginas Web, <www.bing.com>.

EL CONTROL DE ACUSACIÓN Y DESCUBRIMIENTO PROBATORIO EN EL PROCESO PENAL MILITAR POLICIAL

Capitán FAP Alfredo J.F. Balbuena Pareja¹

“(…) El objeto del proceso lo fija el Ministerio Público, es decir, los hechos que determinan la incriminación y ulterior valoración judicial son definidos por el Fiscal, de suerte que el objeto del proceso se concreta en la acusación fiscal (...)”.

Queja N° 1678-2006 expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

43

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto desarrollar las instituciones procesales del control de acusación y del descubrimiento probatorio, para ello es necesario abordar lo concerniente al principio acusatorio, el requerimiento acusatorio elaborado por el Órgano Fiscal Militar Policial, su estructura y contenido; así como las facultades y pretensiones que postulen el actor civil y la defensa técnica. En esta línea, nuestro Código Penal Militar Policial, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1094, adopta el sistema procesal penal acusatorio con rasgos adversariales para el inicio, desarrollo y conclusión del Proceso Penal Militar Policial, cuya esencia es la de investigar y de ser el caso juzgar hechos ilícitos relacionados a delitos de función. Es así, que para poder realizar un corrector análisis y desarrollo del presente trabajo es necesario abordar las normas procesales del Código Penal Militar Policial, así como de las normas instrumentales del Código Procesal Penal, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Juzgados Penales Ordinarios y de la doctrina.

¹ Capitán de la Fuerza Aérea del Perú, Abogado egresado en la Especialidad de Derecho Penal por la Universidad de San Martín de Porres, con estudios concluidos de maestría en Derecho Procesal y doctorado en Derecho.

1. PRINCIPIO ACUSATORIO

El sistema acusatorio se proyecta así en una distribución de funciones entre los sujetos que están envueltos en un procedimiento, de modo que la función de acusar, quedará en manos de las partes; la función de la defensa será también ejercida con exclusividad por aquellas, y la función de juzgar, será la única atribuida al juez (...). El principio acusatorio significa, por tanto, una lucha *inter partes*, una pelea delante de un tercero que no sólo muestra un desinterés en la causa y por los contendientes, sino que deberá abstenerse de realizar actuación alguna en pos de la certeza de una versión u otra de los hechos. Como consecuencia de ello, podemos afirmar que un verdadero proceso acusatorio no puede ser entendido sin la neutralidad².

Para nuestro Tribunal Constitucional la vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: “a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad”³.

Así mismo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia expresó que “(...) el principio acusatorio significa que sin acusación de parte no puede celebrarse el proceso penal (*nemo iudex sine actore*), pues la idea misma de la acusación se convierte en uno de los presupuestos para su existencia y ulterior desarrollo del proceso.”⁴ En esta línea se suma lo afirmado por Raúl Peña Cabrera Freyre⁵ quién expresa que “El principio acusatorio lo resumimos en la siguiente frase: “sin acusación no hay derecho” (*nulla acusatione sine lege*) y quien acusa no puede juzgar”. Y para complementar lo citado líneas arriba, Jorge E. Vázquez Rossi sostiene que el “(...) principio acusatorio implica, en primer lugar, la neta diferenciación de los papeles procesales de acusar y decidir a la que ya nos hemos referido, y que tiene que ver también con una manifestación dual del poder penal estatal que limita y condiciona la decisión jurisdiccional a la precedente acusación”⁶.

En este orden de ideas, la Justicia Militar Policial constituye una jurisdicción excepcional conforme al mandato constitucional en su artículo 139 inciso 1, en concordancia con los artículos 21° y 25°, numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de la Ley N° 29182 de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial y a lo previsto en los artículos 226° y 227° del Código Penal Militar Policial, aprobado por el Decreto Legislativo Nro. 1094; establecen que el Órgano Fiscal Militar Policial es

- 2 GUERRERO PALOMARES, Salvador (2005) El principio acusatorio. Editorial Aranzadi S.A. Navarra, España, pp. 81 y 82.
- 3 Nuestro Tribunal Constitucional N° 2005-2006-HC/TC en su fundamento 5 citó lo expuesto por Gómez Colomer, Juan – Luis. El Proceso Penal en el estado de derecho. Diez estudios doctrinales. Lima, Palestra, 1999.
- 4 Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia recaída en la Casación N° 31795, disponible en: <[http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/indice_temático_sistema_penal_acusatorio/31795\(16-09-09\).doc](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/indice_temático_sistema_penal_acusatorio/31795(16-09-09).doc)>.
- 5 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2011) Manual de Derecho Procesal Penal con Arreglo al Nuevo Código Procesal Penal, Editorial San Marcos, 3ra. Edición, Lima, p. 50.
- 6 VÁSQUEZ ROSSI, Jorge E. (1995) Derecho Procesal Penal, Tomo I, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fé – Argentina, p. 353.

el titular de la acción penal militar pública y por tanto, sobre este recaen varias atribuciones y funciones dentro de las fases del proceso penal militar policial, siendo estos dispositivos normativos las materializaciones de los principios acusatorio y de obligatoriedad que permite al Órgano Fiscal Militar Policial sobre la base de los actos de investigación de cargo y descargo recabados durante la fase de investigación y con criterio de objetividad, llevarlo a la conclusión de la realización de un evento delictivo de función y de la presunta responsabilidad penal del militar o policía investigado; es decir, el Fiscal podrá emitir su requerimiento acusatorio o, en su defecto, solicitar el sobreseimiento de la investigación.

2. ACUSACIÓN FISCAL

La acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve el régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (...) la acusación la Fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal, esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido. La Fiscalía, como se sabe, en virtud del principio de legalidad u obligatoriedad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado⁷. A ello, Claus Roxin sostiene que “La fiscalía, en virtud del principio de legalidad (...) está obligada a acusar cuando las

investigaciones ofrecen “motivos suficientes para la promoción de la acción pública” (...) esto es, cuando existe una sospecha suficiente sobre la comisión del hecho punible (...)”⁸

La acusación es el acto más eminente del ejercicio de la acción penal por el cual el órgano público concreta, objetiva y subjetivamente, la pretensión. Se imputa solamente a persona determinada una específica responsabilidad con respecto a una conducta calificada como delito que se le atribuye. Se nutre de los elementos de convicción que surgen de las pruebas reunidas en el sumario. Para su eficacia procesal la acusación debe integrarse con la intimación. Sólo así la defensa resultará inviolable. Esa intimación se produce por distintos actos del tribunal, adecuados a los sistemas legislativos, y consiste en la compleja y clara transmisión al imputado del hecho o hechos que se le atribuyen. Para acusar no se requiere certeza sobre la culpabilidad o punibilidad del imputado, basta un mérito de probabilidad o sea fundado en elementos de convicción suficientes para que proceda la apertura del juicio⁹.

La resolución de acusación, además de acto trascendente e importante del proceso penal, que marca el inicio del juicio, al mismo tiempo se rige en el marco jurídico por que fija y precisa los cargos imputados a la persona investigada, quien de este modo, al conocer el ámbito y alcance de la acusación, puede estructurar el ejercicio del derecho de defensa en sus distintos aspectos¹⁰. El escrito de acusación tiene por objeto definir los hechos jurídicamente relevantes que conducen

7 Acuerdo Plenario N° 06-2009/CJ-119 expedido por la Corte Suprema de Justicia de la Republica, fundamento 6.

8 ROXIN CLAUS (1998) Derecho Procesal Penal. Editorial del Puerto S.R.L. 2da Reimpresión 2003, Buenos Aires – Argentina, p. 338.

9 CLARIA OLMEDO, Jorge A. (1998) Derecho Procesal Penal, Tomo II, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires-Argentina, p. 31.

10 Casación 35390 expedida por la Sala de Casación Penal de la Corte Superior de Justicia de la República de Colombia.

a unos cargos penales que van a formular al acusado. Igualmente, busca enterrar la relación jurídico procesal, y definir la competencia del juez conforme a dichos cargos. Adicionalmente, da inicio a una etapa de debate que concluye con una audiencia de juicio público oral, con intermediación de pruebas, contradicción, concentrado y con todas las garantías¹¹.

Es así, que el Fiscal Militar Policial, al disponer la conclusión de la investigación preparatoria, evaluará bajo los alcances del principio acusatorio y criterio de objetividad si de los actos de investigación recabados permitan emitir acusación fiscal o solicitar el sobreseimiento respectivo conforme al artículo 370° del Código Penal Militar Policial.

3. ELABORACIÓN DEL REQUERIMIENTO ACUSATORIO MILITAR POLICIAL

La acusación fiscal debe reunir determinados requisitos que condicionan su validez (...) desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación jurídica, y al petitum o petitum de una concreta sanción penal¹². La base para que el fiscal presente el escrito de acusación surge de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida; se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es autor o partícipe. La probabilidad de verdad para efectos de presentar el escrito de acusación ha de entenderse por el

fiscal como su convencimiento razonable de que a partir de los elementos materiales probatorios o evidencias físicas o informaciones legalmente obtenidas podrá conseguir en el juicio oral la prueba necesaria para convencer al juez más allá de toda duda¹³. Es así, que el Órgano Fiscal Militar Policial, al momento de formular su requerimiento acusatorio, deberá observar lo establecido en el artículo 375° del Código Penal Militar Policial, es decir, deberá analizar los siguientes puntos:

a. Identificación del acusado

El Fiscal Militar Policial, al momento de formular su requerimiento acusatorio, debe de observar de manera precisa y concreta la plena identificación del acusado militar o policial, es decir, deberá detallar datos suficientes e idóneos que permitan ver con claridad que no existe homonimia con otra persona. Para ello, se deberá indicar Grado y Situación Militar, Institución a la que pertenece y el número de serie que le fuere asignado, el número de su Documento Nacional de Identidad, especialidad, nombres y apellidos completos, unidad o dependencia militar y/o policial a la cual pertenece, nacionalidad, entre otras informaciones útiles para dicha individualización.

b. Narración del evento delictivo de función y atribución de cargos

Es preciso que el Requerimiento acusatorio narre, de forma clara, precisa y detallada, cómo sucedió el evento delictivo de función, es decir, una narración cronológica de lo que sucedió, precisando, fechas, lugares, entre otros datos propios de la narración.

11 VILLEGAS ARANGO, Adriana (2008) El Juicio Oral en el Proceso Penal Acusatorio. Editorial Galería Gráfica Compañía de Impresión S.A. Colombia, p. 18.

12 Acuerdo Plenario N°. 6-2009/CJ.11, fundamento 6.

13 Fiscalía General de la Nación de Colombia. Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, (2009), p. 134.

Para luego, atribuir cargos individualizados para cada uno de los acusados, en los cuales se identificará su grado de autoría o participación. Estas precisiones están vinculadas al principio de imputación necesaria. A ello James Reátegui Sánchez ha señalado que: “El principio (constitucional) de la imputación necesaria –concreta– se sustenta en tres sub principios: motivación, legalidad y defensa (...) El derecho a una imputación concreta se apoya, ineludiblemente, en la ley, porque tampoco se trata que el juzgador (o el fiscal) cree imputaciones incriminatorias al azar, por más concretas y certeras que éstas sean, sin tener como base y límite el imperio de la ley. Y esto responde a una idea elemental: todo procedimiento penal garantista –donde se encuentra el derecho bajo estudio– debe tener como objetivo resguardo el Estado de Derecho, de tal forma que el derecho a obtener una resolución con imputación concreta, comienza en la actividad legislativa (en los tipos penales) y termina en la actividad judicial (en la resolución de casos concretos) (...) es un derecho de los justiciables a obtener de los órganos estatales explicaciones concretas de los cargos que le imputan, y es obligación de los órganos estatales brindar esa la información a los justiciables. Es una obligación porque proviene de la motivación de las resoluciones judiciales y el correcto juicio de tipicidad; y se trata de un derecho porque proviene del derecho de defensa que le asiste a todo ciudadano al cual le imputan un hecho criminoso. (...)”¹⁴

La formulación de la imputación procede del material acopiado por la Fiscalía que hacen posible inferir que el indicado es autor

o participe de la presunta conducta punible investigada; consiste en el acto, realizado en audiencia ante el juez de control de garantías, a través del cual la Fiscalía comunica a una persona su calidad de imputado, poniéndole de presente los hechos materia de investigación¹⁵. Siendo pertinente que el Órgano Fiscal Militar Policial observe y aplique, por remisión, lo establecido en los literales a), b), c), d) y e) de los numerales 1 y 2 del artículo 349° del Código Procesal Penal. Es preciso citar a Pablo Talavera Elguera, quien ha comentado que “la acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la disposición de formulación de investigación preparatoria, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica¹⁶.”

c. Elementos de convicción de que sustenten la responsabilidad penal

En este punto, el Fiscal Militar Policial deberá sustentar su requerimiento acusatorio en elementos de convicción recabados durante la investigación preliminar y preparatoria. Esta exigencia se encuentra respaldada en los principios de motivación de los pronunciamientos fiscales y de interdicción de la arbitrariedad; sobre el primero, nuestro Tribunal Constitucional ha expresado: “El derecho al debido proceso comprende una serie de derechos fundamentales de orden procesal, cada uno de los cuales cuenta con un contenido constitucionalmente protegido que le es propio. De ello puede desprenderse que uno de los derechos que conforman el derecho al debido proceso es el derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales. En efecto, este derecho se

14 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2008) El control constitucional en la etapa de calificación del proceso Penal. Palestra Editores S.A.C. Lima – Perú, p. 84 y 81.

15 AN DRADE CASTRO, Jason y CÓRDOVA ÁNGULO, Miguel (2007) Estructura básica del sistema procesal colombiano, Editado por el departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, p. 76.

16 TALAVERA ELGUERA, Pablo (2004) Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal. Editorial GRILEY. Lima, p. 64.

constituye en una garantía del denunciante del ilícito penal frente a la arbitrariedad fiscal, que garantiza que las resoluciones fiscales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados fiscales, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso. Asimismo este derecho obliga a los magistrados fiscales a resolver la pretensión de la parte denunciante de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate fiscal. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestada la pretensión penal, o el desviar la decisión del marco del debate fiscal generando indefensión, constituiría vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva y también del derecho a la motivación de las resoluciones fiscales¹⁷.

Este principio se cobra sustento normativo conforme a lo previsto en los artículos 226° y 227° del Código Penal Militar Policial que regula las funciones de la Fiscalía Militar Policial. Y respecto al segundo principio de interdicción de arbitrariedad, Pablo Sánchez Velarde sostiene “Consecuentemente, todas las decisiones jurídicas que adopten los representantes del Ministerio Público deben sujetarse a tales criterios a fin de no afectar la facultad de discrecionalidad del Fiscal. Lo que en buena cuenta refuerza la posición objetiva que debe asumir tanto en las diligencias de investigación que realiza como en la calificación jurídica de los casos que están bajo su

control. En este punto consideramos que no radica inconveniente alguno en la aplicación de este principio, sino que es conveniente realizar una correcta interpretación de aquel, pues existirá siempre la posibilidad de que el imputado alegue la violación de dicho principio ante cualquier decisión procesal o de calificación jurídica que no comparte, formulando acciones de garantía sin mayor amparo constitucional, como puede verse de otras sentencias del Tribunal Constitucional¹⁸.

En tal sentido, la labor de los representantes del Ministerio Público, en todas sus instancias, está enmarcado bajo los parámetros de la debida motivación y la prohibición de la arbitrariedad, por tanto, cada una de las decisiones que adopten, deberán ser consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica, las mismas que deberán ser expuestas. De lo contrario, se incurriría en un acto de arbitrariedad, que como ya se ha señalado, se encuentra proscrito¹⁹. Ello, también tiene respaldo en nuestro ordenamiento procesal militar policial en su artículo 227°, que regula el criterio de objetividad que deberá ser observado por el Fiscal Militar Policial al emitir sus actos funcionales.

d. Calificación legal

De igual modo, el Fiscal Militar Policial al efectuar la calificación legal del delito de función que atribuye al acusado, lo deberá realizar respetando a cabalidad el principio de legalidad previsto en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución Política del Perú,

17 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03379-2010-AA/TC de fecha 09 de mayo del 2011, fundamento 5; disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/03379-2010-AA.html>>.

18 Artículo publicado por Pablo Sánchez Velarde titulado Ministerio Público y el proceso penal en las sentencias del Tribunal Constitucional, disponible en: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2009_11.pdf>.

19 Directiva N° 005-2010-MP-FN aprobada por la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 2045-2012-MP-FN, publicada como separata especial en el Diario Oficial “El Peruano” el 15 de agosto del 2012.

en concordancia con el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial y el respectivo tipo penal militar policial que se atribuye. A su vez, el Órgano Fiscal Militar Policial deberá solicitar y fundamentar la pena privativa de libertad así como las consecuencias jurídicas del delito que considere pertinentes al caso; para ello, es necesario remitirnos al artículo 349° numeral 1, literal f) del Código Procesal Penal sino también aplicar una interpretación sistemática del ordenamiento procesal penal en su conjunto. Al respecto Aníbal Torres Vásquez señala “En el ordenamiento, cada norma está dispuesta de tal manera que la una se apoya en otra u otras y, a su vez de apoyo a otras; o, lo que es lo mismo, las normas que integran el ordenamiento son partes conectadas que se apoyan mutuamente, de suerte que las unas se aplican por medio de las otras (...) la interpretación no puede encerrarse dentro de los estrechos límites del texto literal de la norma, sino que en principio elemental de hermenéutica, aconseja analizar sus resultados a la luz de los otros elementos: históricos, sociales, sistemáticos (,,) la combinación de los diversos elementos de interpretación, en la que tiene un papel decisivo el elemento sistemático, nos permitirá escoger el sentido de uno de los textos con preferencia a otro u otros para poder superar las contradicciones existentes, aclarar los textos oscuros o completar los insuficientes”²⁰.

e. Determinación de la reparación civil

Con relación, a la determinación de la reparación civil que debe de fijar el Fiscal Militar Policial en su requerimiento acusatorio, se debe tener en cuenta que “La acusación

fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal (...) también importa la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan responsables (...) y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad²¹”. Es decir, el Fiscal Militar Policial deberá tener presente la petición del contenido de la reparación civil que el actor civil le presente conforme a los artículos 221° y 222° del Código Penal Militar Policial. A ello, el Fiscal Militar Policial deberá observar y cumplir lo normado en el artículo 51°, 52° y 55° del cuerpo normativo en mención, que regula lo concerniente a la reparación civil, es decir, en el escrito acusatorio, deberá contener la identificación del bien que deberá ser restituido o si no es posible el pago de su valor y la indemnización por los daños y perjuicios como consecuencia de la comisión del delito de función. Sin perjuicio de ello, el propio cuerpo normativo establece que el Fiscal Militar Policial deberá aplicar lo establecido en el Código Civil.

f. Ofrecimiento de elementos probatorios

Finalmente, el requerimiento acusatorio deberá contener el ofrecimiento de los elementos probatorios que lo sustentan, ello guarda relación a lo establecido en el artículo 376° del Código Penal Militar Policial y sobre esta base el Órgano Fiscal Militar Policial deberá:

20 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal (2001) Introducción al Derecho – Teoría General del Derecho. Editorial TEMIS, Santa Fe de Bogotá – Colombia, pp. 565, 566 y 567.

21 Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116, fundamento 6.

- Señalar y acompañar en copia certificada los elementos probatorios que acreditan los hechos y circunstancias que busca probar en su requerimiento acusatorio.
- Ofrecer los testigos y peritos que expondrán en el juicio oral y sobre puntos que versará su presentación así como, de ser el caso, sobre qué documentos declararán.
- Cualquier otro medio probatorio que sustente el requerimiento acusatorio, de conformidad a lo establecido en el artículo 268° del Código Penal Militar Policial.

Siendo preciso indicar que el Fiscal Militar Policial, en su requerimiento acusatorio, deberá citar la pertinencia, conducencia o idoneidad y utilidad de los elementos probatorios²². Al respecto, Pablo Talavera Elguera sostiene que la pertinencia “Es la relación lógica entre el medio y el hecho por probar. En consecuencia, prueba pertinente es aquella que de alguna manera hace referencia al hecho que constituye objeto del proceso”, y con relación a la utilidad, expresa “La utilidad puede ser definida como aquella cualidad del medio de prueba que hace que éste sea adecuado para probar un hecho. La prueba, además de ser pertinente, debe ser útil”²³.

g. Otros aspectos resaltantes para la acusación

Otros aspectos que pueden plantearse en el requerimiento acusatorio pueden ser los siguientes:

- Si son varios hechos y/o personas materia de investigación preparatoria, el Fiscal Militar Policial, luego se recabar los elementos probatorios, puede solicitar el sobreseimiento de algunos hechos y/o personas y por otras formular acusación fiscal. En este caso, nos encontraremos dentro de los alcances del artículo 348° numerales 2 y 3 del Código Procesal Penal, de aplicación supletoria que nos da luces y soluciones de cómo el Juez Militar Policial debe resolver el requerimiento acusatorio mixto solicitado por el Fiscal Militar Policial.
- Si durante la investigación preparatoria el Fiscal Militar Policial advierte indicios de la comisión de otros delitos de función o comunes a personal militar o civil, remitirá copias de las actuaciones procesales pertinentes al Fiscal Militar Policial y/o Fiscal en lo Penal correspondiente para que proceda de acuerdo a sus atribuciones.
- Entre otras situaciones que podrán plantearse de acuerdo a la naturaleza y

22 Al respecto nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída del Expediente Nro. 06712-2005-HC/TC, en su fundamento 26 ha expresado: (...) *Pertinencia*: Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso. *Conducencia o idoneidad*: El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho. *Utilidad*: se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Solo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos(...).

23 TALAVERA ELGUERA, Pablo (2009) La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. Academia de la Magistratura. Lima, pp. 54 y 57.

magnitud de los hechos materia de investigación.

Finalmente, nuestro intérprete constitucional ha señalado que “(...) el Fiscal no decide, sino que, más bien, pide que el órgano jurisdiccional juzgue o, en su caso, que determine la responsabilidad penal del acusado; esto es, que realiza su función persiguiendo el delito con denuncias o acusaciones, pero no juzga ni decide, por lo que, si bien la actividad del Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, al formalizar la denuncia o al emitir la acusación fiscal, se encuentra vinculada al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso, sus actuaciones son postulatorias y no decisorias sobre lo que la judicatura resuelva”.²⁴

4. CONTROL DEL REQUERIMIENTO ACUSATORIO EXPEDIDO POR EL ÓRGANO FISCAL MILITAR POLICIAL POR PARTE DE LA DEFENSA Y DEL ACTOR CIVIL

El ordenamiento procesal penal militar policial establece que los sujetos procesales que pueden efectuar el respectivo control de la acusación elaborada y presentada por el Órgano Fiscal Militar ante el Juzgado de Investigación Preparatoria Militar Policial, son el actor civil y la defensa, conforme lo establecen los artículos 378° y 370° del Código Penal Militar Policial.

a. Control del requerimiento acusatorio por parte del agraviado y el actor civil

El actor civil es un sujeto formalmente constituido en el proceso penal, quien

introduce la pretensión reparadora, y su actuación estará orientada a aportar la prueba necesaria para acreditar la entidad y magnitud del daño ocasionado con el delito, a fin de obtener la adecuada reparación civil, sin perjuicio de que pueda colaborar en la acreditación de la responsabilidad penal del procesado, ofreciendo medios de investigación y de prueba, o participando en los actos de investigación, entre otros²⁵. El Fiscal Militar Policial en cumplimiento de lo previsto en el artículo 378° del Código Penal Militar Policial, deberá poner en conocimiento del agraviado que lo hubiera solicitado ser informado y del actor civil de la acusación fiscal, quienes en el plazo de 5 días podrán formular los intereses y pretensiones que busquen en el proceso penal militar policial. Es decir, el agraviado y el actor civil analizarán el contenido del requerimiento acusatorio poniéndole mayor énfasis en el extremo de la reparación civil, ya que el actor civil, en su oportunidad, conforme lo establecen los artículos 221° y 222° del Código Penal Militar Policial presentó y solicitó al Fiscal Militar Policial su pretensión resarcitoria. De igual modo, podrá presentar, si así lo considera, otros elementos probatorios que reafirmen su pretensión civil producida como consecuencias jurídicas del delito de función.

En ese punto es importante resaltar que la gran mayoría de delitos de función los agraviados son las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, cuya defensa se encuentra a cargo de sus respectivos Procuradores Públicos, conforme lo establece el artículo 47° de la Constitución Política del Estado en concordancia con lo establecido en el Decreto Legislativo N°. 1068 y su reglamento aprobado

24 Sentencia recaída en el Expediente Nro. 0026-2011-HC/TC de fecha 20 de abril del 2011, en su fundamento 3; disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00216-2011-HC.html>>.

25 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier (2013) Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal. Jurista Editores, Lima, p. 86.

por el Decreto Supremo N°. 017-2008-JUS y conforme a lo normado en el artículo 225° del Código Penal Militar Policial. A ello debe agregarse lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia, en su Acuerdo Plenario N°. 4-2012/CJ-116 que expresó “(...) la constitución como actor civil no se encuentra referida únicamente a la pretensión civil, dado que el así constituido en responsable, representación de los intereses del Estado, también debe colaborar en el esclarecimiento de los hechos sometidos a proceso, y aportar elementos que permitan demostrar la comisión delictiva y la magnitud del daño causado, por lo que se requiere que el Procurador Público participe activamente durante el desarrollo de las etapas del proceso penal (...)”. Es decir, el actor civil durante la fase investigativa como en la audiencia de control de acusación podrá también aportar elementos probatorios que coadyuven al esclarecimiento de los hechos y la responsabilidad penal del acusado.

Siendo así, en la audiencia de control de acusación ante el Juzgado de Investigación Preparatoria Militar Policial deberá exponer oralmente los hechos que tienen como base su pretensión resarcitoria y precisará los elementos probatorios que los sustente y para que estos pueden ingresar al debate en el juicio oral, el actor civil deberá sustentar la pertinencia, conducencia y utilidad de cada uno de ellos. Así mismo, en la audiencia de control podrá contradecir las alegaciones que formule la defensa técnica contra su pretensión, los elementos probatorios que la sustente o de cualquier otro traslado que se le corra en dicha diligencia. A ello, nuestro legislador ha recogido lo previsto en el Principio N°. 16 que prevé el acceso de las víctimas a la tutela judicial del Proyecto de Principios sobre la Administración de Justicia por los Tribunales Militares, elaborado por Emmanuel Decaux para la 62 periodo de sesión de la Comisión de Derechos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

b. Control del requerimiento acusatorio por parte de la defensa del investigado

El Juzgado de Investigación Preparatoria Militar Policial, una vez recibido el requerimiento acusatorio militar policial, deberá notificarlo a la defensa, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 379° del Código Penal Militar Policial, pudiendo la defensa en el plazo de 10 días tomar las siguientes acciones:

- Objetar la acusación por defectos formales, para lo cual la defensa técnica deberá considerar que la acusación fiscal militar policial adolece de defectos formales establecidos en el artículo 375° del Código Penal Militar Policial, las cuales deben ser detalladas y sustentadas por escrito y expuestas oralmente en la audiencia de control. Estos argumentos serán rebatidos por el Fiscal Militar Policial y el Actor Civil, siendo finalmente resuelto por el Juez Militar Policial en su respectivo pronunciamiento. Si el Órgano de la Jurisdicción Militar Policial acoge lo planteado por la defensa técnica, se procederá conforme a lo normado de manera supletoria en el artículo 352° numeral 2 del Código Procesal Penal, el cual dispone:

“Si los defectos de la acusación requieren un nuevo análisis del Ministerio Público, el Juez dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por cinco días para que corrija el defecto, luego de lo cual se reanudará. En los demás casos, el Fiscal, en la misma audiencia, podrá hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que corresponda, con intervención de los concurrentes. Si no hay observaciones, se tendrá por modificado, aclarado o saneado el dictamen acusatorio, en los términos precisados por el Fiscal,

en caso contrario resolverá el Juez mediante resolución inapelable”.

Por lo que, el Juzgado de Investigación Preparatoria Militar Policial puede realizar dos acciones: a) devolver el requerimiento acusatorio al Órgano Fiscal Militar Policial para que subsane los defectos advertidos en la acusación fiscal en el plazo de 5 días; y, b) que en la propia audiencia el Fiscal Militar Policial oralmente efectúe las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que no alteren gravemente el requerimiento acusatorio. Respecto al primero supuesto, el Juzgado de Investigación Preparatoria de Zarumilla de la Corte Superior de Justicia de Tumbes ha considerado “(...) el Ministerio Público ha peticionado por escrito se “integre” la pena inicialmente peticionada en la acusación, y en audiencia, ha solicitado una pena distinta a la consignada en su acusación escrita; sin embargo, tal circunstancia a criterio del Juez que suscribe, no puede ser corregida del modo pretendido por el Ministerio Público, pues, está incide directamente en uno de los aspectos más relevantes y sustanciales de la acusación, como es la pena solicitada, la cual requiere de la debida motivación y sustento; como es obvio, la marcada diferencia entre la pena inicialmente peticionada (...) y la expuesta en el escrito y sustentada en audiencia por la señorita Fiscal (...) no pueden subsanarse con el mero argumento de un error tipográfico, tanto más si en el mencionado escrito no se hace referencia a las circunstancias que se ha tenido en cuenta para arribar a la conclusión que debe imponerse dicha

penalidad contra el agente (agravantes o atenuantes); esto es, no se invoca las circunstancias o motivos que se ha tenido en cuenta (...) lo cual debe subsanarse del modo previsto por la ley, ello a efectos de generar el contradictorio y el debate respectivo en audiencia”²⁶. Y con relación al segundo supuesto, Víctor Cubas Villanueva señala “El fiscal podrá en la misma audiencia, presentado el escrito respectivo, modificar, aclarar o integrar la acusación en lo que no sea sustancial”²⁷.

- Deducir excepciones, en este punto la defensa técnica conforme lo establece los artículos 166°, 167° y 168° numeral 2 del Código Penal Militar Policial podrá presentar y sustentar oralmente en la audiencia de control de acusación las cuestiones previas y excepciones, las cuales serán admitidas o desestimadas por el Juzgado de Investigación Preparatoria Militar Policial; de estimarse o desestimarse los mecanismos técnicos de defensa planteados por la defensa técnica se procederá conforme a lo normado de manera supletoria en el artículo 352 numeral 3 del Código Procesal Penal el cual establece:

“De estimarse cualquier excepción o medio de defensa, el Juez expedirá en la misma audiencia la resolución que corresponda. Contra la resolución que se dicte, procede el recurso de apelación. La impugnación no impide la continuación del procedimiento”.

- Solicitar el saneamiento o plantear la nulidad de determinada actuación procesal, en el primer supuesto la defensa

26 Resolución N°. 11 de fecha 25 de Febrero del 2010 recaída en el Expediente N°. 2009-011-04-JIPZ.

27 CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2009) El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación. Palestra Editores, Lima, p. 482 y 483.

técnica al amparo de los artículos 261° y 266° del Código Penal Militar Policial solicitará al Juzgado Militar Policial si alguna actuación procesal que beneficie a la posición de la defensa tuviera defectos argumentará su saneamiento. En el segundo supuesto, la defensa técnica, si lo considera, solicitará conforme a lo previsto en los artículos 260°, 263° y 264° del cuerpo normativo en mención, y fundamentará si la actuación procesal que deduce la nulidad ha sido realizada violando los derechos fundamentales o garantías procesales (prueba prohibida) o de manera irregular (prueba ilegal).

A ello, Roberto Cáceres Julca expresa “Los actos procesales, para tener validez como acto jurídico dentro del proceso, tiene que sujetarse a las formas procesales. La forma es imprescindible en el campo del derecho en cuanto avala una defensa igualitaria, a través de ella, la voluntad, el pensamiento, el acto psíquico se manifiestan los actos procesales, lo que en doctrina procesal se denomina procedimiento, desde esta perspectiva la forma es un pilar básico del derecho procesal”²⁸.

En materia de nulidad existe una graduación relacionada con la entidad de la afectación del acto procesal realizado (...) la llamada nulidad absoluta, que está vinculada con la existencia de graves irregularidades que han sido taxativamente señaladas y que acarrearán irremediablemente la ineficacia del acto procesal viciado (...) Los actos afectados

de nulidad absoluta no admiten convalidación una vez que haya sido declarada su invalidez por el Órgano Jurisdiccional.²⁹

- Oponerse o contradecir la reparación civil requerida por el Fiscal Militar Policial y el Actor Civil, la defensa técnica cumpliendo lo establecido en el artículo 379° numeral 4 del Código Penal Militar Policial, se encuentra facultado para oponerse a los alcances de la reparación civil. Esta contradicción deberá ser sustentada y oralizada en la audiencia de control de la acusación, expresando fundamentos fácticos, jurídicos y de ser posibles acompañar elementos probatorios que permitan en el debate oral su contradicción. No obstante, la simple argumentación jurídica que contradiga la pretensión del actor civil no será idónea si la defensa toma la decisión de realizar una defensa activa, es decir, sería útil y pertinente que la defensa ofrezca elementos probatorios que busquen neutralizar o contradecir la postura del actor civil.

A ello, Yolanda Palomo Herrero expresa “(...) la legitimación pasiva, esto es, quiénes son los sujetos que podrán ser demandados en el proceso penal para responder de las consecuencias civiles derivadas de los hechos ilícitos enjuiciados”³⁰.

- Ofrecer elementos probatorios para ser incorporados en la fase de juzgamiento. Esta posición puede ser ejercitada por

28 CÁCERES JULCA, Roberto E. (2010) Las Nulidades en el Proceso Penal. Jurista Editores, Lima p. 40.

29 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino; RABANAL PALACIOS, William; y CASTRO TRIGOSO, Hamilton (2008) El Código Procesal Penal – Comentarios descriptivos, explicativos y críticos. Jurista Editores, Lima, p. 345.

30 Yolanda Palomo Herrero en su artículo titulado “La pretensión civil deducible en el proceso penal”; disponible en: <http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/224/476/Palomo_Herrero.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8>.

la defensa técnica, acorde a lo normado en el numeral 5 del artículo 379° del Código Penal Militar Policial, es decir, la defensa, velando por los derechos de su patrocinado y los lineamientos de su teoría del caso, presentará los elementos probatorios destinados a acreditar la inocencia de su defendido, rebajar la pena privativa de la libertad que requiere el Fiscal Militar Policial y otras situaciones en beneficio de su patrocinado.

La defensa no está obligada a ofrecer medios de prueba por cuanto no tiene que probar nada, no obstante la Defensa tiene derecho a ofrecer prueba para contravenir los medios de prueba ofrecidos por la Fiscalía, la víctima o el actor civil.³¹

A diferencia del proceso penal común, nuestro legislador no ha previsto que la defensa pueda solicitar el sobreseimiento de la causa al Juzgado, ello obedecería a que dentro de las facultades de control a la acusación fiscal que se ha otorgado al Órgano Judicial Militar Policial, no se le ha otorgado la facultad de declarar de oficio el sobreseimiento, como si pasa en la justicia penal ordinaria.

5. CONTROL DE LA ACUSACIÓN POR EL ÓRGANO JUDICIAL MILITAR POLICIAL Y AUTO DE ENJUICIAMIENTO

Los artículos 380°, 382° y 383° regulan la actividad procesal del Juez de Investigación Preparatoria Militar Policial en la audiencia de control de acusación y la expedición del auto de enjuiciamiento, siendo que esta actividad procesal consiste en:

- a. Convocará a las partes procesales para que asistan a la audiencia de control de

acusación para que sustenten sus pretensiones y cuestiones planteadas.

- b. Conducir la audiencia de control de acusación a fin de velar un adecuado desenvolvimiento de las partes procesales.
- c. En la audiencia de control de acusación no se discutirán ni conocerán cuestiones propias del debate o juicio oral, es decir, no podrá valorar los elementos probatorios propuestos por los sujetos procesales, solo se limitará a velar que se encuentren revestidos de legalidad y que ellos se encuentren relacionados con el proceso, es decir, que sean útiles y pertinentes para la postura procesal de quien los proponga.
- d. Solo podrá actuar prueba a propuesta de parte y solo si esta relacionado con algún aspecto de la audiencia de control para lo cual podrá requerir auxilio judicial.

Al respecto, cabe señalar que el Juez de Investigación Preparatoria si bien no realiza valoración probatoria propiamente, ello en atención a que la prueba aún no existe en la etapa de investigación preparatoria, tampoco en la etapa intermedia en la que solamente se propone los medios probatorios que son factibles de actuación en una etapa posterior como es el juicio oral; el control formal y sustancial no se realiza en función a la prueba, sino en función a los elementos de convicción que ha recabado el Ministerio Público durante la fase de investigación preparatoria y como tal, permite o no generar una causa probable, que de algún modo permitan tener una probabilidad latente de que la hipótesis del Ministerio Público pueda ser corroborada precisamente con la actuación probatoria, pues no existiría congruencia probatoria de estimarse una prueba a futuro de modo

31 MONTES CALDERÓN, Ana, ALDANA REVELO, Miriam Geraldine y BAUTISTA GONZALES, Jaime Enrique. Tratado de Derecho Probatorio Penal Salvadoreño, p. 55.

distinto con lo que inicialmente ha generado la recabación de indicios y evidencias en la escena del delito³².

Se suele afirmar que la etapa intermedia del proceso penal tiene una naturaleza bifrontal en tanto, por un lado, mira la investigación para resolver sobre su correcta clausura, y, por otro lado, mira también la fase de juicio oral, para determinar si esta debe o no desarrollarse. Es evidente, entonces, que corresponde en esta etapa hacer una especie de calificación de lo actuado en la etapa de investigación, la misma que va desde la promoción de la acción penal, correcto emplazamiento de las partes, calificación jurídica del hecho materia de imputación, admisibilidad de los medios de prueba, entre otros, para, sobre dicha base, disponer la continuidad del proceso, la subsanación de algunos aspectos o la declaración de nulidades posibles en las que se haya incurrido, disponiendo, según el caso, los correctivos pertinentes³³. Por su parte, Alonso R. Peña Cabrera Freyre sostiene “(...) se instituye un filtro de valoración, de depuración y de actuación de incidencias procesales, que las partes tiendan bien a proponer al Juez de la IP, en la llamada “Etapa Intermedia”; un estadio intermedio entre la IP y el Juzgamiento, que en caso que nos ocupa, se orienta a fijar filtros de valoración a la Acusación Fiscal, concernientes a los presupuestos formales y materiales de la acción penal, sin ingresar al análisis de las pruebas”³⁴.

Como se ha expuesto en el control de la acusación por parte de la defensa, nuestro

ordenamiento procesal penal no ha previsto los casos que la acusación adolezca de errores subsanables e insubsanables, para lo cual, en el primer caso, nos debemos remitir al artículo 352° del Código Procesal Penal, de aplicación supletoria, sin embargo, en el caso que el requerimiento acusatorio se encuentre con errores insubsanables, el Juez tendrá que devolver lo actuado al Órgano Fiscal Militar Policial para que solicite el sobreseimiento o retire la acusación a fin de garantizar el principio acusatorio. Con relación al auto de enjuiciamiento Tomás Aladino Gálvez Villegas; William Rabanal Palacios; y Hamilton Castro Trigoso expresan: “Es la resolución judicial que da inicio a la etapa más importante del proceso, el juicio oral, a través de esta resolución se contrasta los supuestos formales que aparecen de la acusación fiscal; convirtiéndose de esta manera en una especie de filtro respecto a la acusación fiscal, puesto que se verifica lo relacionado al delito, acusados, testigos, peritos y otros que deben concurrir a la audiencia”³⁵.

Se suele afirmar que la etapa intermedia del proceso penal tiene una naturaleza bifrontal en tanto que, por un lado, mira a la investigación para resolver sobre su correcta clausura y, por otro lado, mira también a la fase de juicio oral, para determinar si esta debe o no desarrollarse. Es evidente entonces que corresponde a esta etapa hacer una especie de calificación de lo actuado en la etapa de investigación, la misma que va desde la promoción de la acción penal, correcto emplazamiento

32 Resolución N°. 04 de fecha 16 de agosto del 2011 expedida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Puno de la Corte Superior de Justicia de Puno, fundamento segundo.

33 Resolución N°. 13 de fecha 19 de agosto del 2011 expedida por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Zarumilla de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, considerando primero.

34 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. (2011) Manual de Derecho Procesal Penal con arreglo al Nuevo Código Procesal Penal. Editorial San Marcos, Lima, p. 439.

35 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino; Rabanal Palacios, William; y CASTRO TRIGOSO, Hamilton (2008) El Código Procesal Penal – Comentarios descriptivos, explicativos y críticos. Jurista Editores, Lima, p. 705.

de las partes, calificación jurídica del hecho materia de imputación, admisibilidad de los medios de prueba entre otros, para sobre dicha base, disponer la continuidad del proceso, la subsanación de algunos aspectos a la declaración de nulidades posibles en las que se haya incurrido, disponiendo, según el caso, los correctivos pertinentes.³⁶

Siendo así, el Juez Militar Policial de la Investigación Preparatoria, de conformidad a lo normado en los artículos 382° y 383° del Código Penal Militar Policial y de ser necesario para mejor resolver, se remitirá en aplicación supletoria a los artículos 351° y 352° del Código Procesal Penal,

a. Resolverá de forma motivada las cuestiones planteadas por las partes:

- Se pronunciará sobre los cuestionamientos materiales y/o formales presentados por las partes contra la acusación fiscal, de acoger los planteamientos, el Órgano Jurisdiccional Militar Policial devolverá al Fiscal Militar Policial su requerimiento acusatorio para que efectúe las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones correspondientes; dicho pronunciamiento deberá ser en el plazo de 5 días.
- Se pronunciará sobre las excepciones y medios técnicos deducidos por la defensa. De estimarse fundadas, emitirá la resolución correspondiente.
- Se pronunciará sobre el saneamiento o la nulidad planteadas por la defensa contra determinado medio probatorio deducido por el Fiscal, el actor civil y/o la defensa contra el material probatorio presentado por la contraparte.

- Entre otros planteamientos presentados por las partes en la audiencia de control de la acusación fiscal.

b. Una vez concluida la audiencia de control de acusación y analizados el requerimiento acusatorio como de los demás sujetos procesales, expedirá el auto de enjuiciamiento, el cual estará conformado por:

- Identificar el nombre del militar o policía acusado (Grado, categoría y situación militar, apellidos y nombres completos, especialidad y otro dato que permita su identificación).
- Identificación del agraviado (identificación del Instituto Armado y/o militar o policía agraviado).
- Se deberá establecer el delito de función materia de acusación y su tipificación correspondiente.
- El detalle de los medios probatorios admitidos por las partes, precisando la pertinencia y utilidad planteada por la parte que los ofrece.
- La orden de remisión de los actuados al Tribunal Superior Militar Policial que se avocará al Juicio Oral, en el en el plazo de 48 horas.
- Si sobre el acusado militar o policía recae una medida de coerción personal, el Juez Militar Policial deberá decidir si dicha medida subsiste o se destituya. Para que pueda tomar esta decisión el Órgano Jurisdiccional Militar Policial deberá escuchar el planteamiento de las partes en la audiencia de control de acusación.

36 Resolución Judicial N°. 13 de fecha 19 de Agosto del 2011 recaída en el Expediente N°. 2010-241-5-JIPZ expedido por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Zarumilla de la Corte Superior de Justicia de Lima.

6. DESCUBRIMIENTO PROBATORIO

El *discovery* o *descubrimiento* es un proceso de identificación de pruebas que realizan las partes. Dependiendo del ordenamiento legal que se examine, este procedimiento puede estar dirigido a una de las partes, que es principalmente el acusador (obligaciones de descubrimiento de pruebas de cargo y descargo del Fiscal); o puede ser realizado por ambas partes, dentro de sede judicial, previa aprobación del juzgador (así en el procedimiento criminal de los Estados Unidos); asimismo puede ser realizado por ambas partes en una negociación fuera de la sede de la corte (también practicado en los Estados Unidos como política de “oficina abierta” del Fiscal)³⁷.

El descubrimiento probatorio constituye parte de la esencia del sistema adversarial consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, y por tal motivo la fiscalía y la defensa deben suministrar, exhibir o poner a disposición todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que posean como resultado de sus averiguaciones y que pretendan sean decretadas como resultado de sus averiguaciones y que pretendan sean decretadas como pruebas y practicadas en el juicio oral, en sustento de sus argumentaciones, permitiendo de esta manera que la contraparte conozca oportunamente cuáles son los instrumentos de prueba sobre las que el adversario fundará su teoría del caso y, de ese modo, elaborar las distintas estrategias propias de

la labor encomendada en procura del éxito de sus pretensiones. Es claro entonces, que el descubrimiento de la prueba en el sistema acusatorio está vinculado, indisolublemente, al debido proceso y al derecho a la defensa, en razón a la trascendental incidencia de dicho instituto frente al desarrollo de la actividad de cada una de las partes³⁸.

El descubrimiento probatorio, que consiste en que la fiscalía y la defensa deben suministrar, exhibir o poner a disposición de la contraparte todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que posean como resultado de sus averiguaciones y que pretendan sean decretadas y practicadas en el juicio oral como sustento de sus argumentaciones, instituto procesal que así contemplado por la ley, está sustentado en los principios de igualdad, lealtad, defensa, contradicción, objetividad y legalidad, entre otros, permitiendo de esta manera que cada interviniente conozca oportunamente cuales son los instrumentos de prueba sobre los cuales el adversario fundará su teoría del caso y, de este modo, elaborar las distintas estrategias de la labor encomendada a cada parte, en procura del éxito de sus pretensiones³⁹.

En esta línea, Luis Fernando Bedoya Sierra⁴⁰ establece como objetivos del descubrimiento probatorio los siguientes: 1. Descubrir de manera oportuna y completa los elementos materiales probatorios. 2. Solicitar oportunamente el descubrimiento de los medios de acreditación recopilados por la

37 Angel Fernandez Ugaz Zegarra en su artículo titulado “La Convención Probatoria: ¿Negociación a ciegas?: La Importancia del Acuerdo de Descubrimiento de Pruebas, como presupuesto de las Convenciones Probatorias; disponible en: <http://www.mpfm.gov.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2241_4_doc4.pdf>.

38 Segunda Instancia Rad. 39948 expedida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia.

39 Rad. 28847, Segunda Instancia recaída en el Proceso No 28847 expedido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia.

40 BEDOYA SIERRA, Luis Fernando (2008) La Prueba en el Proceso Penal Colombiano, Editorial Galería Gráfica Compañía de Impresión S.A. Colombia, p. 235.

defensa; y, 3. Argumentar adecuadamente sobre las controversias que se susciten en materia de descubrimiento probatorio.

La Fiscalía debe descubrir los elementos materiales y la información que haya recolectado durante su investigación, y la defensa hace lo propio si va a ejercer una defensa afirmativa con los medios de prueba que pretende hacer valer en juicio⁴¹. Es así, que el Descubrimiento Probatorio tiene una estrecha vinculación con el principio de igualdad de armas. Al respecto la Corte Constitucional de Colombia expresa:

“(…) el principio de igualdad de armas constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección.

Desde otra perspectiva, el principio de igualdad de armas constituye una de las características más sobresalientes de la metodología de investigación que impone el entrante modelo acusatorio.

(…) el principio de igualdad de armas se despliega en dos direcciones complementarias: en primer lugar, implica que los actores del proceso deben contar con las mismas oportunidades para participar en el debate. Del otro lado, esta premisa se traduce, en términos probatorios, en la necesidad de que la defensa y la Fiscalía tengan acceso al mismo

material de evidencia requerido para sustentar el debate en juicio.

Ahora bien, la manera de garantizar el equilibrio de las armas en el proceso penal de corte adversarial y, por tanto, de permitir que tanto la defensa como la Fiscalía cuenten con las mismas oportunidades de acción y con los mismos elementos de convicción, se concreta en la figura del descubrimiento de la prueba.

La decisión de garantizar el principio de igualdad de armas en el proceso penal mediante el instituto del descubrimiento de la prueba, responde al reconocimiento de que el aparato estatal cuenta con recursos económicos, técnicos, científicos y operativos mucho mayores de los que podría disponer un particular acusado de incurrir en un ilícito. La desproporción que en materia investigativa inclina la balanza en contra de la defensa, obliga al legislador a garantizar el equilibrio procesal mediante la autorización que se da al procesado para que acceda al material de convicción recaudado por los organismos oficiales.

Del mismo modo, la admisión del inculcado al material probatorio recaudado por los organismos oficiales y, con él, en últimas, a la estructura investigativa del Estado, garantiza la preeminencia del principio de gratuidad de la administración de justicia, pues evita que el particular asuma directamente los costos que exige demostrar su inocencia ante la justicia. Piénsese, por ejemplo, en las facilidades económicas y logísticas con que cuenta la Fiscalía para practicar, de manera simultánea, pruebas distintas en

41 REYES MEDINA, Cesar (2009) Técnicas del Proceso Penal en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano – Manual General para Operadores Jurídicos. Editorial D Vinni S.A. 2da. Edición, p. 32.

lugares diversos del país y del exterior, frente a las escasas probabilidades con que cuenta un particular para movilizarse con el mismo fin. Si la defensa no tuviera acceso a las herramientas instructivas y a los resultados probatorios de la Fiscalía, el Estado estaría en la obligación de conferirle una infraestructura de investigación equivalente a la de los organismos oficiales, lo cual resulta sencillamente impracticable.”⁴².

Además del principio de igualdad de armas, el Descubrimiento Probatorio tiene relación directa con el principio de buena fe y lealtad procesal regulada en el artículo 235° del Código Penal Militar Policial.

En este orden de ideas, es preciso indicar que el descubrimiento probatorio es una institución procesal incorporada a la audiencia de control de acusación porque permite a la defensa conocer los elementos probatorios que sustentan la pretensión penal militar policial del Fiscal y la pretensión civil o resarcitoria del actor civil, así como de los elementos probatorios que presenta la defensa contra sus pretensiones. Es decir, habiendo conocido las partes procesales todo el material probatorio que sustentan sus posiciones procesales, podrá permitir, a cada uno de ellos, elaborar y afianzar las teorías del caso que presentarán ante el Tribunal Superior Militar Policial respectivo. La consecuencia jurídica del no descubrimiento es que no se podrá ofrecer el medio de prueba para el juicio, pues el registro de lo actuado sirve para acreditar la pertinencia del medio probatorio para los efectos del juicio, con las consideraciones realizadas respecto de la defensa y las

partes materiales, en caso de no tenerse registro de estas actuaciones.⁴³

De igual modo, la institución procesal del descubrimiento probatorio tiene también acogida en el Principio N°. 15 que establece las garantías del derecho de defensa y a un juicio justo e imparcial del Proyecto de Principios sobre la Administración de Justicia por los Tribunales Militares, elaborado por Emmanuel Decaux para la 62 periodo de sesión de la Comisión de Derechos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

CONCLUSIONES

- a. El requerimiento acusatorio constituye un acto postulatorio del Órgano Fiscal Militar Policial mediante el cual materializa su pretensión de naturaleza punitiva (penal) y resarcitoria (civil) ante el Juzgado Militar Policial, cuyo sustento es obtenido de los elementos probatorios recabados durante la fase investigativa a su cargo, ello acorde a los principios de legalidad, obligatoriedad e interdicción de la arbitrariedad que rige el accionar del Fiscal Militar Policial.
- b. La defensa del actor civil (en la mayoría de casos será el Procurador Público de las respectivas instituciones armadas o policial) deberá aportar y sustentar su pretensión civil (reparación civil), no obstante, su participación deberá ser activa durante las fases y desarrollo del proceso penal militar policial pudiendo aportar elementos probatorios relacionados con la responsabilidad penal del acusado.

42 Sentencia C-1194/05 expedida por la Corte Constitucional de Colombia; disponible en: <<http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2005/c-1194-05.htm>>

43 MONTES CALDERON, Ana, ALDANA REVELO, Miriam Geraldine y BAUTISTA GONZALES, Jaime Enrique. Tratado de Derecho Probatorio Penal Salvadoreño, p. 53.

- c. La defensa técnica y material deberán tener una participación activa y no pasiva, la cual puede generar mayores perjuicios de los que ya sufre el militar o policía sujeto a un proceso penal militar policial, si bien el principio de presunción de inocencia que asiste a la persona sujeta a un proceso penal no significa que el presunto responsable y su defensa se crucen de brazos y no realicen actividad procesal alguna en defensa de sus intereses y derechos.
- d. El Juez Militar Policial tiene la función de efectuar un control formal de la acusación y no material, por lo que no le está permitido dictar de oficio, si lo considera pertinente, el sobreseimiento de la investigación, pero de advertir graves defectos en la acusación, la devolverá al Órgano Fiscal Militar Policial para que efectúe las aclaraciones y subsanaciones correspondientes.
- e. El Fiscal y Juez Militar Policial, en caso de defectos o vacíos de las normas procesales militares policiales, deberán remitirse por supletoriedad e interpretación sistemática a los preceptos establecidos en el ordenamiento procesal penal ordinario, con el fin de garantizar un correcto y eficaz proceso penal militar policial y respetando siempre los derechos fundamentales del militar o policía.
- f. La audiencia de control de acusación es importante porque permite a los sujetos procesales conocer el objeto y dirección del proceso penal militar policial. Por un lado, el acusado y su defensa técnica conocerán los fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios en su contra y por otro lado, el actor civil verá si su pretensión civil - resarcitoria ha sido acogida por el Órgano Fiscal Militar.
- g. Además, esta audiencia de control permite que los sujetos procesales participantes presenten, exhiban, ofrezcan y aporten todos los elementos probatorios que sustentan su pretensión y que desean que ingresen al Juicio Oral, es así que se materializa la institución procesal del descubrimiento probatorio. Si bien esta no se encuentra establecida en el ordenamiento procesal, ella responde a un respeto de los principios de igualdad de partes y lealtad y buena fe procesal que deben respetar en todo momento los sujetos procesales.
- h. Finalmente, con el conocimiento del requerimiento acusatorio y el descubrimiento probatorio permite a las partes procesales conocer la solidez o debilidades de las teorías de sus casos que presentan presentar ante el Tribunal Superior Militar Policial, y de acuerdo a ello, podrá tomar mejores y certeras decisiones a favor de sus pretensiones.

BIBLIOGRAFÍA

- ACUERDO PLENARIO N°. 06-2009/CJ-119 expedido por la Corte Suprema de Justicia de la República.
- ACUERDO PLENARIO N°. 4-2012/CJ-116.
- ANDRADE CASTRO, Jasón y CÓRDOVA ANGULO, Miguel (2007) Estructura básica del sistema procesal colombiano, Editado por el departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia.
- BEDOYA SIERRA, Luis Fernando (2008). La Prueba en el Proceso Penal Colombiano, Editorial Galería Gráfica Compañía de Impresión S.A. Colombia.
- CACERES JULCA, Roberto E. (2010). Las Nulidades en el Proceso Penal. Jurista Editores, Lima.
- Casación 35390 expedida por la Sala de Casación Penal de la Corte Superior de Justicia de la República de Colombia.
- CLARIA OLMEDO, Jorge A. (1998). Derecho Procesal Penal, Tomo II, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires- Argentina.
- CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL aprobado por el Decreto Legislativo N° 1094.
- CÓDIGO PROCESAL PENAL aprobado por el Decreto Legislativo N° 957.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.
- CUBAS VILLANUEVA, Victor (2009) El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación. Palestra Editores, Lima.
- DECRETO LEGISLATIVO N°. 1068 que norma el Sistema de Defensa Jurídica del Estado y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo N°. 017-2008-JUS.
- DIRECTIVA N° 005-2010-MP-FN aprobada por la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 2045-2012-MP-FN, publicada como separata especial en el Diario Oficial “El Peruano” el 15 de agosto del 2012.
- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN DE COLOMBIA. Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, (2009).
- GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier (2013). Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal. Jurista Editores, Lima.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino; RABANAL PALACIOS, William; y CASTRO TRIGOSO, Hamilton (2008). *El Código Procesal Penal – Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Jurista Editores, Lima.
- GUERRERO PALOMARES, Salvador (2005). *El principio acusatorio*. Editorial Aranzadi S.A. Navarra – España.
- MONTES CALDERON, Ana, ALDANA REVELO, Miriam Geraldine y BAUTISTA GONZALES, Jaime Enrique. *Tratado de Derecho Probatorio Penal Salvadoreño*.
- PALOMO HERRERO, Yolanda en su artículo titulado “La pretensión civil deducible en el proceso penal”; disponible en: <http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/224/476/Palomo_Herrero.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8>.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. (2011). *Manual de Derecho Procesal Penal con arreglo al Nuevo Código Procesal Penal*. Editorial San Marcos, Lima.
- Proyecto de Principios sobre la Administración de Justicia por los Tribunales Militares
- QUEJA N°. 1678-2006 expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- RAD. 28847, Segunda Instancia recaída en el Proceso N°. 28847 expedido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2008). El control constitucional en la etapa de calificación del proceso Penal. Palestra Editores S.A.C. Lima – Perú.
- RESOLUCIÓN JUDICIAL N°. 13 de fecha 19 de Agosto del 2011 recaída en el Expediente N° 2010-241-5-JIPZ expedida por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Zarumilla de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- RESOLUCIÓN N°. 04 de fecha 16 de agosto del 2011 expedida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Puno de la Corte Superior de Justicia de Puno.
- RESOLUCIÓN N°. 11 de fecha 25 de Febrero del 2010 recaída en el Expediente N°. 2009-011-04-JIPZ.
- RESOLUCIÓN N°. 13 de fecha 19 de agosto del 2011 expedida por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Zarumilla de la Corte Superior de Justicia de Tumbes.

- REYES MEDINA, César (2009). *Técnicas del Proceso Penal en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Manual General para Operadores Jurídicos. Editorial D Vinni S.A. 2da. Edición.
- ROXIN CLAUS (1998). *Derecho Procesal Penal*. Editorial del Puerto S.R.L. 2da. Reimpresión 2003, Buenos Aires, Argentina.
- Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia recaída en la Casación N° 31795, disponible en: <[http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/indice_tematico_sistema_penal_acusatorio/31795\(16-09-09\).doc](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/indice_tematico_sistema_penal_acusatorio/31795(16-09-09).doc)>
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. “Ministerio Público y el proceso penal en las sentencias del Tribunal Constitucional”, artículo publicado y disponible en: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2009_11.pdf>.
- SEGUNDA INSTANCIA RAD. 39948 expedida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia.
- SENTENCIA C-1194/05 expedida por la Corte Constitucional de Colombia; disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-1194-05.htm>>.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03379-2010-AA/TC de fecha 09 de mayo del 2011, fundamento 5; disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/03379-2010-AA.html>>.
- Sentencia recaída en el Expediente N°. 0026-2011-HC/TC de fecha 20 de abril del 2011, en su fundamento 3; disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00216-2011-HC.html>>
- Sentencia recaída en el Expediente N°. 06712-2005-HC/TC.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo (2004). *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*. Editorial GRILEY. Lima.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo (2009). *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*. Academia de la Magistratura. Lima.
- TORRES VASQUEZ, Aníbal (2001). *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho*. Editorial TEMIS, Santa Fe de Bogotá, Colombia.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° 2005-2006-HC/TC en su fundamento 5 cito lo expuesto por Gómez Colomer, Juan – Luis. *El Proceso Penal en el estado de derecho*. Diez estudios doctrinales. Lima, Palestra, 1999.
- UGAZ ZEGARRA, Angel Fernando. Artículo titulado “La Convención Probatoria: ¿Negociación a ciegas?: La Importancia del Acuerdo de Descubrimiento de Pruebas, como presupuesto de las Convenciones Probatorias; disponible en: http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2241_4_doc4.pdf
- VASQUEZ ROSSI, Jorge E. (1995) *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fé, Argentina.
- VILLEGAS ARANGO, Adriana (2008). *El Juicio Oral en el Proceso Penal Acusatorio*. Editorial Galería Gráfica Compañía de Impresión S.A. Colombia.

MECANISMOS DE CONTROL SOCIAL y LAS FALTAS PENALES

Cmdte CJ PNP Juan Carlos Monroy Meza¹

RESUMEN

El tema desarrollado tiene como origen la necesidad observada en la población, de un control social más efectivo, dado el aumento de la criminalidad, pese a la existencia de diversos mecanismos activados por el Estado; para lo cual nos hemos focalizado en el tratamiento legal de las faltas penales. Para el efecto, se ha realizado una somera investigación de naturaleza causal explicativa, subsumiendo tipos de investigación exploratoria como descriptiva, que se desarrolla en el ámbito jurídico social con un diseño de naturaleza no experimental, habiéndose abordado la doctrina sobre la materia y normativa vigente, con lo cual y haciendo un proceso de análisis y síntesis, se ha logrado plasmar conclusiones esclarecedoras, dando precisiones y criterios a tener en cuenta, para una reforma legislativa que aproxime la ley a la realidad imperante en el país.

INTRODUCCIÓN

Tenemos como antesala, la situación, preocupante a nivel nacional, de aumento de la criminalidad y por ende de la percepción de inseguridad por parte de la ciudadanía, y es que los delitos en general se han

1 Comandante Cuerpo Jurídico de la Policía Nacional del Perú, Abogado, Magister en Derecho Penal Militar y egresado del Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas de la UNMSM, Secretario de la Vocalía Suprema del Tribunal Supremo Militar Policial

incrementado a niveles no antes vistos, lo que nos da una lectura clara de que los mecanismos de control social existentes no están surtiendo el efecto esperado.

Ahora bien, dentro de la gama de mecanismos implementados por el Estado, tenemos las disposiciones de la parte especial del Código Penal, que tipifican las conductas prohibidas y establece las sanciones penales por la vulneración de los bienes jurídicos protegidos por dichas normas; y dentro de este espacio normativo encontramos las conductas prohibidas, consideradas de menor gravedad y que, por tanto, se denominan faltas penales que, a decir de Cabanellas² “son las acciones u omisiones voluntarias castigadas por la ley con pena leve”; las cuales tienen su tratamiento procesal respectivo, desde el órgano competente (Juez de Paz Letrado), la naturaleza de las penas a imponerse, hasta las disposiciones procesales correspondientes.

Sobre el particular, hemos observado, a través de los medios, en reiteradas ocasiones, noticias que dan cuenta de una aparente impunidad de parte de aquellas personas que incurrir en la comisión de dichos ilícitos penales; pues, aún cuando hayan sido capturadas en el acto de la perpetración del hecho criminal, deben ser liberadas por las autoridades, en la medida que las normas sólo autorizan la detención por la comisión de delitos, mas no así por faltas y luego, durante el proceso, observamos que los involucrados hacen oídos sordos a los mandatos de los Juzgados de Paz Letrados. Posteriormente, con el transcurrir del tiempo, se produce la sustracción de la materia, pues las referidas faltas cuentan con términos de prescripción de poca duración y se evidencia, efectivamente, una suerte de

impunidad. No olvidemos que la pretensión punitiva del Estado no es ilimitada, sino que ella deba ejecutarse en un espacio de tiempo determinado, de tal modo que si se deja correr el tiempo sin hacer uso de la potestad de actuación jurisdiccional, prescribe³.

No son pocos los casos que se suscitan; pues, como veremos, a diario se dan situaciones como: tenderos, que se apropian o hurtan bienes en diferentes locales comerciales, asegurándose de que el valor de lo sustraído no alcance el monto establecido por la ley, de tal forma que el hecho sea calificado tan sólo como una falta; a ello se suman los casos que se producen en la vía pública, donde a diario se suscitan robos menores cuya calificación alcanza a una falta, esto también por el monto de lo sustraído; podemos advertir, asimismo, alteraciones al orden público, por personas que se encuentran en estado de ebriedad que, además, faltan el respeto a los ciudadanos a pie e incluso a las propias autoridades encargadas del orden interno; en las intervenciones policiales se puede percibir casos en los que las personas se niegan a dar auxilio para un caso en particular o personas que se niegan a identificarse, cuando son requeridas dentro del ámbito de sus funciones por la autoridad competente.

Estas situaciones nos dan la evidencia de que existe un problema en el tratamiento legislativo de este tipo de transgresiones, que generan una clara pérdida de autoridad por parte de los funcionarios del Estado y se replica más allá de los propios actores, pues tiene un efecto espejo en los ciudadanos que observan las alteraciones al orden, sin que la autoridad pueda adoptar una medida eficaz para restablecerlo y hacer efectivo su poder

2 CABANELLAS, Guillermo. Enciclopedia de Derecho Usual. Editorial Heliasta, p. 19.

3 VILLAVICENCIO, Felipe. Código Penal. Cultural Cuzco SA Editores, p. 256.

de policía; entonces, la ciudadanía percibe que tales conductas, las pueden realizar y también puede desacatar y hasta desafiar a la autoridad, efecto que se agudiza cuando los observadores son menores de edad, que asumen posiciones de rebeldía ante la premisa de que, como observaron, no existe consecuencia lesiva o correctiva por tal conducta.

Y si seguimos con el análisis de la situación, podremos darnos cuenta de que, además, lo que empezó como una falta impune, con el trascurrir del tiempo se convierte en delito y el paso de una acción a la otra no fue percibido por el agente, convirtiéndose en un problema social de mayor trascendencia.

En tal sentido, nos percatamos que la reacción de la sociedad es diversa, que se plasma desde reclamos, cuestionamientos y críticas a las autoridades, hasta conductas calificadas como justicia popular a mano propia; es decir, una pérdida total de autoridad.

DELIMITACIÓN ENTRE DELITO Y FALTA

Etimológicamente la palabra delito proviene de la similar latina “delictum”, aún cuando en la técnica romana poseyera significados genuinos, dentro de una coincidente expresión calificadora de un hecho antijurídico y doloso, sancionado con una pena.

Situándose en una perspectiva de orden legislativo, delito es el proceder sancionado con una pena o la descripción a que va aneja una sanción punitiva. Allí donde hay concepto tripartito de las infracciones punibles, el delito es la intermedia, superado en gravedad por el crimen y superior a la venialidad de la

falta. En los códigos penales dualistas, como el español, el delito constituye la conducta reprimida más severamente, en oposición a las faltas. Se trata de una clasificación convencional basada en el resultado producido y en el bien jurídico atacado, sin tener para nada en cuenta o en muy poca medida, otros elementos o circunstancias del delito⁴. Donde impera el monismo criminal, como en la legislación Argentina, delitos son todas las figuras reprimidas, aunque en una escala muy variada de severidad.⁵

Carrara define el delito en los siguientes términos: “infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”. Esta definición nace de la idea que es el fundamento de la doctrina de Carrara: el delito no es una conducta, ni una prohibición legal; es un “ente jurídico”, es la lesión de un derecho por obra de una acción u omisión humana: “la infracción de la Ley del Estado”. Se propone con ello hacer saber quiénes tienen a su cargo la elaboración y sanción de las leyes, que no habrá delito mientras no exista la ley, cuya violación tenga pena fijada previamente.

Para Belling, el delito es la acción típica antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad⁶.

Faltas en el Derecho Penal, son las acciones u omisiones voluntarias castigadas por la ley con pena leve; por lo cual se han denominado delitos veniales o miniaturas de delitos⁷.

4 MANUEL LÓPEZ – REY Y ARROJO. ¿Qué es el delito?. Editorial Atlántida. Buenos Aires, Argentina, p. 145.

5 CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de derecho Usual. Tomo III Editorial Holiasta, p. 38.

6 MARCONE MORELLO, Juan. Diccionario Jurídico Penal y Ciencias Auxiliares, tomo II. A.F.A. Editores, p. 696.

7 CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo IV Editorial Holiasta, p. 19.

Infracción voluntaria de la ley, ordenanza, reglamento o bando, a la cual está señalada sanción leve. El defecto en el obrar según la obligación de cada uno; la acción u omisión perjudicial en que uno incurre por ignorancia, impericia, precipitación o negligencia, o la omisión del cuidado y exactitud que uno debe poner en alguna cosa. Mera infracción de Policía y acto que ocasiona perjuicios o daños fácilmente reparables, con muy escasa trascendencia para el orden social, cometidos con malicia algunas veces, pero en general, por descuido, olvido, error o irreflexión en prever y evitar el daño causado; puesto que para incurrir en falta no es requisito necesario, como lo es para incurrir en delito, la intención criminal y maliciosa del agente⁸.

Ipallomeni anota que los delitos ofenden las condiciones permanentes y fundamentales de la existencia y de la convivencia civil, las contravenciones (faltas) únicamente se hallan en oposición con las condiciones secundarias y complementarias de la existencia⁹.

Actualmente se considera que entre los delitos y las faltas no existen diferencias de orden cualitativo, siendo éstas únicamente cuantitativas¹⁰.

García Rada, quien en su “Manual de Derecho Procesal Penal” refiere que: “Teniendo como base las dos grandes categorías que sanciona el Código Penal, existen los

procesos por delitos y los procesos por faltas. Se fundan en un criterio cuantitativo, tomando en cuenta la gravedad de la infracción y de la pena señalada en la ley. Se justifica este proceso diciendo que existe conveniencia en que las infracciones de escasa relevancia social de ámbito delictual restringido y sancionado con pena leve, se sometan a un procedimiento rápido y sencillo¹¹.

A decir de San Martín Castro: “las faltas son simples injustos menores en relación con los delitos; no hay entre ambas diferencias cualitativas, pues sus elementos son exactamente iguales, pero como quiera que las faltas conciernen sanciones más leves, y están referidas a vulneraciones a bienes jurídicos, de menor intensidad, es del caso, tratarlas distintamente en función a la simple diferencia cuantitativa que existen entre ellos”¹².

Jiménez de Asúa, citando a Dorado Montero, nos precisa que la falta “no es otra cosa que el delito venial, y, por consiguiente, entre ella y el delito propiamente dicho, no hay diferencia cualitativa, como se pretende sino meramente cuantitativa”¹³.

La diferencia, por tanto, se reduce a los niveles de reprochabilidad social del acto ilícito. Así, descriptivamente, podríamos indicar que falta es toda acción que, sin revestir la gravedad que se exige a los delitos, importa una alteración del orden público, de la moralidad, las buenas costumbres o un atentado a

8 MARCONE MORELLO, Juan. Diccionario Jurídico Penal y Ciencias Auxiliares, tomo II. A.F.A. Editores, p. 1164.

9 Extraído el 01/oct./14 desde: <<http://www.monografias.com/trabajos31/las-faltas/las-faltas.shtml#ixzz37TD6OKoh>>.

10 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, RABANAL PALACIOS, William y CASTRO TRIGOSO, Hamilton. El Código Procesal Penal (2009). Jurista Editores E.I.R.L., p. 905.

11 Extraído el 01/oct./14 desde: <<http://www.monografias.com/trabajos31/las-faltas/las-faltas.shtml#ixzz37TD6OKoh>>.

12 SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, Editorial Grijley, Lima 2006, p. 1261.

13 JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, “Las Contravenciones o Faltas”, en *Revista La Ley*, Buenos Aires, año 1949, p. 959.

la seguridad de las personas o de sus bienes debidamente descritas y calificadas como tales por la ley¹⁴.

Siguiendo la perspectiva objetiva, la distinción entre delito y contravención, según Feuerbach, se deriva de la intencionalidad de la punición. En primer caso se pretende proteger de modo inmediato un derecho subjetivo, mientras que, en el segundo se intenta proteger una decisión de política estatal que no necesariamente supone una actuación ilícita. Esta posición, es reformulada por BINDING quien sostiene que, el delito agrava un bien jurídico lesionándolo o poniéndolo en grave riesgo, mientras que en la falta el bien jurídico se expone a peligro sin que éste la calidad de peligro real. Este autor, define a la falta como un “delito formal de mera desobediencia”.

Desde la perspectiva subjetiva, se indica que delito es toda acción típica en la que el sujeto actúa con voluntad, mientras que en la falta basta la sola existencia del hecho material para que éste sea imputable al sujeto.

En los hechos ocurre que las distinciones objetivas o subjetivas han sido rechazadas en mérito a sus propias deficiencias, puesto que, sí se atiende a las tesis objetivas, también existen contravenciones dirigidas a proteger bienes jurídicos primarios como la integridad corporal, mientras que para los subjetivistas, aún en el caso de las faltas, se exige el dolo o la culpa, según lo defina el tipo penal recogido¹⁵.

CONTROL SOCIAL

La problemática que hemos graficado en la introducción, nos obliga a profundizar la temática, partiendo de la definición que

se tiene de **control social**, es que, se concibe como un conjunto de prácticas, actitudes y valores destinados a mantener el orden establecido en las sociedades. Aunque a veces el control social se realiza por medios coactivos o violentos, el control social también incluye formas no específicamente coactivas, como los prejuicios, los valores y las creencias.

Entre los *medios de control social* están las normas sociales, las instituciones, la religión, las leyes, las jerarquías, los medios de represión, la indoctrinación (los medios de comunicación y la propaganda), los comportamientos generalmente aceptados, y los usos y costumbres (sistema informal, que puede incluir prejuicios) y leyes (sistema formal, que incluye sanciones).

El control social aparece en todas las sociedades como un medio de fortalecimiento y supervivencia del grupo y sus normas. No olvidemos que el ser humano es gregario y necesita vivir en convivencia con otros seres humanos, formando grupos (familias, tribus, clanes, sociedad actual). Dentro de esta relación de convivencia se generan valores o patrones de conducta que deben ser acatados por sus integrantes y que con el tiempo se convierten en normas.

La sociedad en su conjunto esquematiza un sistema de valores, que luego regula y codifica, basado en juicios de valor generalmente aceptados por sus integrantes, que tiene como horizonte el bien común y se fundamenta en el orden social. Ello implica el respeto a las normas elaboradas por sus integrantes en común acuerdo (Estado de Derecho). Como el control es importante, a su vez tiene que haber control sobre los representantes sociales, constituyéndose en el límite del poder otorgado a dichos representantes,

14 GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo. *Código Procesal Penal*, editorial Rodhas, Lima, 2005, p. 256.

15 CHUNGA HIDALGO, Laurence. *El Tratamiento de las Faltas en el Código Procesal Penal de 2004*, p. 3-4.

basado en un consenso sobre la normativa para el equilibrio de poderes y controles, que no sea represivo en su actitud.

El control social persuasivo para el logro de la conformidad funciona, principalmente, con ideas y valores que se traducen en actitudes respetuosas de las normas. Se tiende a una moral libre, opcional, personalizada, con menos reglas y menos control.

Las *medidas informales* son aquellas que no están institucionalizadas, como los medios de comunicación, la educación, las normas morales, etc., las cuales no tienen una formalización a través de normas o leyes escritas. Son más importantes que los formales porque transmiten hábitos, normas y valores determinados. La instancia policial es un ejemplo: es un mecanismo de control social informal que se deriva del Estado. Se inició tras la Revolución Francesa, controlando a nivel legislativo. Sus competencias garantizan el poder desmesurado del Estado, pero es una instancia estatal con capacidad de castigo y represión contra el ciudadano, puesto que los que controlan o tienen poder, someten al resto. Su función principal es el mantenimiento de leyes y del orden público.

A partir de los años 80 (siglo XX), aparece la seguridad ciudadana. Como hecho político, se añade una función de vigilancia (represor contra las incidencias) que desemboca en el Estado intervencionista. Se vincula a la transformación urbana de las ciudades (las grandes avenidas permiten el paso del ejército con los caballos). A esta función de represión se le añade la salvaguarda: prevención en primer lugar y función asistencial de la población. La paradoja fundamental de la policía es que simultáneamente es preventiva y represora, ya que “el policía que está para ayudar también te puede detener”.

Las *medidas formales de control social* son las que se implementan a través de estatutos, leyes y regulaciones contra las conductas

no deseadas. Dichas medidas son respaldadas por el gobierno y otras instituciones por medios explícitamente coactivos, que van desde las sanciones hasta el encarcelamiento o el confinamiento. En los estados de derecho los objetivos y mecanismos de control social están recogidos en la legislación explícita.

Para lograr el éxito del control social, éste debe ser regulado en relación de toda la sociedad y deben existir agencias de control social que puedan ordenarlo, evitando la marginación como fenómeno social. La estabilidad social se pone en peligro cuando las agencias pierden poder.

EL DERECHO PENAL COMO MECANISMO DE CONTROL (CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL)

El derecho penal incorpora en el sistema jurídico una serie de normas que tiene una función preventiva general así como preventiva especial y es que se regulan los comportamientos prohibidos y se precisan las sanciones por su transgresión. Lo que se busca, en esencia, es que la existencia de estas normas de naturaleza sancionadora generen, como efecto, que los integrantes de la sociedad se comporten conforme a las normas sociales aceptadas por la comunidad y no las trasgredan (Control Social).

El Derecho Penal incluye en nuestros tiempos temas de importancia para entender el sentido que se le da al control social, como el abordaje de la Criminología que estudia tradicionalmente el delito y al delincuente; sin embargo, en los últimos tiempos su tendencia está cambiando, pues si se hablaba de reinsertar al delincuente a la sociedad, ahora postula la reestructuración social, sin dejar de lado el estudio tradicional. No se trata de abandonar el objeto de estudio del delito y el delincuente (criminología clásica), como tampoco centrarse únicamente en el estudio de los mecanismos de control social (nueva

Criminología), que permitiría, del mismo modo, no estudiar los delitos, los delincuentes y la víctima, que hoy por hoy se habla de su redescubrimiento, acentuado mayormente después del 11 de septiembre, al ocupar la atención de la política criminal de satisfacer y reparar los intereses de la víctima, en lugar de la búsqueda de los efectos preventivos-generales para el autor y la Sociedad.

El crimen es parte integral de nuestra sociedad, o como dice Jescheck¹⁶ parafraseando al profesor Beristain, de modo más específico, la pena privativa de la libertad es imprescindible por lo menos en el momento actual; no es posible imaginar una sociedad sin crimen, es la realidad, tanto es así que el nivel cultural y la evolución de los pueblos se miden “por la naturaleza y la severidad de los castigos”, pues la penalidad, suave o dura según la época, tiene por largo tiempo ocupado una posición de primer plano en cada aparato disciplinar.

Con esto podemos dejar superadas las tendencias que deseaban acabar con el derecho penal, o mejor decir, el abolicionismo, que quizás, dice Demetrio Crespo¹⁷, –ha servido para reivindicar la idea que los conflictos sean devueltos a sus protagonistas y recuperar a la víctima como parte del conflicto, la referencia a la protección de la víctima y a la compensación autor-víctima, y a la reparación y mediación como posibilidades para ello–, es hoy punto central en la discusión político-criminal.

Desde el comienzo de la historia, incluso desde Adán y Eva, contando con hitos

históricos como la caída del imperio romano hasta nuestros días, el hombre ha respondido de forma diferente en cada época al problema criminal. Se pensó en un momento que todas las disciplinas rodaban de forma independiente. Craso error de sentido como quiera que hoy está en boga y con buen tino, la interdisciplinariedad, ya lo dice el refrán inglés que un problema compartido es un problema resuelto.

En este sentido, la Criminología, la Política Criminal y el Derecho Penal no pueden concebirse como ciencias independientes, son interrelacionadas, pues ninguna de ellas son imaginarias o de inspiración humana; se requieren mutuamente, tanto el penalista, el criminólogo y el político criminal los une. Por todo esto debemos a la Criminología una cuestión importante, que el fenómeno criminal aparece denotado en las diferentes etapas de la vida, pues cada sociedad ha tenido su forma de criminalizar y castigar. En la actualidad, tal vez, deberíamos girar la mirada y ahondar la temática desde el abordaje primigenio de las faltas penales, dándole rigor a su tratamiento. Para ello se hace necesario intervenir a la criminología y luego, con el debido estudio, al derecho penal y finalmente insertarlo en una política criminal más agresiva.

No cabe la menor duda que la respuesta del hombre en las diferentes etapas, al hoy denominado como fenómeno criminal, ha sido desde siempre recurriendo al sistema penal, como forma de solucionar los supuestos conflictos, y así ha quedado firme que el

16 JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Traducción de Miguel Olmedo Cardenote. Quinta edición corregida y ampliada. Editorial Comares, Granada, 2002.

17 Demetrio Crespo, Eduardo. “La solución de conflictos de intereses en derecho penal. Problemas dogmáticos y perspectivas político-criminales para la discusión”. En el libro *Conflicto Social y Sistema Penal. Diez estudios sobre la actual reforma*. Coordinadoras: María del Rosario Diego Días-Santos, Laura Zúñiga Rodríguez, Eduardo Fabián Caparrós, Cólex, 1996.

derecho penal es el instrumento más utilizado; no el más eficaz y garantista, pero sí el más intimidatorio para el control social, por antonomasia.

La Criminología crítica permite –dice Bustos¹⁸– una revisión total del derecho penal y la búsqueda de principios garantistas materiales cada vez más profundos, que limiten al mínimo el derecho penal, o conocido por todos como el derecho penal mínimo cuyo adalid es Luigi Ferrajoli en su conocida obra “Derecho y Razón-Teoría del Garantismo Penal”¹⁹, en la medida de hacerlo más justo, pero como él mismo lo dice, se trata “de un modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisfacible. Sabemos que la utopía reduccionista de Beccaria se ha convertido en una “quimera” que sólo los contemporáneos escandinavos y holandeses (Mathesen, Christie, Blanch o Hulsman) han pretendido radicalizar, proponiendo el abandono del castigo y la reapropiación por los mismos actores del conflicto que subyace a toda situación problemática que se define como delito.

Esta información, de limitar al mínimo el derecho penal, es la que debe dar la criminología a la política criminal para un mejor derecho penal. Los progresos y la cobrada importancia en los últimos tiempos de la Política Criminal se deben en gran parte a la Criminología. No cabe duda, desde el nacimiento informador dado por Lombroso, y con ello podemos decir que la Política Criminal, asume, por consiguiente, un papel central, por lo que el lugar de discusión actual del derecho penal viene ocupado por un

minimalismo versus un maximalismo, pues la teoría de la acción que constituyó el lugar de discusión entre finalistas y causalistas es cifrado en la actualidad de poco rendimiento, porque solo ha servido para establecer que no es acción penalmente relevante; no obstante, autores como Klaus Gunther señalan que con la general expansión de deberes positivos, el delito de omisión imprudente aparece en el centro de la sistemática del derecho penal. Pues bien, la disciplina mejor informadora que se cuenta en la actualidad, la criminología, indicará la coherencia o no del derecho penal como forma de control social formal por excelencia, con los demás formales e informales, evaluándose de esta manera su eficacia y en específico, lo relativo a las faltas penales.

Aquí está el meollo de la cuestión, de la lucha entre garantía y eficacia, pues son dos conceptos movidos por las directrices de tal o cual política general de un Estado conforme las determine; y es que la información que da la criminología como ciencia fáctica es determinante en la evolución de la ciencia del derecho penal y dar con una visión real del derecho penal, tarea última de la investigación criminológica en el eslabón armónico interdisciplinario de la triada científica, con el fin de resolver los problemas penales referenciados en cada instante, como el incremento de la criminalidad actual, por el respeto a los derechos fundamentales en donde tipicidad, antijuricidad y culpabilidad deben ser desarrolladas bajo una función político-criminal, cuya elaboración mejor acabada es con Roxin²⁰; con todo, se propugna por

18 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Control social y sistema penal. PPU, 1987.

19 FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale. Prefazione di Norberto Bobbio, editorial Laterza. Sexta edición 2000.

20 FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale. Prefazione di Norberto Bobbio, editorial Laterza. Sexta edición 2000.

reorientar el sistema jurídico penal a las consecuencias jurídicas, y es bueno decirlo, que hoy por hoy, se da importancia al problema.

Asistimos a la incontestable progresión de nuevas formas de criminalidad, tales como el terrorismo, los delitos económicos, la corrupción transnacional, los problemas genéticos, los problemas del medio ambiente, la informática, la criminalidad organizada globalizada, etc., que han dado lugar, en las dos últimas décadas, a una gran actividad legislativa expresa Hirsch, que pone en tensión el equilibrio pendular entre eficacia y garantía, y la idea de si se flexibilizan o no las categorías del delito generando problemas básicos a la tríada, por cuanto muchas veces se atiende más a la eficacia que a las garantías mismas –producto de la expansión del derecho penal–, pero lo que ha de preocuparnos es que ante esa forma político criminal, la anticipación de la intervención penal cobra importancia y se llegue a un incontrolado utilitarismo y una reducción o incluso eliminación de las garantías, por el hecho que éstas no se compadezcan con el fin político propuesto, y allí si hay un problema mayor, que se ha transformado en ineficacia del procedimiento penal, incluso, lo que nos hace poner atención al tratamiento de las faltas penales, que de alguna forma nos puede ayudar en el aspecto preventivo del delito. Sin duda alguna, que la entrada al siglo XXI cuestiona la efectividad del control social, ejercido hasta ahora, por medio del orden legal.

Será recomendable, entonces, abordar con mayor detalle y profundidad, el tema de las faltas penales, buscando corregir las conductas menores para, posteriormente, no punir el delito o conductas mayores, como mecanismo de control social más efectivo, dándole un tratamiento con finalidad educativa-preventiva.

Después de los actos terroristas nacionales como internacionales y las nuevas formas

de criminalidad organizada, lo que ha quedado claro es que hay un nuevo desafío, ante la imposibilidad de afrontar mediante los instrumentos tradicionales dicho problema social, hasta que se planteó una tesis de atacar para prevenir, esto es, una tesis de la anticipación, similar a una de las facetas del moderno derecho penal de anticipar la tutela penal, de gran controversia dogmática.

Con razón advierte Jescheck, que no todo lo útil es justo. Del mismo modo, cobra importancia el argumento de la doctrina española (Muñoz Conde/Hassemer en su “Introducción a la Criminología y al Derecho Penal”, 1990): “Un derecho penal funcionalizado por la Política Criminal tiene más fácil justificación utilitaria de sus intervenciones ante la opinión pública y se puede adaptar armónicamente a los demás instrumentos políticos de solución de los problemas. Por eso, puede pronosticarse que la tendencia a la funcionalización del derecho penal se mantendrá”.

En efecto, la doctrina en los últimos tiempos ha pasado de un pensamiento sistemático, al pensamiento problemático con sobrada razón, pero no podemos separarlos, deben ir de la mano en las soluciones de aquellos que aún no están acabados. Este paso ha puesto en tensión las diferencias entre una concepción filosófica y una política criminal del Derecho Penal, en cuanto que muchas veces una solución puede ser coherente desde la concepción filosófica, pero ineficaz para efectos político criminales.

De ahí, pues, que le queda un duro trabajo a la Criminología en dar la orientación correcta a la política criminal para que el derecho penal cada día sea mínimo, no en el sentido de encogimiento -porque como se nota la nueva realidad gesta tratar ciertos comportamientos- sino de mayores garantías, pues ante una máxima garantía, un mínimo derecho penal, en igual sentido huir

cada día menos al derecho penal así la nueva realidad muestre nuevas formas comportamentales, ya que gran parte de ellas, pueden ser resueltas por otros mecanismos de control o abordando temas dejados de lado, pero que recobran vigencia, partiendo de la premisa, que son los valores básicos sociales los que ya no se toman en cuenta en el desarrollo de las personas.

CONCLUSIÓN

Dentro del esquema del derecho penal mínimo podríamos, a manera de conclusión y aporte, proponer se invierta la tendencia de incrementar las penas a delitos de connotación nacional, dándole más bien dicho tratamiento a las conductas prohibidas consideradas de menor gravedad, como lo son las faltas penales y, es que, lo que se busca es corregir la conducta cuando el agente transgrede normas básicas, como un aviso de que la consecuencia por transgresiones mayores, acarrearán necesariamente, una mayor sanción; lo que se busca es, en buena cuenta, una prevención general, empero, a través del tratamiento riguroso de las conductas menos graves, como lo constituyen la faltas; en tal

sentido, queda claro que consideramos que el individuo tiene mayor posibilidad de corregir su proceder, cuando al primer paso errado, se le aplica una sanción que tenga eficacia preventiva y no esperar a que supere el nivel de gravedad; pues, en tal grado, por lo general el individuo cumple la sanción punitiva sin esperanza de rehabilitarse, justamente por lo extenso de las penas y por los lugares donde debe cumplirlas.

En el mismo sentido consideramos mejorar el sistema procesal que rige el tratamiento de las faltas, con mayores facultades coercitivas por parte de la autoridad, de tal forma que la reacción sea inmediata, posibilitando, incluso, la detención en flagrancia por esta clase de infracciones penales, para lo cual se hace necesario modificar la normativa vigente.

No cabe duda que un mecanismo de control social dará resultado, en la medida que sea percibido como eficaz por la población y dicha percepción se logrará solamente si dotamos a la autoridad de herramientas adecuadas aplicables en el momento mismo del suceso o para estos efectos, apenas se incurra en una falta penal.

BIBLIOGRAFIA

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Control social y sistema penal. PPU, 1987.
- CABANELLAS, Guillermo. Enciclopedia de Derecho Usual. Editorial HELIASTA.
- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de derecho Usual. Tomo III Editorial Holiasta.
- CHUNGA HIDALGO, Laurence. El Tratamiento de las Faltas en el Código Procesal Penal de 2004
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. La solución de conflictos de intereses en derecho penal. Problemas dogmáticos y perspectivas político- criminales para la discusión. En el libro CONFLICTO SOCIAL Y SISTEMA PENAL. Diez estudios sobre la actual reforma. Coordinadoras: María del Rosario Diego Días- Santos, Laura Zúñiga Rodríguez, Eduardo Fabián Caparrós, Cólex, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale. Prefazione di Norberto Bobbio, editorial Laterza. Sexta edición 2000.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, RABANAL PALACIOS, William y CASTRO TRIGOSO, Hamilton. El Código Procesal Penal (2009). Jurista Editores E.I.R.L., p. 905.
- GÓMEZ MENDOZA; Gonzalo: Código Procesal Penal, editorial Rodhas, Lima, 2005.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Las Contravenciones o Faltas, en Revista La Ley, Buenos Aires, año 1949.
- Jescheck, Hans Heinrich- WEIGAND, Thomas. Tratado de derecho penal. Parte General. Traducción de Miguel Olmedo Cardenote. Quinta edición corregida y ampliada. Editorial Comares, Granada. 2002
- MANUEL LÓPEZ – REY Y ARROJO. ¿Qué es el delito?. Editorial Atlántida. Buenos Aires – Argentina.
- MARCONE MORELLO, Juan. Diccionario Jurídico Penal y Ciencias Auxiliares, tomo II. A.F.A. Editores.
- Monografía: extraído el 01OCT14 desde: <<http://www.monografias.com/trabajos31/las-faltas/las-faltas.shtml#ixzz37TD6OKoh>>.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, Editorial Grijley, Lima 2006.
- ROXIN, Claus. Dogmática Penal y Política Criminal. Traducción de Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Perú. 1989.
- VILLAVICENCIO, Felipe. Código Penal. Cultural Cuzco SA Editores, p. 256.

LA JUSTICIA MILITAR DE LA UNIÓN EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA DE 1988

María Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha¹

La Magna Corte Castrense, conforme narra la historia patria, fue instituida el 1° de abril de 1808, por carta con fuerza de ley, firmada por el Príncipe Regente D. Juan, con la denominación del Consejo Supremo Militar² y de Justicia. Alrededor de 1891, fue constituido el Supremo Tribunal Militar, con las mismas competencias del extinto Consejo Supremo Militar; y después de la vigencia de la Constitución de 1946, adquirió la terminología adoptada actualmente: Superior Tribunal Militar.

77

1 Ministra del Superior Tribunal Militar (STM). Doctorada en derecho constitucional por la Universidad Federal de Minas Gerais. Con Maestría en Ciencia Jurídica y Política de la Universidad Católica de Lisboa. Profesora del Centro Universitario de Brasilia-Distrito Federal. Fue nombrada ministra del STM el 27 de marzo del 2007 (primera mujer en este cargo). El 01 de febrero de 2013 fue elegida vice-presidenta del STM, tomando posesión del cargo el 15 de marzo de dicho año. El 16 de junio de 2014, asumió la presidencia del Tribunal para completar el bienio 2013-2015, en reemplazo del General de Ejército Raymundo Nonato de Cerqueira Filho.

2 El Consejo Supremo Militar y de Justicia trató de mantener el orden y la disciplina en el ámbito militar. “Acumulaba el referido órgano dos funciones: una de carácter administrativo, coadyuvando con el Gobierno en materia de aplicaciones, cartas patentes, promociones, salarios, pensiones, citas, registro de patentes y el uso de las insignias, sobre las cuales manifestaba su opinión cuando se le consultaba; otra de carácter puramente judicial. Como la Corte Suprema de Justicia Militar, el Consejo Supremo juzgaba en última instancia procesos penales de los acusados sujetos a la jurisdicción militar.

El Consejo Supremo Militar estaba integrado por los concejeros de guerra y el almirantazgo y por otros oficiales que fuesen designados como vocales, los cuales, en la mayoría de las veces, objetivaban las posiciones de concejeros de guerra.

El Consejo Supremo de Justicia tenía la misma composición, agregándose tres jueces togados, uno de los cuales relataba los procesos”. “Tribunal Superior Militar. 173 años de historia”. Trabajo elaborado por Paulo César Bastos, Brasilia, 1981, p. 21.

A lo largo de los años, la composición de la Corte Militar en el Brasil, sufrió diversas alteraciones numéricas en su *quorum*³, pero su composición mixta siempre estuvo presente.

Efectivamente, el instituto del escabinato fue consagrado en la Justicia Militar en vista de las peculiaridades de la vida en los cuarteles, donde ocurre la necesidad de mezclar la experiencia de los comandantes con el conocimiento jurídico de los togados⁴

Subrayando 204 años de historia, fue ella integrada al poder judicial por la Carta Política de 1934, resultado de la voluntad soberana de la Asamblea Nacional Constituyente.

Como Justicia especializada, tutela una categoría especial –Las Fuerzas Armadas– y juzga tan solamente, los crímenes militares definidos en la ley, precepto emanado del Art. 124 de la Constitución Federal. Prevé la Ley Superior dos especies de Justicias Militares: la federal y la estadual, *ex vi* de los artículos 122 al 124 y 125, § 3º, 4º, 5º, respectivamente, insertados en el Título II, Capítulo III, del Poder Judicial –Sección VII– de los Tribunales y Jueces Militares. En lo tocante a la esfera federal, son órganos de la Justicia Militar de la Unión en consonancia con lo estatuido en el

Art. 22 de la Constitución de la Patria, el Superior Tribunal Militar, los Tribunales y Jueces Militares, instituidos por ley. La previsión constitucional es reglamentada por la Ley N° 8.457 de 1992, que organiza la Justicia Militar de la Unión y regula el funcionamiento de sus servicios auxiliares.

Con jurisdicción en todo el territorio nacional, se encuentra el Superior Tribunal Militar en la cúpula de la estructura jerárquica del judicial castrense y está compuesto por 15 ministros vitalicios, tres Oficiales Generales de la Marina, cuatro Oficiales Generales del Ejército y tres Oficiales Generales de la Aeronáutica, todos en situación de actividad y de la más alta jerarquía militar; y cinco civiles, tres de efectiva actividad profesional y dos por elección paritaria entre jueces auditores y miembros del Ministerio Público de la Justicia Militar. Todos los magistrados son nombrados por el Presidente de la República, después de su aprobación por el Senado Federal.

Conserva la vigente ley fundamental el “escabinato” o “escabinado”, instituto mediante el cual, magistrados militares y civiles togados integran el mismo tribunal o juicio. Se preservó este instituto para “permitir aliar la

3 La composición de la Justicia Militar de la Unión ha variado a lo largo de la historia. Originalmente era compuesta por 13 magistrados, por la Carta de 1º de abril de 1808. En 1850 llegó a 15 el número de sus miembros mantenido con el advenimiento de la República por Decreto N° 149 de 18 de julio de 1893. Posteriormente, el Decreto N° 17.231-A del 26 de febrero de 1926 reduciría este número a 10, ampliado posteriormente a 11 por la Constitución de 1934, bajo cuyos auspicios la Justicia Militar fue insertada en la estructura del Poder Judicial. Con la promulgación del Acto Institucional N° 2 del 5 de noviembre de 1965, el ya denominado Superior Tribunal Militar, volvió a tener quince ministros vitalicios, composición mantenida por las Constituciones de 1967/1969 y por la Ley Mayor en 1988 en vigor. Durante el curso de la historia brasileña, la Justicia Militar fue presidida por llamativos personajes tales como: Los Mariscales Deodoro da Fonseca y Floriano Peixoto.

4 En las palabras de Astor Nina de Carvalho Júnior: “El buen juez militar no es necesariamente aquel que conoce bien el sistema jurídico de la patria, pero aquel que lejos de conocer bien la ley militar, conoce el funcionamiento y la vida cotidiana de los cuarteles, porque el juez, mismo imparcial, no puede mantenerse alejado de las ansiedades y los valores sociales, caso contrario lo juzgará mal y no traducirá el sublime ideal de justicia”. in: La segunda etapa de la reforma del poder judicial y el nuevo perfil del Superior Tribunal Militar. Revista de Direito Militar, V. 10, N° 61, p. 18.

experiencia de los comandantes que alcanzaron el ápice de sus carreras, acumulando más de cuarenta años de vida en la carrera, con el innegable conocimiento jurídico de los ministros civiles”⁵.

En lo tocante a la competencia, cabe a las Auditorías y al Superior Tribunal Militar procesar y juzgar los crímenes militares definidos en la ley y el contenido del Art. 124 de la Carta Federal⁶. La mencionada ley, invocada por la Lex Magna, es el Código Penal

Militar promulgado en 1969, cuyos artículos 9 y 10 establecen los delitos militares en tiempo de paz y en tiempo de guerra⁷. Es por lo tanto una justicia destinada a juzgar, exclusivamente, crímenes militares, cometidos tanto por militares y similares⁸, cuanto por civiles.

En relación con el Superior Tribunal Militar, actúa como instancia de apelación y original. Como Tribunal de apelación, le compete apreciar los recursos interpuestos contra

5 MARINI E SOUZA, Henrique. In: A Justiça da União. Conferencia de Oficiales Generales y Oficiales Superiores de las Fuerzas Armadas de la República de Angola, el 19 de julio de 2006.

6 João Barbalho aleccionó sobre el tema de la Justicia Militar cuyo foro es competente para procesar y juzgar los delitos militares y no los delitos de los militares. Lectura: “(...) el foro especial es el soldado, ut miles, en la frase del jurisconsulto romano (...).

Por los delitos previstos por la ley militar, debe existir una jurisdicción militar especial, no como privilegio de las personas que lo practican, sino por la naturaleza de estos crímenes y la necesidad, a bien de la disciplina, de una represión pronta y firme, con sumarias formas.

La existencia de las Fuerzas Armadas se atribuye a la existencia de la nación, como garantía de su independencia y seguridad, y sin una exacta y constante disciplina no cumplirán ellas su importante fin.

Sin disciplina no hay subordinación ni seguridad; ella es la vida y la fuerza de los ejércitos. Y sin una jurisdicción propia, privada, militar también, esta disciplina sería imposible.

Además, la infracción del deber militar por nadie puede ser mejor apreciado que por los militares; ellos, más que los extraños en el servicio de las Fuerzas Armadas, saben comprender la gravedad de la violación y las circunstancias que pueden modificarla.

Y así el foro especial es una condición de la correcta administración de justicia. BARBALHO, João. Constituição Federal Brasileira – Comentários. 2ª Ed., 1924. Río de Janeiro: Brigueit e Cia. Editores, p. 466.

7 Los crímenes militares son ofensas que perturban los fundamentos básicos del orden y disciplina militar, que olvidan y corroen, con su perfeccionamiento, obligaciones y deberes de los militares. Este razonamiento es compartido por Celso Lobão cuando afirma: “el crimen militar es el delito contemplado en el derecho penal militar que hirió la propiedad o intereses ligados a las instituciones militares constitucionales, sobre deberes legales, para su operación, su existencia, en un aspecto particular de la disciplina, la jerarquía, la autoridad militar y la protección al servicio militar”. LOBÃO, Celso. Direito Penal Militar. 3. Ed. Brasília: Brasília Legal, 2006, p. 56.

Es notable que la doctrina y la jurisprudencia establecieron una distinción entre los delitos militares, distinguiéndolos en delitos militares propios e impropriamente militares. Según acentúa Esmeraldino Bandeira, la clasificación del delito propiamente militar se traduce en la delincuencia militar que sólo el soldado puede cometer, ya que se trata de la vida militar como un conjunto de calidad funcional del agente, de la materialidad especial de la infracción y de naturaleza peculiar del objeto dañado, es decir, el servicio, la disciplina, la administración o la economía militar. Esmeraldino Bandeira. Direito, Justiça e Processo Militar. Vol. 1. Francisco Alves, Río de Janeiro, 1919, p. 26. Con respecto a los crímenes impropriamente militares, en la lección de Celso Lobão cuando enseña que “... se conoce el delito en el Código Penal Militar que, no siendo ‘específica y funcional de la profesión del soldado’, lesiona bienes o intereses militares relacionados con la destinación constitucional y legal de las instituciones castrenses”, LOBÃO, Celso. Op. Cit. p. 98.

8 “Asemejado es el individuo que no siendo militar está sujeto a la subordinación, la disciplina y la jurisdicción militar, en virtud de ejercer una función específica disciplinada en ley (médicos, dentistas, ingenieros) en las Fuerzas Armadas, así como las personas que trabajan en barcos, fuertes, cuarteles, que a los civiles se equiparan, desde que están subordinados a la disciplina militar”. BASTOS Ribeiro, Celso, Op. Cit., p. 496.

las decisiones del juicio, siendo sus acuerdos definitivos, sólo cuestionados ante el Supremo Tribunal Federal, mediante recurso extraordinario, cuando versa sobre un tema constitucional: Art. 102, III, “a”, “b”, “c” y de recurso ordinario en *habeas corpus* o mandamiento de seguridad, cuando su decisión es denegatoria: Art. 102, II, “a”, de conformidad con la Ley Mayor.

Originalmente, procesa y juzga a los Oficiales Generales de las Fuerzas Armadas, acusados en acciones penales: Art. 6 de la Ley N° 8.457/1992, así como conoce de los mandamientos de seguridad contra sus propios actos, los del Presidente de la Corte y los de otras autoridades de la Justicia Militar. Le compete también conocer en esta sede y decidir sobre las representaciones de indignidad del oficial o su incompatibilidad con el puesto de oficial Art. 142, § 3, VI –y los hechos de los consejos de justificación– Art. 142, § 3, VII, de la CF.

En cuanto a la primera instancia, está compuesta de doce distritos judiciales militares (CJM), cada uno de los cuales corresponde a una auditoría, excepto la primera (1ª CJM), con sede en Río de Janeiro, que tiene cuatro; la segunda (2ª CJM), con sede en Sao Paulo, que tiene dos; la tercera (3ª CJM), basada en Porto Alegre, que tiene tres y la undécima (11ª CJM), con sede en Brasilia, que tiene dos. Las áreas territoriales de los distritos judiciales militares corresponden a las regiones con mayor concentración de los contingentes militares del Ejército brasileño. Hay, además, una Auditoría de Corrección en la capital federal, con jurisdicción en todo el territorio nacional, que tiene competencia para proceder a las correcciones generales a

fin de sanear cualquier error en el procedimiento del juicio y comunicar al Presidente del STM hechos que requieren solución rápida y providenciar la normalización de los libros y registros de las Auditorías.

Dentro de las Auditorías funcionan los Consejos de Justicia que pueden ser de dos tipos: permanentes y especiales. Los Consejos Permanentes de Justicia juzgan en sus respectivas Fuerzas: soldados, cabos, sargentos y suboficiales, así como civiles en delitos militares definidos en la ley. Por lo tanto, son los consejos de justicia permanentes para la Armada, Ejército y Fuerza Aérea. Estos Consejos están integrados por cuatro jueces militares, uno de los cuales, el de mayor jerarquía, lo preside y por un juez civil – el Juez-Auditor. Los jueces militares sirven por un periodo de tres meses, que puede ampliarse en los casos previstos por la ley: Art. 24 de LOJM. Ellos son designados por sorteo entre los oficiales que se encuentran dentro del área de jurisdicción de cada uno de los distritos judiciales militares.

Los Consejos Especiales de Justicia, por su parte, juzgan a civiles y oficiales graduados –de Tenientes a Coroneles– denunciados por la práctica del crimen militar y funcionan del mismo modo como los consejos permanentes. En tales consejos, los grados y las patentes de los jueces militares deberán ser mayores que el oficial acusado, siendo constituido para cada proceso y disuelto después de su finalización, (Art. 23, § 1º, de la LOJM).

Cabe informar que, en cada Auditoría, son investidos dos Jueces-Auditores, titular y sustituto, mediante pruebas y títulos y que ejercen funciones judiciales idénticas⁹.

9 De acuerdo con Celso Ribeiro Bastos: “La primera investidura en la carrera de magistrados de la Justicia Militar se da en el cargo de Juez-Auditor substituto por concurso público de pruebas y títulos organizado por el Superior Tribunal Militar. En todas las etapas del concurso requiere la participación de la Orden de Abogados del Brasil (Art. 33 de la Ley N° 8.457/92). Los candidatos deben ser brasileños, tener más de veinticinco años y menos de cuarenta años de edad (a menos que ya fuera ocupante de función o cargo público), estar en el goce

Compete al Superior Tribunal Militar nombrarlos y promoverlos y, cuando se trata de la promoción a la posición de titular, se produce entre los suplentes de los magistrados y se observará los criterios de antigüedad y mérito, alternativamente, conforme a las disposiciones del Art. 36 de la Ley N° 8.457, de 1992. El Tribunal sólo podrá denegar al magistrado más antiguo por el voto de dos tercios de sus miembros, repitiéndose la votación hasta fijarse la indicación. Si la concurrencia en posesión, promoción por antigüedad será preferentemente en uno que obtuvo mayor puntuación al inicio de su carrera. Además, es obligatoria la promoción de un juez que figura por tres veces consecutivas o cinco alternadas, en la lista de merecimiento, desde que cuente dos años de efectivo ejercicio e integrar la primera quinta parte de la lista de antigüedad. La promoción por merecimiento obedece a los criterios de presteza y seguridad en el ejercicio de la magistratura, así como la frecuencia y el aprovechamiento del magistrado en cursos de formación; este criterio es evaluado en el ejercicio efectivo del cargo.

Entre las incompatibilidades, está que no pueden servir juntos los magistrados, miembros del Ministerio Público y abogados que son mutuamente los cónyuges, parientes por sanguinidad o similar en línea recta, así como colateral, hasta el tercer grado, y los que tienen vínculos de adopción.

Junto a la primera instancia y con el Superior Tribunal Militar, funcionan representantes del Ministerio Público Militar en las causas como *custus legis* o *dominus Litis*, y también abogados y defensores públicos o dativos. Brevemente, este es el funcionamiento de la Justicia Militar en tiempos de paz, siendo otra su actuación en tiempo de guerra¹⁰.

Esto es porque, previó el legislador un doble sistema de organización de la Justicia Militar en tiempo de paz o de conflicto armado. El Código Penal Militar tipifica los crímenes cometidos en la guerra o en la paz y puede afirmarse que la ley material es la única normativa que tiene efectividad parcial, porque la aplicabilidad de sus dispositivos se condiciona a la situación en la cual se encuentra el país.

de los derechos políticos, tener licenciatura en derecho por establecimiento oficial o reconocido, haber ejercido durante al menos tres años, en la última década, abogacía, docencia en el nivel superior o una función que se retira de la práctica forense legal, moralmente adecuado y estar en buena salud física (...). El concurso tendrá validez por dos años a partir de la ratificación y podrá prorrogarse una vez durante el mismo período (Art. 34, Ley N° 8.457/92)". En: Ribeiro BASTOS, CELSO y MARTINS, Ives Granda. Comentarios a Constituição Brasileira (promulgada em 5 de outubro de 1988), volumen 4, Tomo III-Arts. 92 e 126. Sao Paulo: Saravia, 2. Ed. Atual, 2000, p. 484.

- 10 Definen los Artículos 9 y 19 del Código Penal Militar, los delitos militares en tiempo de paz y tiempo de guerra. Verbis:

Art. 9° - Se consideran crímenes militares, en tiempo de paz:

- I. los crímenes de que trata este Código, cuando definidos de modo diverso en la ley penal común, o en ella no previstos, cualquier que sea el agente, salvo disposición especial;
- II. los crímenes previstos en este Código, aunque también lo sean con igual definición en la ley penal común, cuando cometidos:
 - a) por militar en situación de actividad o asemejado, contra militar en la misma situación o asemejado;
 - b) por militar en situación de actividad o asemejado, en lugar sujeto a la administración militar, contra militar de la reserva, o reformado, o asemejado, o civil;
 - c) por militar en servicio o actuando en razón de la función, en comisión de naturaleza militar, o alineado, todavía que fuera del lugar sujeto a la administración militar contra militar de la reserva, o reformado, o civil;

En tiempo de guerra, componen la Justicia Militar, junto a las fuerzas en operaciones, los Jueces-Auditores, los Consejos de Justicia Militar y los Consejos Superiores (Art. 89 de la Ley N° 8.457/92). Estos organismos procesan y juzgan los crímenes cometidos en los teatros de operaciones o en territorio extranjero militarmente ocupado por fuerzas brasileñas, excepto los que dispusieran los tratados y las convenciones internacionales del que el Estado sea signatario.

Al Juez-Auditor compete presidir la instrucción criminal en los procesos en que sean acusados, no oficiales, civiles u oficiales hasta el grado de Capitán o Coronel, ambos inclusive, así como juzgar a no oficiales y civiles.

El Consejo de Justicia está compuesto por un Juez-Auditor o su sustituto y dos oficiales más antiguos que el acusado. Similarmente, a

los Consejos Especiales (en tiempo de paz), el Consejo de Justicia se constituye para cada proceso y es disuelto después del juzgamiento. Cabe el juzgamiento de los oficiales exceptuando a los oficiales generales.

El Consejo Superior de Justicia es el órgano de apelación, compuesto por dos oficiales generales en servicio activo o en reserva, convocados para el caso y un Juez-Auditor, todos nombrados por el Presidente de la República. La Presidencia estará ejercida por el juez militar más antiguo. Es responsabilidad de este Consejo, en síntesis, procesar y juzgar a oficiales y a generales, y resolver las apelaciones derivadas de los Consejos de Justicia. Con él, funcionan un procurador y un defensor público, también nombrados por el jefe del Poder Ejecutivo, de entre los miembros del Ministerio Público Militar y de la Defensoría Pública de la Unión, respectivamente.

- d) por militar durante el período de maniobras, o ejercicio, contra militar de la reserva, o reformado, o asemejado, o civil;
- e) por militar en situación de actividad, o asemejado, contra el patrimonio sobre la administración militar, o la orden administrativa militar;
- III. los crímenes, practicados por militar de la reserva o reformado, o por civil, contra las instituciones militares, considerándose como tales no solo los comprendidos en el inciso I, como los del inciso II, en los siguientes casos:
 - a) contra el patrimonio sobre la administración militar, o contra la orden administrativa militar;
 - b) en lugar sujeto a la administración militar contra militar en situación de actividad o asemejado, o contra funcionario del Ministerio Militar o de la Justicia Militar, en el ejercicio de función inherente a su cargo;
 - c) contra militar alineado, o durante el período de prontitud, vigilancia, observación, exploración, ejercicio, acampamiento, acantonamiento o maniobras;
 - d) todavía que fuera del lugar sujeto a la administración militar, contra militar en función de naturaleza militar, o en el desempeño del servicio de vigilancia, garantía y preservación de la orden pública, administrativa o judicial, cuando es legalmente requerido para aquel fin, o en obediencia a determinación legal superior.

Parágrafo único. Los crímenes de que trata este artículo, cuando dolosos contra la vida y cometidos contra civil, serán de la competencia de la justicia común.

Art. 10° - Se consideran crímenes militares, en tiempo de guerra:

- I. los especialmente previstos en este Código para el tiempo de guerra;
- II. los crímenes previstos para el tiempo de paz;
- III. los crímenes previstos en este Código, aunque también lo sean con igual definición en la ley penal común o especial, cuando practicados, cualquier que sea el agente:
 - a) en territorio nación, o extranjero, militarmente ocupado;
 - b) en cualquier lugar, se comprometen o pueden comprometer la preparación, la eficiencia o las operaciones militares o, de cualquier otra forma, atentan contra la seguridad externa del País o pueden exponerla al peligro;
- IV. los crímenes definidos en la ley penal común o especial, aunque no previstos en este Código, cuando practicados en zona de efectivas operaciones militares o en territorio extranjero, militarmente ocupado.

En líneas generales, estas son las características de la Justicia Militar Federal en tiempo de guerra¹¹.

JUSTICIA MILITAR DE LA UNIÓN Y LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL N° 45/2004

Contempla el Art. 125, § 3°, 4° y 5°, de la Constitución Federal, la predicción de instituirse en los Estados miembros la Justicia Militar estadual para juzgar los delitos militares definidos en la ley, cometidos por los miembros de las fuerzas auxiliares: policía militar

y bomberos – y los juicios contra actos disciplinarios de los militares¹². Al contrario de la Justicia Militar Federal, no compete a la Corte estadual castrense procesar y juzgar civiles y militares; pero como la Justicia de la Unión, se trata de un órgano especializado del poder judicial, poseído de conocimiento y experiencia para manejar conflictos relacionados con la “caserna”, cuyos pilares son la jerarquía y la disciplina.

Ocurre que la Justicia Militar de los Estados miembros sufrió cambios significativos con la Enmienda Constitucional N° 45/2004. Citadas, por ejemplo, la inclusión del juez de

11 AZEVEDO, Marcos Augusto Leal. In: A cadeia de comando e como ela interage com a Justiça Militar do Brasil. Conferencia dada en el seminario internacional sobre los derechos humanos y la administración de justicia por Tribunales Militares organizado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil y por el Superior Tribunal Militar de Brasil, en Brasilia, Distrito Federal, el 28 de noviembre de 2007.

12 “La Justicia militar del Estado no es una creación reciente. Ya en 1892 fue instituido en el Estado de São Paulo en la auditoría de la fuerza pública, compuesta por un Auditor y los consejos de justicia. Las decisiones del órgano eran revisadas y adoptadas por el Presidente del Estado, una posición que corresponde al actual Gobernador de São Paulo. La situación perduró hasta 1936. Con el advenimiento de la Ley Federal N° 192 del 17 de enero de ese año, la justicia militar fue creada en los Estados miembros. El Gobierno del Estado, a través de la Ley Estadual N° 2.856 del 8 de enero de 1937, se creó el Tribunal de Justicia Militar, con el título del Superior Tribunal de Justicia Militar. En la actualidad se denomina Tribunal de Justicia Militar do Estado de São Paulo y, desde la Enmienda N° 2 de la Constitución del Estado del 30 de octubre de 1969, se compone de 5 jueces, tres civiles y dos militares.

En **Río Grande do Sul**, con Fulcro en la Ley Federal N° 3.351 del 3 de octubre de 1917, que autorizó el juzgamiento de los oficiales y no oficiales de las policías por elementos de sus corporaciones en crímenes propiamente militares, se creó la **Justicia Militar del Estado** en virtud del **Decreto N° 2.347-A del 28 de mayo de 1918**, quien estableció los **Consejos de Disciplina**, organizado extraordinariamente el **Consejo Militar** permanente, para el primer grado y, como instancia revisora, el **Consejo de Apelación**, compuesto por cinco miembros: el Comandante General de Brigada (que debe presidirlo), tres oficiales militares, citados por esto y un juez togado, nombrado por el Presidente del Estado, actual gobernador del Estado de Río Grande do Sul, Brasil.

La Ley Federal N° 192 del 17 de enero de 1937, pretende sistematizar mejor, autorizando expresamente a los Estados miembros a establecer la Justicia Militar del Estado. Debido a esto, El Decreto Ley N° 47 del 19 de noviembre de 1940 fijó la ley orgánica de Justicia Militar do Estado Río Grande do Sul, convirtiendo el Consejo de Apelación en Tribunal de Apelaciones y, finalmente, asignar a sus miembros garantías de magistrados, tales como condición vitalicia e irreductibilidad de los salarios. La Corte continuaba compuesta por cinco miembros, pero ahora todos ellos eran nombrados por el Gobernador del Estado. En primer grado, fueron establecidos dos Consejos: el Especial para juzgar oficiales y Permanente, para juzgar no oficiales. La Ley N° 6.156 de 1970, mantuvo el Tribunal de Apelación con cinco miembros, de los cuales, un civil. El **Código de Organización Judicial del Estado de Río Grande do Sul** (Decreto Ley N° 7.356/80) del 1° de febrero de 1980, fijó la composición de la Corte de Justicia Militar do Estado Río Grande do Sul en siete jueces, cuatro militares y tres civiles, todos designados por el Gobernador, siendo esta la composición actual.

En **Minas Gerais** la Justicia Militar fue creada por la **Ley N° 226 del 9 de noviembre de 1937**. En aquella época, era compuesta sólo por un Auditor y de los Consejos de Justicia, permanente o especial. En ausencia de un organismo de segundo grado, la jurisdicción era ejercida por la Cámara Criminal de la Corte de Apelaciones, el Tribunal de Justicia hoy.

derecho como un órgano de la Justicia Militar, la transferencia de la Presidencia de los Consejos para el Juez Togado, la extensión de su jurisdicción para juzgar los actos de naturaleza disciplinaria y punitiva y la transferencia para el Tribunal del juicio por jurado de delitos dolosos (malintencionados) contra la vida, cometidos por los militares contra civiles. Legalmente, sin embargo, que se mantiene dentro de la competencia de los tribunales militares de representar Estados y juzgar los crímenes cometidos deliberadamente contra la vida (intencionales) por los militares contra militares.

Es evidente, que el constituyente limitó su acción a la esfera de los entes federados, no cambiando los dispositivos constitucionales sobre la Unión. De esto resulta una asimetría en

relación a las competencias de los juicios, toda vez que, por fuerza del artículo 124 del texto Fundamental, la Justicia Militar de la Unión no aprecia las sanciones disciplinarias militares aplicadas dentro de las Fuerzas Armadas.

Buscando reparar esta omisión, se tramitó en el Congreso Nacional un proyecto de enmienda constitucional 358/2005, presentado por el Senado Federal, con vistas a dar continuidad a la reforma del poder judicial.

El texto modifica la composición del Tribunal Superior Militar y extiende su jurisdicción, autorizando a apreciar las puniciones disciplinarias¹³. Sin duda, podría decirse que la expansión de la competencia para ejercer el control judicial sobre las sanciones disciplinarias¹⁴, tendrá que dirimirse los sucesivos

En 1946, a través de la Ley de Organización Judicial del Estado y Regimiento de costo (Decreto Ley N° 1|.639 del 15/01/46) fue reestructurada con la creación de la Justicia Militar llamada Tribunal Superior de Justicia Militar, con sede en la Capital, como un órgano de segundo grado de jurisdicción, compuesto por tres jueces y un civil y dos militares, nombrados por el Gobernador del Estado. La Ley N° 1.098 del 22 de junio de 1954, aumentó el número de magistrados componentes para cinco, tres militares y dos civiles. Resolución N° 61 del 8 de diciembre de 1975, de la Corte de Justicia, mantuvo el mismo número de jueces, composición que se mantiene hasta la actualidad. "Anales de (I) Seminario Legal ESPMU/MPM-Paraná y Río Grande do Sul, Brasil.

Actuando en segunda instancia, hay tres tribunales militares estatales localizados en São Paulo, Río Grande do Sul y Minas Gerais, establecidos conforme a las disposiciones del § 3° del Art. 125 de la Ley Mayor, a saber: contar los respectivos Estados con efectivos militares superior a veinte mil miembros. En otros Estados, la policía militar y los bomberos son juzgados, en primer grado, por las auditoría militares, con recurso a los Tribunales de Justicia Estadales.

- 13 Según observa Jéssica da Silva Rodrigues: "o que no puede ocurrir es, un mismo texto normativo, sobre todo aquel que se constituye en la fuente de validez de las demás normas jurídicas, abarcar esa disparidad de competencias, donde la misma materia puede ser analizada por la justicia especial o por la justicia común, a depender de la parte interesada: si es miembro de las fuerzas armadas o fuerzas auxiliares. No hay dudas de que, si aprueba el PEC N° 358/2005 requerirá varias adaptaciones, tales como la exigencia en las acciones de recuperación de costos, la preparación de procesos, valor de la causa, vez que esta nueva jurisdicción no será gratis, requiriendo la inmediata necesidad de adaptación de la Ley de Organización Judicial Militar. Además, la Fiscalía Militar ya no ejercerá su papel estrictamente Penal, para actuar en sus distintas competencias atribuidas constitucionalmente en el Art. 127". *In: O controle jurisdiccional do ato disciplinar militar no âmbito das Forças Armadas*. Documento presentado a la Facultad de derecho de la Centro Universitario de Brasília, 2008, P. 71.
- 14 Establece la Ley N° 6.880/80: el Estatuto de los Militares – el concepto legal de disciplina, en su art. 14, § 2°. La punición disciplinar es apropiado como consecuencia del incumplimiento de obligaciones o deberes militares. La administración militar en el ámbito de cada fuerza, clasificó y especificó en sus Reglamentos Disciplinarios las posibilidades de que esa punición, vg: Decreto N° 88.545 del 26/07/1983 (Disciplinario de la Marina), Art. 6°; Decreto N° 4.346 del 26/08/2002 (Disciplinario del Ejército), Art. 14°; y Decreto N° 76.322 del 22/09/1975 (el Reglamento Disciplinario de Aeronáutica), Art. 8°. Las penas estipuladas en el reglamento disciplinario para transgresiones militares son, en general, con algunas distinciones: Advertencia, amonestación, detención, encarcelamiento, licencias y la exclusión por indisciplina. A pesar de sus peculiaridades, medidas disciplinarias son especies de sanciones administrativas. Es la salvaguardia de alcance los valores que rigen la administración pública en su conjunto.

conflictos con el Tribunal Federal que con arreglo al Art. 109, debe apreciarlas en razón del vínculo funcional militar con la Unión¹⁵. En el momento, como destacó la magistrada Marga Tessler¹⁶, la fractura de competencias hace frágil la judicatura por cuanto compromete la eficacia, la seguridad y la certeza de los juzgados al desuniformizar la jurisprudencia. La normalización de las decisiones emanadas de una justicia especial, innegablemente más preparada para hacer frente a las causas que involucran a sus miembros, prestigia el ejercicio de la jurisdicción.

Incuestionable la constatación de que, siendo la Justicia Militar una justicia especializada, tal cual a la del trabajo y la electoral, es ella quien tiene la pericia necesaria para garantizar la incolumidad de los bienes jurídicos tutelados por la ley penal material, así como para evaluar la legalidad del ejercicio del poder disciplinario militar. Además, la celeridad de la justicia castrense es vital para la preservación de la jerarquía y la disciplina dentro de los cuarteles.

Es cierto que la justicia que tarda, falla. Cuando se trata del derecho penal militar, el retraso procesal puede resultar fatal para la integridad de las Fuerzas Armadas, instituciones

nacionales permanentes, como los extractos de dicción constitucional. Son ellas las únicas que apuntan a la defensa de la Patria, el valor más alto que la propia vida, ya que, en determinadas circunstancias, se impone a los militares el deber de matar o morir. A tal valor especialísimo, corresponden reglas especialísimas, que deben respetarse escrupulosamente, ante el temor de poner en peligro al propio Estado Democrático de Derecho.

Además, la movilidad, otra característica inherente en la Justicia Militar, se vislumbra impracticable tratándose de la Justicia común. Resulta inconcebible en situaciones de conflicto armado, el desplazamiento de la Justicia Federal para teatros de operaciones de guerra, donde la autoridad disciplinaria militar es más urgente y porque los crímenes cometidos en la dramática situación dictan pronta, activa y ágil estructura judicial, lo que permite establecer los delitos y castigar a los culpables tan pronto como sea posible.

LOS DESAFÍOS DE LA JUSTICIA MILITAR DE LA UNIÓN

Resta apuntar los desafíos y las perspectivas a enfrentar por la Justicia Militar, la más antigua de Brasil, en la contemporaneidad.

- 15 Sobre el debate, la decisión de la Corte Suprema, de relatoría del Ministro Ricardo Lewandowski: "RECURSO ORDINARIO EN HÁBEAS CORPUS. PROCESUAL PENAL. INFRACCIÓN DISCIPLINARIA. CASTIGO IMPUESTO A UN MIEMBRO DE LAS FUERZAS ARMADAS. CONSTRUCCIÓN DE LA LIBERTAD. HÁBEAS CORPUS CONTRA EL ACTO. JUZGAMIENTO POR TRIBUNAL MILITAR. IMPOSIBILIDAD. INCOMPETENCIA. ASUNTO AFECTA A LA JURISDICCIÓN DE LA JUSTICIA FEDERAL COMÚN. INTERPRETACIÓN DE LAS ARTES. 109, VII y 124, § 2º.
I – A la Justicia Militar de la Unión compete, simplemente, procesar y juzgar los crímenes militares definidos en la ley, no se incluyen en su jurisdicción los actos contra sanciones infracciones (Art. 124, § 2º, CF).
II – La legalidad de la imposición de punición constrictiva de la libertad, en el procedimiento administrativo castrense, puede ser discutida a través del hábeas corpus. Precedentes.
III – No estando el acto sujeto a la jurisdicción militar, sobresa la competencia de la Justicia Federal que representa el juicio de acción que busca desconstituirlo (Art. 109, VII, CF).
IV – Reprimenda, sin embargo, que ya se cumplió en totalidad.
V – HC perjudicado". 1ª clase. RHC Nº 88543. DJ del 27.04.07.
- 16 TESSLER, MargaInge Barth. "A competência da Justiça Militar da União com a provável aprovação da PEC Nº 358/2005", in: *Revista de Direito Militar*, Nº 62, novembro/dezembro, 2006, p. 16-18.

El primer obstáculo a superar es el estigma de “justicia corporativa”. Las estadísticas relativas a la Justicia Militar Federal revelan su rigor en la aplicación de la Ley Penal, inadmitiendo impunidad de los acusados cuando, efectivamente, está probada la autoría y la materialidad del acto delictivo. Así, se pretende proteger la Institución y los principios que guían el alcance jurídico: jerarquía y disciplina. Y no podría ser diferente. Los militares, al contrario de los civiles, detentan las armas de la Nación; su cuota es de aproximadamente 310.000 – 220.000 en el Ejército, 55.000 en Aeronáutica y 55.000 en la Marina. Resulta temerario para la democracia la inobservancia de paradigmas rígidos de conducta, después de todo, cuando las Fuerzas Armadas se desorganizan, se vuelven incapaces de cumplir con su misión constitucional de defender la Patria, poniendo en peligro la soberanía del Estado y la estabilidad del régimen político. Estamos tratando con valores singulares, por lo tanto, protegidos por el constituyente más grande y por el legislador como bienes jurídicos a ser custodiados por el orden normativo y social. Como resultado: la importancia de la justicia militar de la Unión como justicia especializada.

Sin embargo, a pesar de su importancia y de haber cumplido en el 2008 el Superior Tribunal Militar dos siglos de existencia, hay

un profundo desconocimiento por parte de la sociedad y, lo que es más grave, de los operadores del derecho, sobre su competencia y actuación. Confundida muchas veces con las justicias estaduais, se supone que el Tribunal Militar Federal es responsable por el juzgamiento de las Fuerzas Auxiliares, policía militar y bomberos, junto con los miembros de las Fuerzas Armadas. Además, es común que se le vea como corte de excepción y relacionado con los regímenes autoritarios que han existido en el país. Nada más equivocado. Atestigua la historia brasileña su imparcialidad y neutralidad en tomar decisiones memorables, como la proferida por el entonces Supremo Tribunal Militar, cuando se reformó la sentencia condenatoria dictada contra João Mangabeira por el Tribunal de Seguridad Nacional del Estado Novo, otorgándole el pedido de *habeas corpus* – N° 8.417, de 21 de junio de 1937 – o incluso, cuando le concedió el requerimiento anticipatorio en este mismo *writ* constitucional; el Superior Tribunal Militar fue la primera corte en hacerlo, sirviendo tal decisión de precedente para la Corte Suprema Federal-HC N° 41.296, 14 de noviembre de 1964¹⁷.

Lamentablemente, tal desconocimiento llevó a la Enmienda Constitucional N° 45/2004 a olvidar el asiento al que la Justicia Militar de la Unión hace *jusen* el Consejo

17 Podrían citarse otros ejemplos para ilustrar la forma dignificante de trayectoria de la Justicia Militar de la Unión. Recuerdo el caso de la incomunicabilidad de los presos, prohibido para mantenerse en contacto con sus abogados bajo la égida de la Ley de Seguridad Nacional y que había, en la histórica decisión de la Representación N° 985, correcta y precursora solución al observar los principios de derecho a la defensa. Asimismo, decidió el STM en 1970 que la huelga, incluso declarada ilegal por el Ejecutivo, si persiguiese los objetivos de mejora salarial, segundo el RC N° 5385-6, no era un delito contra la seguridad nacional. Sin embargo, en RC N° 38.628 asentó la corte Militar que la mera ofensa a las autoridades, aunque expresa en lenguaje censurable ya no era tipificar un delito contra la seguridad nacional.

Las decisiones mencionadas, entre otras que podrían ser enumeradas, confirieron incensurables desates y la exacta dimensión jurídica sobre temas que constantemente pagan las interpretaciones dudosas. Sin duda, se está delante de jurisprudencia dignificante que al sobreponerse a la presión política dejó un importante legado para las generaciones futuras y al democratismo del poder judicial. Por último, debe señalarse que los defensores públicos de la Unión cuando primero actuaron en el judicial patrio, actuaron en el Tribunal Militar Federal.

Nacional de Justicia, una omisión que la PEC 358/2005 busca reparar. Indiscutiblemente, el ingreso de la Justicia Militar Federal en el CNJ revela la medida de derecho que se ha tomado para corregir el tratamiento inconstitucional que atenta contra la unidad de la Justicia y contra el poder judicial como un órgano del Estado.

La importancia de la jurisdicción penal militar hace pues, imperiosa para la preservación de la autoridad militar en la vigilancia y subordinación a las órdenes en el interior de la Corporación. Se está delante de valores que demandan la propia legislación y una jurisdicción especializada, cuyo alcance es dar mandatos constitucionales y eficacia para garantizar la adecuada administración de justicia.

Finalmente, es imprescindible la ampliación de la competencia, decisiva para la unificación, por pertinencia temática de las jurisdicciones militares, en el frente del cambio promovido por al EC N° 45, de 2004, principalmente porque, como ha señalado, tanto la delincuencia, como la infracción disciplinaria militar, constituyen ofensas a la jerarquía y la disciplina, principios no sólo para las Fuerzas Auxiliares, sino también para las Fuerzas Armadas.

Abordar estos desafíos viene contra un Brasil que experimenta momentos de “redefiniciones institucionales y reconstrucciones jurídicas, en la búsqueda de nuevos paradigmas que sustentan la justicia como valor social, la transparencia como una marca de experiencia de los órganos estatales, la agilidad, capacidad de respuestas, eficacia (...) acción judicial y la aplicación efectiva del derecho a la elaboración colectiva”.¹⁸ Los principios de la ciudadanía y la dignidad de la persona humana y renovar la actuación judicial neutralizada por diversos problemas judiciales que ponen en peligro su identidad conceptual y axiológica, es la contribución decisiva de la Magistratura para la edificación de la nacionalidad, tan agredida por las vicisitudes del proceso político brasileño.

La legitimidad de la potestad pública, en todas sus esferas, pasa necesariamente por foros judiciales. Superar el rendimiento es mejorar la cohesión, la coherencia y la entidad del sistema constitucional, sin olvidar lo que Lassalle llamaría “*los factores reales del poder*”.

En esta trayectoria, la vivencia bicentaria de la Justicia Militar de la Unión, cuyo proceso institucional amalgama la historia del Brasil, diseña la afirmación del Estado como *ethos* y el compromiso permanente del Poder Judicial con la construcción de la legitimidad y del democratismo estatal.

18 ALARCÓN, Pedro de Jesús Lora. “Reforma do Judiciário e Efectividade da Prestação Jurisdiccional”. In: *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*. Presidentes: André Ramos Tavares, Pedro Lenza y Pietro de Jesús Lora Alarcón. Sao Paulo: Editora Método, 2005, p. 28.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN, Prieto de Jesús Lora. Reforma do Judiciário e Efetividade da Prestação Jurisdiccional. In: **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. Coordenadores: André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Prieto de Jesús Lora Alarcón. São Paulo: Editora Método, 2005.
- AZEVEDO, Marcos Augusto Leal de. A cadeia de comando e como ela interage com a Justiça Militar do Brasil. Palestra proferida no *Seminário Internacional de Direito Humanos e a Administração da Justiça Pelos Tribunais Militares* organizado pelo Alto Comissariado dos Direitos Humanos das Nações Unidas, pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil e pelo Superior Tribunal Militar do Brasil, em Brasília, Distrito Federal, no dia 28 de novembro de 2007.
- BANDEIRA, Esmeraldino. **Direito, Justiça e Processo Militar**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1º. Vol. 1919.
- BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira – Comentários**. Rio de Janeiro: Briguiet e Cia. Editores, 2ª ed., 1924.
- BASTOS, CELSO Ribeiro e MARTINS, Ives Granda. **Comentário à Constituição Brasileira** (promulgada em 5 de outubro de 1988), 4º Volume, Tomo III – Arts. 92 a 126. São Paulo: Saraiva, 2ª Edição, atualizada, 2000.
- BASTOS, Paulo César. **Superior Tribunal Militar. 173 Anos de História**. Brasília, 1981.
- CARVALHO JUNIOR, Astor Nina. *A segunda etapa da reforma do Judiciário e o novo perfil do Superior Tribunal Militar*. In: **Revista de Direito Militar**, V. 10, Nº 61.
- DA SILVA RODRIGUEZ, Jéssica. **O controle jurisdicional do ato disciplinar militar no âmbito das Forças Armadas**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília, 2008.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1984.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia, entre facticidade e validade**, tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1977, Vol. II – **Direito e Democracia**.
- LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Tradução de Walter Stönnner, prefacio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1985.
- LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. 3. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.
- MARINI E SOUZA, Henrique. **A Justiça Militar da União**. Conferência realizada para oficiais-generais e oficiais superiores das Forças Armadas da República de Angola, em 19 de julho de 2006.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Introdução a Teoria da Constituição**. Tomo II, 2ª Ed. (reimpressão), Coimbra Editora, Limitada, 1988.
- Nakhnikian, George. **El Derecho y las Teorías Éticas Contemporáneas**. Tradução de Eugenio Bulygin y Genaro R. Carrió. México: Distribuciones Fontamara, S.A., 1993.
- TESSLER, Marga Inge Barth. *A Competência da Justiça Militar da União com a provável aprovação da PEC Nº 358/2005*. In: **Revista Direito Militar**, Nº 62, novembro/dezembro, 2006.

EL FUERO PENAL MILITAR QUE NECESITA COLOMBIA

Jean Carlo Mejía Azuero¹

“No estoy de acuerdo con lo que dices pero defenderé con mi vida tu derecho a expresarlo”. Voltaire.

Desde el exterior he venido siguiendo con atención el debate en torno a la reforma a la Constitución Política para poner el fuero penal militar en el lugar que corresponde dentro de un contexto como el colombiano. He encontrado polarización y apasionamiento; argumentos repetidos y además descontextualizados en contra de la reforma. Respecto al tema hay que tener en cuenta que existen prejuicios, verdades a medias y gran ignorancia frente a la actuación castrense y policial. No obstante he encontrado, también, dos referentes trascendentales que vale la pena mencionar. El primero es la exposición de motivos del acto legislativo presentada por el Ministro Juan Carlos Pinzón. El segundo, la manifestación realizada por la oficina del alto comisionado para los derechos humanos en Colombia (En adelante OACNUDH), a través de su representante Todd Howland, durante un evento académico efectuado en la Universidad Sergio Arboleda. En esa respetable exposición, la Oficina respondió a varios de los argumentos planteados hace algunos años en nuestras investigaciones sobre justicia penal militar en el continente y en Colombia, adelantadas con organizaciones como FESCOL y la red de seguridad y defensa de América Latina – RESDAL. OACNUDH expresa preocupaciones que han sido apoyadas por otros expertos de la ONU e incluso por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI), así como por prestigiosas organizaciones como Human Right Watch. En estas breves letras me propongo exponer mi posición jurídica sobre algunos aspectos respecto a la posición de la OACNUDH.

89

1 MCL – PhD Asesor y consultor internacional. Docente universitario.

A. ¿Por qué resulta imperativa una reforma constitucional? Luego de 48 años de conflicto armado, por primera vez se piensa establecer un marco apropiado de delimitación para el fuero militar dentro de un contexto de Derecho internacional humanitario (en adelante DIH). Existe tal inseguridad con relación a las consecuencias jurídicas de la actuación de las Fuerzas Armadas dentro de un ambiente de conducción de hostilidades, que ni legisladores, gobierno, abogados defensores, jueces, fiscales, organizaciones no gubernamentales y periodistas, así como buena parte de la academia, tienen claro qué significa en Colombia la palabra fuero militar en tiempo de guerra. La OACNUDH es víctima también de tamaña confusión. No calificaré su posición ideológica o política, pero es claro que:

1. **Confunde estándares de DDHH con estándares de DIH.** La dignidad humana debe ser sagrada dentro del desarrollo de la conducción de hostilidades. Esto significa que tanto los DDHH como el DIH, se preservan con un fuero que permita operar militarmente y que persiga judicialmente los excesos militares y policiales dentro de las operaciones y operativos. A pesar de que en primer momento se pudiera pensar que la redacción de la Constitución en los artículos que se pretende reformar es clara, luego de 21 años de vigencia de la Carta Magna, lo que se evidencia es un discurso totalmente ligado a los DDHH y no al DIH. La presión política nacional e internacional en torno al alcance del fuero ha sido una de las causas generadoras de esa inseguridad jurídica.
2. La extensión del fuero militar la brinda el DIH y no los DDHH dentro de la conducción de hostilidades y en los denominados delitos de función. Lo anterior significa que ninguna violación de los DDHH puede, hoy en día, ser investiga-

da por la justicia militar y ningún crimen de guerra tampoco. Pero existen infracciones al DIH que no generan crímenes y que guardan una relación directa con el servicio dentro de la conducción de hostilidades. El DIH nos indicará, en consecuencia, que cuando se cometan ciertas conductas presuntamente ilegales en las fases de planeación, preparación, ejecución y evaluación de una operación militar, y que el juez natural es el juez penal militar, jamás el juez ordinario, sí no existen violaciones a los DDHHJ e infracciones graves al DIH. Por ello es imprescindible la reforma, pues no se tienen las herramientas jurídicas ni los órganos apropiados para resolver, con solvencia jurídica, las dudas en relación a las conductas que se podrían investigar por la justicia militar y frente a los estándares necesarios para resolver esas dudas; así como claridad frente al manejo de las escenas de los hechos dentro de operaciones militares ofensivas. Definitivamente el Consejo Superior de la Judicatura no ha mostrado solvencia en la solución de conflictos de jurisdicción durante 21 años, pues los estándares que aplica, son los de los DDHH, jamás los del DIH.

3. **En tiempo de guerra el fuero no es excepcional, el juez natural no es el ordinario necesariamente y no se puede argumentar desde un contexto regional o universal diferente.** La OACNUDH, durante su permanencia en Colombia, ha utilizado repetidamente el término “conflicto armado”, al igual que los términos “derechos humanos y derecho internacional humanitario” indistintamente. En nuestras investigaciones hemos demostrado que la ausencia de un marco constitucional y jurídico adecuado para la aplicación del uso de la fuerza en un contexto de conflicto

armado, ha generado problemas a nivel interno e internacional. Los DDHH son invaluable, trascendentales y referente obligatorio de la conducta de todos los seres humanos dentro de la sociedad, mucho más si estas personas son servidores públicos. Pero la descontextualizada observancia de los DDHH con total desprecio por el DIH, ha generado, desde el marco constitucional, una inseguridad jurídica que atenta contra los fines del Estado y el mantenimiento de derechos, libertades y garantías del pueblo colombiano. La OACNUDH argumenta desde los DDHH y utiliza un contexto de aplicación restrictiva del fuero militar propia de países en paz. La jurisprudencia internacional, las normas utilizadas para argumentar, el marco del derecho comparado, los estándares esbozados, son propios de países sin conflicto armado. Aceptamos que la orientación mundial sea a la desaparición del fuero, pero en Colombia ese debate ha sido mal planteado, desorientando a toda la comunidad nacional e internacional. No estamos en postconflicto.

4. **Siendo un deber Constitucional aplicar el DIH, en Colombia se aplican sólo los DDHH y sólo se menciona el DIH.** La reforma que se adelanta en el Congreso fue fruto del trabajo de una comisión integrada por personalidades nacionales, casi todas ellas expertas en temas jurídicos y con una experiencia invaluable. La OACNUDH ha resaltado siempre el papel de nuestra Corte Constitucional; nuestra jurisprudencia constitucional es referente internacional, incluso en el sistema universal de protección de los DDHH. Que tres ex magistrados de la Corte Constitucional, un ex viceministro de justicia conocedor del DIH, y dos generales de la República reconocidos por su objetividad, respeto, argumentación y

conocimiento, hayan determinado que era la hora de darle al DIH el sentido que efectivamente le brinda formalmente la Constitución, es una prenda de garantía de que la reforma se encuentra bien orientada. Es así como aún, teniendo el deber de aplicar el DIH por parte de los operadores judiciales y disciplinarios, la inseguridad jurídica es tal para la Fuerza Pública en Colombia, que un simple estudio del caso nos podría demostrar que los jueces, fiscales, procuradores, defensores, al desconocer el DIH, aplican sólo estándares de DDHH. Es el caso de la condena al Guerrillero alías “grannobles” por los hechos de Santo Domingo Arauca. Igualmente valdría la pena conocer cuántos casos por infracciones graves al DIH lleva la unidad de DDHH y DIH de la Fiscalía. ¿Cabría algún tipo de responsabilidad en esos casos? ¿Qué consecuencias jurídicas y judiciales se generarían por la inaplicación sistemática del DIH en casos judiciales y disciplinarios en Colombia? ¿Hay violación a los DDHH de los procesados por no aplicarse el fuero militar en un contexto como el colombiano?

B. El contexto, el prejuicio, la preponderancia de lo político sobre lo jurídico. La OACNUDH sostiene que el debate en torno a la reforma constitucional tiene más un fundamento ideológico y político, que objetivo y fáctico. Frente a este interesante punto valdría la pena indicar en la misma línea argumentativa de la OACNUDH, que estamos totalmente de acuerdo. La justicia penal militar y el fuero han sido atacados desde lo ideológico, lo político, el prejuicio, además utilizando contextos inexactos. Se ha satanizado el tema del fuero militar y la polarización demostrada para atacarla desdice, incluso, de la defendida parcialmente libertad de expresión. No en pocas ocasiones los defensores de un fuero militar desde estándares

del DIH hemos sido perseguidos, encasillados y puestos en la picota pública por no compartir la posición de algunos organismos y ONG'S. Pero veamos algunos temas puntuales. En la tesis doctoral laureada "estructura y atribuciones de las Fuerzas Militares Colombianas. Constitución, problemas socio - jurídicos y teoría Política", de la Doctora Margarita Cárdenas Poveda, actual directora de Pregrado en Derecho de la Universidad de la Sabana, se realizó un estudio de campo con 175 miembros activos de las Fuerzas Militares durante el año 2009, todos ellos oficiales superiores (Generales, Coroneles, mayores) que detentan mando y con el propósito de analizar problemas esenciales respecto de su misión Constitucional y legal; sobre como los percibía la sociedad, y además establecer elementos esenciales para un análisis socio - jurídico respecto a la problemática castrense actual. Se encontraron 19 palabras ampliamente utilizadas y repetidas por los entrevistados, 12 de ellas son palabras jurídicas como garantía, DIH, justicia, defensa, ley, derecho, penal, constitución, conflicto. Entonces, la seguridad jurídica es una preocupación real constante en los militares, no es una especulación ni una percepción. Uno de los seis problemas señalados por los entrevistados es el de la revisión de la justicia penal militar, así como el fortalecimiento jurídico de la institución castrense. Los entrevistados también afirmaron la existencia de graves problemas frente a la defensa institucional nacional e internacional, así como la defensa individual; el incumplimiento de políticas públicas en DDHH y DIH y el debilitamiento de regímenes especiales, como el castrense. Los mismos militares concluyeron que *"si se emplean métodos repudiables para combatir al enemigo, se genera desprestigio y caída de la imagen institucional, así como pérdida de confianza..."* Es decir, el militar en servicio activo así como la gran mayoría de los retirados son conscientes de la necesidad de cumplir con los límites que

imponen los DDHH; pero al mismo tiempo indicaron que existen falencias frente a la aplicación del DIH, lo cual llama la atención por la posición que se tuvo en su momento frente a la aprobación del Protocolo II de 1977. Es una constante en los entrevistados el aceptar que el episodio de los *"falsos positivos"* generó problemas graves y que ello, igualmente, ha causado la persecución abierta de todas las operaciones militares. El 81.1% de los entrevistados considera que hay que mantener la jurisdicción penal militar porque es esencial el conocimiento que tiene un militar o un policía cuando juzga frente al quehacer operacional y operativo. De paso se sostuvo como conclusión: *"independiente a quien lleve la investigación, lo esencial es que tenga conocimiento de operaciones militares y entienda la forma de actuar de las Fuerzas Militares"*. Frente a este punto cabe la siguiente pregunta: ¿En cuántas facultades de Derecho se enseña DIH como materia obligatoria, siendo un derecho y deber constitucional estudiar la Carta Magna donde este cuerpo normativo se encuentra incluido? El senador Roy Barreras demostró, en un debate en el Congreso, el año 2011, que ninguno de los fiscales de la unidad de DDHH y DIH tienen postgrado en DIH. ¿cuántos jueces, magistrados, procuradores conocen en realidad de SIH, operaciones militares y operativos policiales? El argumento de que los jueces en el mundo desconocen de muchas materias y que para eso están los peritos, no se puede extender al caso puntual colombiano por afectar, sistemáticamente y de forma generalizada, los valores, principios y preceptos del estado social de derecho, pues conlleva un problema estructural en la administración de justicia, en todos los extremos de las relaciones jurídico-procesales. Basta recordar, siguiendo a Couture, que la acción procesal es un tipo especial de derecho de petición, de cantera de un derecho fundamental y que al encontrar un problema estructural y transversal en la administración de justicia,

los procesos no se resolverán de fondo dentro de los términos procesales determinados en la norma, ni mucho menos dentro de plazos razonables, lo que se convierte, a la postre, en fuente de responsabilidad estatal. Las Fuerzas Armadas deben garantizar la convivencia de la comunidad y la seguridad desde una perspectiva multidimensional; no operar militarmente teniendo el deber de hacerlo, genera responsabilidades de todo tipo. El problema será siempre cómo aplicar el uso de la fuerza, en qué contexto hacerlo dentro de unas reglas de enfrentamiento claras y quién me va a juzgar ofreciéndome a plenitud garantías procesales universales, con criterios diferenciales de acuerdo con el contexto. En ese sentir, la jurisdicción ordinaria en casos de infracciones al DIH, que no constituyan crímenes de guerra, violenta el principio de Joinet y Decaux –expertos de la ONU sobre lucha contra la impunidad– denominado “*tribunal independiente e imparcial*”. De allí la necesidad de tribunales especiales y mixtos para resolver dudas y crear y analizar, adecuadamente, contextos; así como un tribunal de garantías que proyecte el principio de especialidad. El anterior es un problema jurídico que se debe resolver a nivel constitucional, pues, en la práctica, la justicia castrense está casi paralizada ya que el sistema de tendencia acusatorio no ha podido ser implementado desde hace más de dos años. Los mismos militares activos entrevistados son conscientes de que el fuero no debe extenderse para violaciones a DDHH y DIH. Entonces ¿cuál es el prejuicio que acompaña a los que atacan la reforma? ¿Será acaso que comparan nuestra justicia castrense con la de otros estados en la época de la guerra fría? Sostienen además los entrevistados en el trabajo de la Dra. Cárdenas: “*debe haber un momento en el cual podría conocerlo la justicia ordinaria, por aquello de la credibilidad*”. También indican esos mismos militares con verticalidad: “*No, los delitos del servicio deben ser investigados por la justicia*

penal militar, pero con imparcialidad. Lo que debe quedar claro es que los delitos cometidos fuera del servicio no pueden ser cobijados por el fuero.” Entonces, uno se pregunta, ¿Sí existe esta evolución en el pensamiento militar, específicamente en quienes comandan operaciones diariamente, será acaso que es ideologizada su posición de desprotección jurídica cuando se han visto varios casos de persecución desconsiderada por parte de algunos funcionarios judiciales o administrativos? El 81.7 % de los entrevistados consideran que el fuero militares una garantía funcional y no personal, no una condición de impunidad. Pero ¿por qué se sigue insistiendo en lo contrario?

C. El derecho de igualdad se aplica entre iguales, jamás entre desiguales. La Corte Constitucional colombiana, así como tribunales y otras instancias internacionales han desarrollado criterios sobre la aplicación del derecho fundamental a la igualdad. De tiempo atrás hemos venido escuchando el argumento según el cual los militares deben ser juzgados por la justicia ordinaria, habida cuenta de que no existe argumentación válida sustentada en un fuero que ha generado “impunidad”, para que las actuaciones de los militares sean juzgadas por otros militares, pues el “espíritu de cuerpo”, indefectiblemente, conlleva a parcialización. Detrás de éste debate propio de la “guerra fría” y sin desconocer casos puntuales donde la justicia penal militar en el mundo ha generado impunidad, vale la pena sostener:

1. En nuestra investigación publicada en FESCOL se demostró cómo Colombia, a pesar de estar en conflicto armado, sigue los principios de lucha contra la impunidad para tribunales militares de la ONU, propios de países en postconflicto, salvo el de que la Justicia Militar se pase a la rama judicial. Nuestra Constitución, la ley y otros actos administrativos han es-

tablecido que los miembros de la Fuerza Pública, no son deliberantes, no pueden hacer huelga, tienen un sistema prestacional y de salud diferentes; su disponibilidad es de 24 horas; están regidos por principios y valores especiales, que los hace diferenciarse de otros ciudadanos. Además la Fuerza Pública detenta el monopolio de las armas. La Constitución, la Ley estatutaria de administración de justicia y sus reformas, otras leyes y normas de inferior contenido establecen la existencia del fuero militar. Por lo anteriormente expresado, no se puede pretender aplicar el derecho de igualdad para que un militar sea juzgado por el sistema general de justicia y mucho menos para actos relacionados con el servicio, pues el comportamiento de cualquier ciudadano común (salvo otros casos especiales como los indígenas), dista, de manera dramática con el comportamiento de un militar o un policía dentro de un contexto de guerra. Es claro que violaciones masivas de DDHH y crímenes de guerra, no tienen vínculo funcional con el servicio.

2. El único código al que hace alusión la Constitución Política de Colombia es al código penal militar, y a pesar de la oposición del mismo sector por años, es considerada y aceptada por la jurisprudencia y la doctrina constitucional y procesal como una jurisdicción, siguiéndose el criterio funcional y no organicista.
3. La defensa ante la justicia penal militar, tal y como ya lo preceptúan leyes anteriores desde el año 2008, tiene que ser especializada, altamente capacitada, contextualizada y sobre todo separada de vaivenes políticos e ideológicos. En esas condiciones, dentro de un contexto como el nuestro, el sistema general de defensoría pública no garantiza la de-
- fensa técnica de militares y policías. Lo mínimo que los colombianos debemos hacer por nuestros soldados y policías es garantizarles un debido proceso real y no sólo formal.
4. El órgano judicial de cierre para la Justicia Penal Militar es la Corte Suprema de Justicia. La OACNUDH menciona dos casos donde esa instancia se ha pronunciado a favor de militares, obviamente frente a delitos contra el servicio; el primero por delitos de abandono del puesto y delito del centinela; y el segundo caso por un delito de concusión contra miembros de la Policía. Frente al tema vale la pena indicar: a. ¿Dos casos pueden demostrar la capacidad de defensa de un militar ante la justicia penal en Colombia? ¿Cuántas demandas de casación son inadmitidas anualmente? ¿Pueden los soldados, patrulleros, suboficiales y oficiales, salvo excepcionales casos cancelar los honorarios de un abogado casacionista? ¿Por qué la OACNUDH no cita ningún caso relacionado con la conducción de hostilidades?
5. Una investigación realizada al interior de la más grande entidad de defensa de miembros (solo del Ejército) de las Fuerzas Armadas en el año 2011 arroja cifras reveladoras en relación al problema de la defensa técnica. Frente a 216 contratistas encuestados entre abogados y peritos, se evidenció un 17% con formación técnica, un 16% con formación de pregrado, un 68% con formación de especialización y un 0% con formación de maestría y doctorado. Un 34% de los entrevistados habían terminado sus estudios de pregrado en un período de entre uno y tres años; 21% entre tres a cinco años; 17 % entre cinco a diez años y un 25% había terminado sus estudios de pregrado hacía más de 10 años. Ahí se puede verificar la experiencia real respecto a

un tipo de defensa tan especializado. El 71% de los contratistas, al momento de contestar la encuesta, no conocían el Derecho Operacional no obstante defender militares y el 96% de los entrevistados no había recibido ningún curso de educación no formal relacionado con temas relacionados con la defensa en los últimos 12 meses al momento de realizar la investigación. Traslados en proyección estas cifras a toda la Fuerza Pública y se podrá evidenciar que aquí tampoco existe una especulación. En el año 2008 se creó por Ley de la República el sistema de defensa militar y policial, y formalmente se reforzó en el 2010, pero ello, ¿Ha funcionado?

CONCLUSIONES

1. La reforma a la Constitución Política de Colombia no amplía el fuero militar, simplemente lo ajusta a un contexto como el colombiano.

2. Pretender indicar que la reforma generaría impunidad frente a violaciones de DDHH y graves infracciones del DIH es desconocer el precedente constitucional que ya ha fijado límites al fuero frente a ciertas conductas que jamás se pueden argumentar como ligadas con el servicio.

3. El límite del fuero militar, en un contexto como el colombiano, lo determina el DIH. Si un militar aplica DIH no tiene, en principio, por qué ser investigado por la justicia ordinaria.

4. Ni la Fiscalía de la CPI, ni las ONG'S críticas de la reforma, ni la OACUNDH, deben abrigar el temor que la reforma pueda enviar un mensaje equivocado a las Fuerzas Armadas. Dolorosamente ya se ha aprendido que el "fin no justifica los medios", y que sólo el fin constitucional permite la aplicación de medios legales y éticos".

5. Los militares y policías en servicio activo, como se demostró, aceptan que en los DDHH y en el DIH hay límites al fuero militar; pero no todas las conductas generadoras de infracciones al DIH, pueden ser juzgadas por la justicia ordinaria.

6. Argumentar desde un contexto que no es aplicable en Colombia, tomando como referencia estados que se encuentran en paz, no parece plausible y genera incertidumbre y la movilización de intereses de todo tipo, además de presiones políticas.

7. Colombia es respetuosa de los estándares internacionales de lucha para la impunidad en tribunales militares, la misma OACUNDH lo reconoce en varias de sus más recientes intervenciones.

8. Con la reforma ninguna investigación que esté adelantándose por la justicia ordinaria por hechos que representen violaciones a los DDHH y graves infracciones al DIH pueden pasar a la justicia militar.

9. Existe inseguridad jurídica para desarrollar la misión constitucional por parte de las Fuerzas Armadas y así se demostró en éste artículo. En Colombia no se aplica el DIH por parte de los operadores judiciales, administrativos, Ministerio Público y defensa y ese ha sido un problema estructural y transversal.

10. Algunos ataques desde tiempos atrás contra el fuero militar se sustentan en prejuicios, generalizaciones, satanizaciones. Jamás se pueden ocultar las miserias y consecuencias de una guerra de casi medio siglo, pero condenar y amenazar a priori una reforma como la presentada, no parece serio, como tampoco lo parece, salir a presionar con posibles sanciones económicas, militares, o de otro tipo; o indicar que si pasa la reforma Colombia, perderá todos los casos en tribunales internacionales. El Ministerio de Defensa, desde el año 2006 con seriedad, ha venido

implementando medidas para que ciertas actuaciones no se repitan jamás. El Estado Colombiano es respetuoso del derecho internacional.

11. Mezclar estándares, contenido, alcances y propósitos de los DDHH con el DIH, ha generado incertidumbre en todos los sectores de Colombia. La seguridad jurídica para operar militarmente se sustenta en la coherencia que debe existir entre lo político, lo jurídico y militar.

12. Las dudas que se susciten entre jurisdicciones deben ser resueltas con pleno conocimiento del Derecho Operacional, los estándares internacionales del DIH y los límites que fijan los DDHH.

13. La mejor forma de desarrollar los principios de la administración de justicia respecto al manejo de las escenas de los hechos, los actos urgentes y otras labores propias de la preservación de la evidencia y la cadena de custodia, perfectamente pueden ser solucionados por cuerpos mixtos, amparados por una Ley Estatutaria que requiere control previo de constitucionalidad para que se garanticen los DDHH.

14. La reforma al fuero militar implica, desde ya, la más profunda reforma al régimen carcelario y penitenciario militar y al fuero disciplinario militar como lo hemos estudiado desde hace algunos años.

15. El juez natural de un militar por conductas que se pueden desarrollar dentro de la conducción de hostilidades, no es el juez penal ordinario; el fuero militar no se restringe igual en un país en paz como en un país en guerra; juzgar a los militares y policías en tiempos de guerra por lo que hagan durante el combate exclusivamente con estándares de derechos humanos, es un despropósito.

16. No hay defensa técnica ni debido proceso, ni un tribunal independiente e imparcial en la actualidad en Colombia frente a

la actuación operacional de los miembros de las Fuerzas Armadas.

17. La exposición de motivos que ha presentado el Ministerio de Defensa para esta reforma, constituye una evolución abismal frente al tratamiento que se le había dado por años al DIH.

18. El actual Ministro de Defensa se encuentra en una gran encrucijada, pues es objeto de múltiples presiones nacionales e internacionales. El alto mando en su totalidad respalda la reforma y como se demostró, los militares activos creen que el fuero sí tiene unos límites, incluso, en tiempos de conflicto; así mismo buena parte de la reserva activa sigue estos postulados. Jamás la justicia militar podrá investigar delitos sexuales, genocidio, crímenes de lesa humanidad, ejecuciones extrajudiciales, torturas, tratos crueles, degradantes y humillantes y demás graves violaciones a los Derechos Humanos establecidas en el inciso 2° del artículo 3° de la reforma. Esta norma, que se erige como cláusula de competencia de la jurisdicción castrense, determina, de manera expresa y taxativa, qué conductas, por decisión del legislador, rompen ipso jure el vínculo con el servicio y deben, en todos los casos, ser de competencia de la Justicia Ordinaria. Reglas claras para la investigación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública colombiana y todo un blindaje constitucional contra la impunidad. Los colombianos debemos contribuir, efectivamente, a la defensa de las personas que nos permiten llegar todos los días a nuestros hogares. Como siempre lo hemos indicado, la defensa de los militares y policías no puede ser un negocio. Por ello, esa defensa la debe asumir el Estado de forma efectiva y eficaz para todos, en igualdad de condiciones.

19. Algunos defensores de derechos humanos deberían ser coherentes con los valores y principios de este marco normativo y

permitir el ejercicio del derecho de expresión sin generar persecuciones a través de diferentes medios. Lo anterior desdice de la labor que cumplen; resaltando además que la gran mayoría de defensores de DDHH con los que he trabajado, sin importar su ideología, cumplen una excelente labor.

20. Igualmente hay que acabar con el apasionamiento exacerbado en la defensa del fuero, manejando un negacionismo que en ocasiones rayana en la intolerancia. Negar que se han cometido errores es un despropósito. Hay que aceptar las consecuencias de la guerra, poner la cara y salir adelante. Éste año realicé un ejercicio de campo con

32 Comandantes de Batallón, a quienes les pregunte cuál era el principal problema de la Justicia Penal Militar y al unísono contestaron: “hay que separarla del mando.” En eso están empeñados los líderes del Ministerio de Defensa, en que haya transparencia real y no solamente formal respecto a este tema. Ésta es una invitación a que hayan nuevos argumentos y un debate democrático en torno al fuero. Valoramos sin duda alguna el liderazgo histórico del Ministro Pinzón y la actual cúpula militar y policial y la apertura a escuchar distintas posiciones. La reforma Constitucional nos lleva hacia el fuero militar que necesita Colombia.

LA ESPECIFICIDAD DEL DERECHO MILITAR URUGUAYO Y LA NECESIDAD DE UN DERECHO MILITAR EN LA INTEGRACION AMERICANA

Coronel (JM) Dra. Marta Iturvide Contich¹

INTRODUCCIÓN

El Código Penal Militar uruguayo prevé los delitos militares, agrupándolos acorde a la objetividad jurídica que vulneran. Fue modificado a partir de la vigencia de la Ley Marco de Defensa Nacional 18.650, por la que, además, se proyectó un nuevo Código aún pendiente de aprobación.

El mantenimiento del Derecho Militar y del delito militar es tan necesario como su constante actualización, y la creación por parte de las naciones del continente americano, de un Cuerpo único de disposiciones militares, constituirían un invaluable aporte en el escenario actual de integración.

LA ESPECIFICIDAD DEL DERECHO MILITAR URUGUAYO

Las transgresiones a los deberes y responsabilidades que imponen las normas legales y reglamentarias a quien tiene la calidad de militar y en general, todo acto lesivo contra la Institución castrense, se encuentran tipificadas, en nuestro país, en el Código Penal Militar, el que data del

1 Coronal de Justicia Militar y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Consejera de la Asociación Internacional de Justicias Militares (AIJM). Ex alumna del Centro de Estudios Hemisféricos de Defensa William J. Perry. Ha publicado varios trabajos en revistas especializadas como: "Humanitas et Militaris", "Justicia Militar & Memoria", "Security and Defense - Studies Review" y "El Jurista del Fuero Militar Policial". Distinguida con la Condecoración "Colar do Mérito Judiciario das Justças Militares Es-tauais".

año 1943, distinguiéndose tales infracciones de las que reprime el Derecho Común, por ser las primeras, especiales y específicas –en la actualidad– para una determinada clase de personas: aquellas que revisten estado militar, tanto como por los bienes jurídicos que protegen; estado militar que si bien otorga una serie de prerrogativas o derechos², también impone un conjunto de obligaciones³ que trascienden el concepto de deberes laborales para alcanzar la total actuación de la vida de quienes las ostentan.

Luego de su antecesor: el Código Militar de 1884, el Código Penal Militar define los ilícitos militares, previendo las sanciones para quienes los cometen, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra.

En la Parte Especial referente a los Delitos, se distinguen los ilícitos militares en VII Capítulos, acorde al bien jurídico que lesionan. Los Capítulos I al V se refieren a los delitos denominados doctrinariamente “estrictamente militares”, mientras que el Capítulo VI, tipifica los ilícitos llamados “objetivamente militares”.

Es así que en el Capítulo I, se mencionan los delitos que afectan la disciplina, tales como la Desobediencia, la Irrespetuosidad, la Insubordinación, el Motín, la Demanda Colectiva y la Rebelión.

En el Capítulo II, se tipifican los delitos que afectan la vigilancia militar y en el III, los delitos que afectan la regularidad del servicio militar (Omisiones en el Servicio, Deserción Simple de oficiales y de personal subalterno).

El Capítulo IV se refiere a los delitos que afectan la fuerza material de las Fuerzas Armadas, como Ataque a la fuerza material, el

cual enumera 30 hipótesis, la Deserción Calificada y el Espionaje; en tanto el Capítulo V trata de los delitos que afectan la fuerza moral de las Fuerzas Armadas: Ataques a la fuerza moral, detallados en 23 numerales.

En el Capítulo VI se individualizaban los delitos de derecho común que revestían el carácter de delitos militares (artículo 59), esto es, aquellos delitos del derecho común que, cometidos por militares, o en determinadas condiciones o circunstancias, eran considerados delitos militares.

El Codificador los tipificó teniendo en consideración, unas veces, la calidad del agente; otras, la calidad del daño y, otras, la motivación o etiología psicológica del hecho. Esta disposición fue derogada por la Ley Marco de Defensa Nacional N° 18.650 de 19 de febrero de 2010, permaneciendo vigente dentro de la competencia de la jurisdicción militar solamente los denominados delitos estrictamente militares.

El Capítulo VII, por su parte, establece quiénes pueden imponer castigos disciplinarios y cuáles son las faltas que justifican la aplicación de esos castigos, remitiéndose, en cuanto a la determinación de las mismas, a los Reglamentos de cada Fuerza, con sujeción a lo que se dispone en el propio Código (artículos 20, 27, 28, 61 y 62), respecto a cuándo proceden, en qué consisten, y cuáles son sus límites, naturaleza y efectos.

Esto es así porque los delitos militares, conforme a su gravedad, se dividen en delitos y faltas (artículo 2°), ocupándose los Reglamentos de las Fuerzas de la configuración y penalidad de las últimas, acorde a lo que se establece en el Código Penal Militar en los aspectos mencionados.

2 D.L. Orgánico de las Fuerzas Armadas N° 14.157 de 21/2/1974, Art. 62.

3 D.L. Orgánico de las Fuerzas Armadas N° 14.157 de 21/2/1974, Art. 61.

Estimo importante destacar, en este aspecto, las palabras de la Comisión Codificadora, plasmadas en la Exposición de Motivos que acompañaron la elevación del Proyecto de los Códigos (Penal Militar, de Organización de los Tribunales Militares y de Procedimiento Penal Militar), al Ministerio de Defensa Nacional en el año 1936, en cuanto al delito militar, las cuales, a pesar del tiempo transcurrido, mantienen toda su vigencia.

Para dicha Comisión Codificadora, la esencia del delito, estriba en la violación de un deber militar: “Así como existe un orden jurídico general, cuya transgresión en sus formas agravadas, da origen al delito común, existe también un orden jurídico militar que sólo atañe al Ejército y la Armada” (y a la Fuerza Aérea, debemos agregar, la cual fue instituida en 1953, posteriormente a la promulgación de los Códigos Militares), y cuyo quebrantamiento genera el delito militar”.

Se agrega que los deberes exclusivamente militares, cuya violación engendra el delito militar, son normas especiales destinadas a asegurar la eficiencia del Ejército, la Armada (y la Fuerza Aérea), “de tal modo extrañas en absoluto al derecho represivo, que si no se hallaran previstas por las leyes militares, no existiría el medio legal de imponer su cumplimiento con sanciones de orden punitivo”⁴.

El Código Penal Militar preveía que la gran mayoría de los delitos sólo podían ser cometidos por militares, prescindiendo, en ciertos casos, de esta condición o previéndose la posibilidad de que el sujeto activo sea un civil.

Y como pena o sanción principal prevista en el Código Penal Militar diferente de las que prevé el Derecho Común, cabe citar la de pérdida del estado militar, la cual consiste, según la propia definición legal (artículo 24), en la separación absoluta de las Fuerzas Armadas, complementada por la imposibilidad de obtener su reingreso.

A partir de la entrada en vigencia de la Ley Marco de Defensa Nacional N° 18.650⁵, sólo pueden cometer delito militar quienes revistan la calidad de militar, modificándose en este aspecto el Código vigente, y consecuentemente la competencia de la jurisdicción militar, correspondiéndole, en la actualidad, sólo el juzgamiento de delitos estrictamente militares cometidos por militares, mientras que los delitos comunes cometidos por militares, corresponden a la jurisdicción ordinaria.

En la Parte General del Código Penal Militar uruguayo sólo se incluyen los principios que constituyen una excepción al derecho común, complementándose con el Código Penal Ordinario. El transcurrir de los años, la evolución de la sociedad uruguaya, tanto como de las Fuerzas Armadas, los nuevos conceptos del Derecho Comparado y la progresiva incorporación del Derecho Internacional Humanitario en el Derecho uruguayo, han tornado en necesidad importante la actualización del Derecho Militar.

Con el objetivo de mantener una Justicia Militar especializada, pero integrándola al Poder Judicial, en el mes de setiembre de 2009, se creó una Comisión Redactora

4 República Oriental del Uruguay “Ministerio de Defensa Nacional” Supremo Tribunal Militar “Códigos: Penal Militar, de Organización de los Tribunales Militares, de Procedimiento Penal Militar” 1989. Ed. actualizada. Antecedentes. Exposición de motivos que acompañaron la elevación del Proyecto de Códigos, por parte de la Comisión designada a tal efecto, al Ministerio de Defensa Nacional en el año 1936, p. 11.

5 Ley Marco de Defensa Nacional N° 18.650 de 19/2/2010, Arts. 27, 28 y 31.

designada por Resolución del señor Ministro de Defensa Nacional, a efectos de proyectar un nuevo Código Penal Militar, de Organización de los Tribunales Militares y del Proceso Penal Militar⁶.

Respecto al proyecto de Código Penal Militar, en la elevación del mismo al Secretario de dicha Cartera, se expresó que la Comisión "...pretendió tipificar las hipótesis delictivas acorde a la realidad actual de la sociedad castrense y a la luz de la legislación comparada, sin perjuicio de nuestra idiosincrasia...", suprimiendo, creando o modificando disposiciones existentes, en lo que se consideró objeto de modernización o adaptación "...en base a la evolución ocurrida en las Fuerzas Armadas desde la vigencia del Código actual...", como expresáramos, desde 1943.

Se agrega que: "...en atención a las significativas características de los delitos que se juzgan, de la trascendencia de los valores y bienes jurídicos que se tutelan, así como del estado jurídico de los justiciables, quienes están investidos de obligaciones y responsabilidades diferentes a las del ciudadano común y cuyo incumplimiento apareja la incursión en un ilícito penal, desconocido y ajeno a la sociedad civil, es que se propugnan las modificaciones propuestas".

Conforme a lo dispuesto en la Ley N° 18.650, artículo 27⁷, se crea una Comisión integrada por representantes del Ministerio de Defensa Nacional (entre los que participamos miembros de la Justicia Militar), y de la Suprema Corte de Justicia, máximo órgano

del Poder Judicial uruguayo, a fin de implementar el traslado de funciones de la jurisdicción militar (hasta la fecha, independiente del Poder Judicial), a la ordinaria. Es entonces que se vuelve a proyectar un Código Penal Militar y un Código de Organización de los Tribunales Penales y del Proceso Penal Militar, derogatorios del régimen vigente.

Este proyecto fue elevado por el Poder Ejecutivo a la Asamblea General el 15 de marzo de 2011, encontrándose aún pendiente de aprobación. En el Mensaje de elevación se manifiesta que con el referido proyecto de Ley se da cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley 18.650 de 19 de febrero de 2010, Marco de Defensa Nacional. Se agrega que: "La Justicia Penal Militar es la encargada de aplicar el Derecho Penal Militar considerado como el conjunto de preceptos de naturaleza específica militar cuya violación determina la imposición de una pena. Es una disciplina normativa circumscripita al orden jurídico militar, que asocia al quebrantamiento de sus preceptos la aplicación de una sanción punitiva".

"Las normas del Derecho Penal Militar poseen un contenido específico y sus tipificaciones están justificadas por las características propias de las Fuerzas Armadas, para las cuales son fundamentales determinados valores como la disciplina, la subordinación, la obediencia y la jerarquía". "El Estado Militar íntimamente vinculado con los conceptos expresados, involucra y determina las normas jurídicas que regulan la conducta de militares".

6 Resolución N° 57.089 de 17/09/2009.

7 Ley Marco de Defensa Nacional N° 18.650 de 19/2/2010, Art. 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".

En el Código Penal Militar proyectado, se define en su artículo 2º, el delito militar de la siguiente manera: “Constituyen delitos militares, las acciones u omisiones, previstas como tales en la presente ley, siempre que fueren cometidas por militares en actividad”, y se entiende que revisten la calidad de militares en actividad (artículo 6º del citado proyecto), quienes “...posean dicha condición, conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma”.

En este proyecto se suprimen, crean, adecuan o modifican determinados ilícitos previstos en el Código Penal Militar actual, aunque no ingresaremos al análisis de ellos por cuanto –como se expresó– no ha sido aprobado hasta la fecha. Es evidente que desde que existe y mientras exista personal que revista estado jurídico militar, debe concurrir un orden jurídico específico que regule su actuación y que reprima y sancione las contravenciones al mismo. Y así como las responsabilidades, obligaciones y derechos de este personal difieren de los del ciudadano común, deben estar sujetos a un Derecho especial, diferente del Derecho común, que regule toda inconducta capaz de quebrantar el orden y la disciplina de las Fuerzas Armadas.

Pero este Derecho especial o específico, aplicable a determinada categoría de personas, debe estar imbuido del Derecho Humanitario y en consonancia, no sólo con los principios y fundamentos plasmados en la Constitución de la República, sino también, con los propugnados por el Derecho Internacional. Los delitos militares deben adecuarse, adaptarse, modificarse y hasta incluso suprimirse, creándose otros que comprendan nuevas inconductas, en bien del mantenimiento y fortalecimiento de la Institución Armada.

Nuestro Código Penal Militar data desde mucho tiempo. Si bien ha constituido y sigue siendo una poderosa herramienta para el sustento de los valores fundamentales de

las Fuerzas Armadas, amerita la modernización de su terminología, adecuaciones y actualizaciones de sus preceptos, supresión de algunos términos caídos en desuso y creación de otros que surgen de nuevas infracciones ocasionadas por conductas (sea por acción o por omisión) que provocan un desmedro de los bienes jurídicos que protege el Derecho Penal Militar.

NECESIDAD DE UN DERECHO MILITAR EN LA INTEGRACION AMERICANA

La sociedad uruguaya y la comunidad militar han cambiado, han evolucionado sobre todo influidas por la globalización y los medios de comunicación. Y también lo ha hecho la Institución armada, tanto como sus integrantes, ciudadanos de nuestra sociedad.

No hay duda de la necesidad de mantener el Derecho Militar. Pero el conjunto de normas que lo conforman debe permanecer en una constante actualización, acompañando la evolución del grupo social al que se aplica como en el que se desenvuelve; y complementado con los cambios que impone la comunidad regional o mundial, que sean compatibles o se adecuen a las características propias de nuestra colectividad.

El aunar en un Cuerpo de disposiciones militares transnacional, definiciones, fundamentos y principios basados en doctrinas y jurisprudencias de naciones hermanas; que prevea valores y bienes jurídicos a proteger, de distintas sociedades de la región pero similares o semejantes entre sí; y tal vez la descripción de un sinnúmero de acciones u omisiones comunes a diferentes países, violatorias o en desmedro de objetividades jurídicas castrenses, constituiría un invaluable aporte para el Derecho Penal y Procesal Militar, para el mantenimiento de su vigencia, actualización y modernización, tanto como un trascendental soporte para quien ostenta

la meritoria función de juzgar y sancionar a quien deshonra a la Institución Armada.

El contexto actual de proliferación de tratados, acuerdos y convenios entre países de la región, que propugnan la unidad americana, tanto política, económica o de seguridad, entre otros aspectos; la ayuda y colaboración de los distintos pueblos en desastres naturales, en la protección del medio ambiente, en el desarrollo cultural, laboral y científico, constituyen una señal del proceso de integración, cada vez más cercano, de las naciones del continente americano.

Las Fuerzas Armadas en América, que han sido parte de los procesos de cambio desde los inicios de las revoluciones

independentistas, están presentes en la ejecución de la gran parte de las actividades y tareas que enmarca ese proceso de integración. Las Justicias Militares y el nuevo Derecho Militar que las regula, no han de estar ajenos a esta realidad sino que deben acompañarla e incorporarse a ese camino marcado por los pueblos. Pero ese cambio no puede realizarse aisladamente sino que los doctrinarios y juristas especializados en el Derecho castrense, deberán dar su apoyo técnico al proceso político, para que esta rama especializada del Derecho y para que el delito militar, no sólo continúen existiendo sino sirviendo de marco regulador de la función de las Fuerzas Armadas, en el escenario actual de integración.

LOS NUEVOS ROLES DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

y de la Auditoría General de las Fuerzas Armadas, a la luz de la reforma del sistema disciplinario militar en la República Argentina

Dr. Eric Augusto Amsler¹

I. INTRODUCCIÓN

105

En la actualidad es posible encontrar dos grandes paradigmas que estructuran el derecho militar. Uno, que entiende al derecho militar como un *derecho foral*, en el sentido que establece una estructura especial, diferenciada y autónoma de la justicia ordinaria. Establece códigos penales militares especiales, aplicados mediante un sistema administrativo-judicial separado del ordinario, integrados por secretarios, jueces y procedimientos militares, y sin distinción clara de la diferencia conceptual entre delito militar y falta disciplinaria.

Este tipo de sistemas –que han imperado en los estados suramericanos desde el siglo XIX hasta nuestros días– han sido observados no sólo por varios tribunales supremos nacionales², sino también por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de

1 Abogado y docente de la Universidad Nacional del Litoral. Director de Programas, Dirección Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

2 En Bolivia: Sentencia Constitucional 0663/2004-R de 5 de mayo de 2004. En Colombia: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-251/02. 11 de abril de 2002. En Perú: Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Expte. 0012-2006-PI-TC, 15 de diciembre de 2006. En Argentina: Corte Suprema de Justicia de la Nación, “López, Ramón Ángel s/ recurso del art. 445 bis del Código de Justicia Militar –causa N° 2845–”, 6 de marzo de 2007.

Derechos Humanos³, en reiteradas ocasiones. Es que, en general, los sistemas de justicia militar autonomistas, presentan serias incompatibilidades con estándares básicos de respeto de los derechos humanos y, por ende, son irreconciliables con el proceso de democratización de las Fuerzas Armadas, en el que se encuentran inmersos el país y la región, en los últimos años.

Por otra parte, desde un paradigma distinto, han surgido políticas que pretenden transformar dichos sistemas de justicia militar e integrarlos al Poder Judicial ordinario, sosteniendo los principios, sistemas administrativos y ejecuciones jurisdiccionales, sin que esto conlleve olvidar las características diferenciales militares.

Se lo podría concebir como procesos de “ordinarización” de los tipos y procedimientos penales militares. Esto no significa desentenderse de las particularidades de los delitos militares –ya que son incluidos especificándolos en los códigos de fondo–, y menos aún significa extirpar de las Fuerzas Armadas sus sistemas de mando y disciplina. Este orden disciplinario puede estar regulado por reglamentos específicos, sin que haga falta la conformación de un sistema jurisdiccional militar autónomo.

Desde este paradigma surge una clasificación y diferenciación clave del derecho militar en dos subsistemas específicos.

El subsistema disciplinario y el subsistema penal.

“Mientras que el subsistema disciplinario militar se encarga de regular el comportamiento cotidiano de los integrantes de las Fuerzas Armadas sancionando las infracciones o faltas disciplinarias, el penal militar se encarga de estipular y sancionar actos considerados delitos propios de la función militar, en tanto afectan bienes jurídicos militares como la propia institución castrense, en el marco del sistema tradicional autonomista.”⁴

El presente artículo tiene como fin reflexionar sobre el funcionamiento del subsistema disciplinario militar en la República Argentina a partir de la reforma realizada por la Ley Nacional N° 26.394, en el contexto de una política de construcción de las Fuerzas Armadas como una institución estatal al servicio de la democracia y la protección de los derechos humanos.

II. LA LEY NACIONAL N° 26.394 Y SU CÓDIGO DISCIPLINARIO

La Ley N° 26.394 es la que ha transformado íntegramente el sistema judicial militar argentino. Esta modificación fue un importante avance en el proceso de democratización de las Fuerzas Armadas iniciado con la

3 Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69. Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135. Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209. Corte IDH. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68. Parr. 117. Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Uruguay. Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos. Informe sobre la situación de los derechos Humanos en Colombia.

4 Bermeo Lara, Dolores; Castañeda García, Ivette; Castro, Gustavo Fabián. “Radiografía del sistema de justicia militar en América Latina”. En Rial, Juan (Compilador), “La Justicia Militar. Entre la reforma y la permanencia”, 1era. ed., Buenos Aires, RESDAL, 2010, p. 34.

Ley de Defensa Nacional N° 23.554 del año 1988 y continuada por las directivas del Poder Ejecutivo, Decretos N° 727/06, 1691/06 y 1714/09. En este sentido, también deben destacarse las posturas desarrolladas por el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “López, Ramón Ángel”⁵ y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Argüelles”⁶ y “Correa Belisle”⁷.

Como una de sus principales reformas, la Ley 26.394 suprime el Código de Justicia Militar vigente desde el año 1951, acotando e incorporando los delitos militares al Código Penal de la Nación⁸. De esta forma se eliminan prohibiciones y tipificaciones que resultaban absurdas e intolerables desde una cultura basada en la diversidad y respeto a los derechos humanos. Como ejemplo más claro de esto, se destaca la erradicación de la pena de muerte prevista en el anterior Código de Justicia Militar, permitiendo a la Argentina cumplir con el Protocolo Facultativo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la eliminación de la pena de muerte.

Asimismo, se suprime el fuero penal militar permanente y se le da competencia a la justicia penal ordinaria para el tratamiento de la totalidad de los procesos judiciales por delitos militares, reservando la conformación de tribunales castrenses únicamente para

circunstancias excepcionales y sólo en caso de imposibilidad de intervención de la justicia civil ordinaria en el marco de un conflicto armado.⁹

En lo que respecta al tema central del presente trabajo, el subsistema disciplinario militar es modificado y rediseñado. Se establece como principio rector su aplicación para el “*eficiente servicio*” de las funciones, tareas y objetivos que la Constitución Nacional, las leyes dictadas en su consecuencia y las órdenes del Comandante en Jefe, le encomiendan a todo el personal militar de las Fuerzas Armadas.¹⁰

Por lo tanto, sólo se pueden aplicar sanciones cuando las acciones hayan interferido en la “*eficiencia o razón del servicio*”. Este principio representa el núcleo del nuevo sistema disciplinario, marca el camino de su aplicación e impide que se puedan sancionar acciones que no se funden en él. En otras palabras,

“...la razón de servicio es la que justifica todo el plus de limitaciones de la que son objeto los militares, a quienes no se les aplican por su condición de tales o por revestir esa cualidad, sino por el hecho de la función que desarrollan. Estas restricciones, comunes en la legislación internacional –y que en el Código nuevo han sido adecuadas según los

5 “López, Ramón Ángel s/ recurso del art. 445 bis del Código de Justicia Militar –causa N° 2845–”, 6 de marzo de 2007.

6 CIDH. Informe N° 40/02. Petición 12.167. Admisibilidad. Argüelles y otros vs. Argentina, 9 de octubre de 2002. CIDH. Presentación del caso Argüelles y otros vs. Argentina, Petición 12.167 a la Corte IDH, 15 de junio de 2012.

7 CIDH. Informe N° 2/04. Petición 11.758. Admisibilidad. Rodolfo Correa Belisle vs. Argentina, 24 de febrero de 2004. CIDH. Informe N° 15/10. Caso 11.758. Solución Amistosa. Argentina. Rodolfo Correa Belisle vs. Argentina, 16 de marzo de 2010.

8 Ver Anexo I Ley 26.394.

9 Ver Anexo III Ley 26.394.

10 Art. 1, Anexo IV de la Ley 26.394.

estándares exigibles hoy en día– se establecen para asegurar los bienes constitucionales eminentes de la seguridad del Estado y de la defensa nacional, finalidad que se alcanza por medio de un bien jurídico instrumental, como es la disciplina militar, tradicionalmente entendida como ‘el buen funcionamiento de los ejércitos.’”¹¹

Además del principio de eficiencia en el servicio, deben destacarse algunos puntos trascendentales que representan las principales innovaciones que la Ley N° 26.394 estableció en el sistema disciplinario militar:

1.- La introducción de los principios de proporcionalidad¹², última ratio¹³, fundamentación¹⁴ y doble imposición¹⁵, todos en clara consonancia y complementariedad con el principio de eficiencia en el servicio y con los parámetros mínimos de toda atribución sancionadora.

2.- El especial énfasis en garantizar en los procedimientos –ya sean por falta leve, grave o gravísima– el derecho a defensa y la

posibilidad de solicitar la revisión de la sanción por un superior.¹⁶

3.- La previsión de manera taxativa y restrictiva de las faltas gravísimas –que acarreen la destitución–, limitando el margen de discrecionalidad de los sancionadores¹⁷. Las mismas sólo podrán ser aplicadas por un Consejo de Disciplina –órgano colegiado– mediante instancias escritas y orales que aseguran el derecho de defensa y el asesoramiento militar y letrado¹⁸. Dichas sanciones podrán siempre ser revisadas judicialmente¹⁹.

4.- La creación de un registro público de sanciones disciplinarias, de modo de transparentar el ejercicio de poder disciplinario, para permitir el control interno y ciudadano²⁰.

5.- La inclusión del acoso sexual como falta grave²¹, y el acoso sexual por un superior como falta gravísima²², estableciendo una clara postura frente a la vulneración de derechos en razón de género²³.

Por último, debe destacarse que el sistema disciplinario militar se encuentra

11 Norberto Musich, “Fuerzas Armadas y Derechos Constitucionales”, en Revista de la Defensa, Ministerio de Defensa de la Nación Argentina, N° 3, Buenos Aires, 2009.

12 Art. 2, inc. 6, Anexo IV de la Ley 26.394.

13 Art. 2, inc. 3, Anexo IV de la Ley 26.394.

14 Art. 2, inc. 9, Anexo IV de la Ley 26.394.

15 Art. 2, inc. 5, Anexo IV de la Ley 26.394.

16 Art. 32, Anexo IV de la Ley 26.394.

17 Art. 13, Anexo IV de la Ley 26.394.

18 Art. 31, Anexo IV de la Ley 26.394.

19 Art. 33, Anexo IV de la Ley 26.394.

20 Art. 45, Anexo IV de la Ley 26.394.

21 Art. 10, inc. 9, Anexo IV de la Ley 26.394.

22 Art. 13, inc. 26, Anexo IV de la Ley 26.394.

23 En este mismo sentido, se eliminan las sanciones que significaban un claro detrimento de los derechos de libertad de orientación sexual. Por ejemplo, el artículo 765 de la anterior regulación estipulaba que “El militar que practicare actos deshonestos con persona del mismo sexo dentro o fuera de lugar militar, será degradado y condenado a prisión, si fuere oficial; reprimido con prisión menor y destituido, si fuere suboficial o clase; y si fuere soldado será condenado a prisión menor. (...)”.

enmarcado en el ámbito estrictamente militar. Esto significa que sólo el personal militar en actividad será pasible de sanciones disciplinarias²⁴, y que, en principio, sólo los sujetos con potestad disciplinaria son aquellos que tengan el comando sobre sus subordinados directos²⁵.

III. EL ROL DEL MINISTERIO DE DEFENSA EN EL ESQUEMA DEL NUEVO CÓDIGO DISCIPLINARIO

Existen dos instancias ministeriales que cumplen una valiosa función de asesoramiento, seguimiento y control en busca de garantizar el correcto funcionamiento del sistema disciplinario, la unificación de criterios interpretativos y el respeto a los derechos humanos de todo el personal militar.

Su intervención resulta trascendental para el cumplimiento del proceso de democratización de las Fuerzas Armadas y su sistema disciplinario, así como para reafirmar la subordinación militar a las autoridades constitucionales y a sus políticas civiles, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución Nacional.

La primera es creada y reglamentada en la misma ley de justicia militar y es la Auditoría General de las Fuerzas Armadas. La otra se encuentra regulada mediante decretos del Poder Ejecutivo, sancionados en el mismo tiempo de la reforma de la administración de justicia militar, y que dieron origen a la Dirección Nacional de Derechos

Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

a. La Auditoría General de las Fuerzas Armadas

La Ley N° 26.394 y el Decreto N° 2666/12 que derogó las reglamentaciones internas y provisorias que habían surgido a partir de la nueva ley de justicia militar, rediseñaron el sistema de justicia militar en general y el sistema disciplinario en particular. A los efectos de garantizar su entrada en vigor y correcto funcionamiento, era necesario un órgano especializado y dinámico encargado de guiar y encabezar técnicamente el nuevo sistema.

Es por ello que se creó el Servicio de Justicia Conjunto encabezado por la Auditoría General de las Fuerzas Armadas. Su titularidad es ejercida por un oficial superior de los servicios de justicia de las Fuerzas Armadas, designado por el Presidente de la Nación, a propuesta del Ministro de Defensa²⁶. Es de destacar que tanto el Auditor General como el resto de los integrantes de la Auditoría dependen, a todo efecto, del Ministerio de Defensa²⁷, lo que afianza y consolida el principio de conducción civil.

El Auditor General de las Fuerzas Armadas tiene la facultad de fijar las condiciones y procedimientos de ingreso como oficial auditor del servicio de justicia conjunto, así como determinar los contenidos concernientes a dicho ingreso y a los cursos de formación y especialización²⁸.

24 Aunque debe aclararse que existen situaciones donde se aplique a personas que no se encuadren dentro del personal militar activo como el caso del personal militar retirado cuando se encuentre afectado al servicio. Ver art. 3, Anexo IV de la Ley 26.394.

25 Aunque debe aclararse que existen situaciones de excepción como cuando existen razones fundadas en el mantenimiento del estado general de disciplina, donde el superior jerárquico podrá sancionar directamente. Ver art. 6, Anexo IV de la Ley 26.394.

26 Art. 1, Anexo V de la Ley 26.394.

27 Art. 10, Anexo V de la Ley 26.394.

28 Art. 11, Anexo V de la Ley 26.394.

Asimismo, a fin de cumplir con su función y cometido, puede solicitar informes a todo oficial auditor en cualquier repartición de las Fuerzas Armadas que cuente con oficiales auditores, y hasta tiene la potestad de realizar inspecciones en dichas dependencias²⁸.

Específicamente en lo que respecta al subsistema disciplinario, la Auditoría General posee competencias de control integral del funcionamiento del sistema disciplinario, y debe presentar un informe anual con sus conclusiones tanto al Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas como al Ministro de Defensa²⁹.

Debe destacarse, asimismo, la atribución que posee de emitir circulares³⁰. Las circulares son comunicaciones normativas que estipulan interpretaciones, informaciones y directivas técnico-jurídicas generales y obligatorias para todos los auditores de las Fuerzas Armadas, quienes se encuentran obligados a conocerlas y aplicarlas, pudiendo también solicitar aclaraciones, en caso de duda³¹.

En definitiva, la renovada Auditoría General de las Fuerzas Armadas es un órgano fundamental en la dinámica de la aplicación del sistema de justicia en general y del sistema disciplinario en particular. Pero, además de la conducción técnica-jurídica de dicho sistema, resulta necesaria también una conducción ministerial que represente la política de defensa y promoción de los derechos humanos.

b. La Dirección Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

Esta Dirección, que depende directamente de la Secretaría de Estrategia y Asuntos Militares, fue creada poco antes que la ley de justicia militar, lo que acredita una política estatal en materia de Defensa coherente y promotora de la justicia y los derechos humanos.

El vínculo resulta claro y se encuentra explícito en la misma estructura orgánica del Ministerio de Defensa, en cuanto el Decreto N° 1451/08 asigna a la Dirección Nacional la atribución de:

“Elaborar, coordinar y supervisar la intervención del área de Defensa en la aplicación y cumplimiento de las normas locales y las Convenciones y Tratados Internacionales relativos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.”

No caben dudas de que no sólo el origen de la Ley N° 26.394 se encuentra ligado a los derechos humanos, sino, también, sus principios y contenidos, los cuales inspiran y plasman las distintas normas del sistema de administración de justicia militar.

En efecto, la Dirección Nacional es, junto a la Auditoría General, la repartición encargada de diseñar, implementar, controlar y evaluar el conjunto de políticas públicas necesarias para poner en marcha la ambiciosa reforma que significó la Ley N° 26.394, en

28 Art. 13, Anexo V de la Ley 26.394.

29 Art. 7, Anexo IV de la Ley 26.394.

30 Art. 14, Anexo V de la Ley 26.394.

31 Art. 14, Decreto Reglamentario N° 2666/12.

todos sus aspectos: normativos, logísticos, institucionales y doctrinarios.

Reafirmando dicha política, a fines de ese mismo año, mediante la Resolución Ministerial N° 154 del 29 de diciembre de 2008, se creó como apertura inferior de la Dirección Nacional, la Dirección de Programas, con el propósito de:

“Asistir a la Dirección Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en la implementación y puesta en funcionamiento y monitoreo del nuevo sistema de justicia militar.”

En tal Resolución se observa, claramente, la íntima relación entre los objetivos y las competencias de la Dirección Nacional, principalmente a través de su Dirección de Programas, con el sistema de administración de justicia militar instituido por la Ley N° 26.394 y reglamentado por el Decreto N° 2666/12.

En esta dinámica, la Dirección de Programas recepciona, tramita, supervisa, insta y sigue actuaciones disciplinarias, ante las presentaciones que sean formuladas tanto por el personal militar como por cualquier persona que haya sentido vulnerado su derecho a trato igualitario, a la no discriminación, acoso laboral u otra situación pasible de infringir sus derechos y garantías, dentro del marco de las competencias establecidas.

La Dirección de Programas actúa diariamente y de manera conjunta con las Fuerzas Armadas y con la Auditoría General de las Fuerzas Armadas en todos los casos que, de alguna manera, se relacionen con la aplicación del sistema internacional, regional y nacional de los derechos humanos; cuestión que cruza transversalmente todo el sistema de justicia militar.

Dentro de la órbita de la Dirección Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario se encuentra –además de la Dirección de Programas– la Dirección de

Políticas de Género, cuyo análisis y descripción excede los límites de este trabajo, pero que, a modo informativo, se aclara que también participa de la aplicación del régimen de justicia militar en aquellas situaciones donde se presume la vulneración de derechos en razón de género.

CONCLUSIONES

La Ley N° 26.394 modifica de raíz todo el sistema de justicia militar de la República Argentina. Diseña un nuevo esquema enmarcado en un paradigma opuesto al anterior, transfiriendo el derecho penal militar de la estructura militar a la jurisdiccional tal como mandan los estándares internacionales de derechos humanos.

En cuanto al sistema disciplinario militar, traza un esquema normativo más completo, dinámico, y moderno. Dispone como principio motor el de la “eficiencia del servicio” e introduce como ejes del sistema el derecho de defensa, de revisión de las sanciones, de fundamentación y de igualdad de género.

Para garantizar su correcta aplicación y fiscalización, se introducen dos instancias que completan el régimen disciplinario. Dichas instancias representan, directamente, al Ministerio de Defensa y, por ende, al Poder Ejecutivo nacional, y reafirman el principio de conducción civil de las Fuerzas Armadas.

En definitiva, este nuevo esquema normativo permite garantizar a todos los miembros de la Fuerzas Armadas un sistema disciplinario previsible, transparente y democrático, aplicado por auditores formados, asesorados y supervisados por un órgano ministerial como la Auditoría General de las Fuerzas Armadas, adecuado a los principios internacionales de los derechos humanos a instancias de la Dirección Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA LEGISLACIÓN PENAL MILITAR ESPAÑOLA

(Antecedentes y breve análisis del Proyecto
de Nuevo Código Penal Militar)¹

Antonio Millán Garrido²

I. INTRODUCCIÓN

Antecedentes

Los primeros antecedentes de la legislación penal militar española se encuentran en la Edad Media dispersos en el Fuero Juzgo, el Fuero Real, los Fueros municipales y las Partidas. No obstante, es comúnmente aceptado que, en sentido estricto, el Derecho militar surge con la aparición de los Ejércitos permanentes. Hasta entonces, los núcleos armados tenían carácter temporal, por lo que los propios preceptos penales a ellos referidos se dictan esporádicamente, como respuesta a demandas concretas y sin pretensión de llegar a constituir una normativa estable. Es en las postrimerías del siglo XV, tras la creación de los primeros cuerpos armados profesionales con organización permanente y especialización de sus integrantes, cuando comienzan a promulgarse las Ordenanzas, particulares primero y generales después, que contuvieron rigurosos regímenes penales dirigidos especialmente a mantener la disciplina de las unidades creadas.

1 Texto de la conferencia impartida por su autor el día 28 de octubre de 2014 en el Auditorio del Tribunal Supremo Militar Policial de Perú.

2 Doctor en Derecho por la universidad de Sevilla. Diplomado en Derecho Penal Militar por la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército. Miembro del Cuerpo Jurídico Militar de España (Comandante Auditor). Profesor universitario, investigador, experto en Derecho penal militar, en Derecho mercantil y en Derecho del deporte. Autor de numerosas publicaciones en esos campos del Derecho. Ha recibido múltiples distinciones por su vasta trayectoria académica.

Entre las Ordenanzas españolas destacaron las denominadas Primeras de Flandes, dadas por Alejandro Farnesio en 1587 y las Segundas de Flandes, publicadas en 1701 por orden de Felipe V, las que dieron paso a las “Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos”, las famosas Ordenanzas de Carlos III, promulgadas por el Conde de Aranda en 1768. Este texto supo captar perfectamente el espíritu de la profesión militar y el sentido del honor castrense, lo que determinó su prestigio y pervivencia. Es más, de sus principios se derivaría una determinada concepción del Ejército y las normas que habían de regirlo, postulada y defendida, en ciertos sectores, hasta finales del siglo XX. En la Armada, por su parte, rigieron las Ordenanzas de 1748 hasta su sustitución por las de 1793.

114

Este marco normativo básico careció, no obstante, de estabilidad, dadas las constantes reformas y profusa legislación complementaria. Como comentaba un autor de la época, a los pocos años de publicadas las Ordenanzas, “apenas quedaba un artículo que no hubiera sido mutilado, añadido o reformado, no por una sino por multitud de reales órdenes, contradictorias las más de las veces, entre las que era casi imposible el acierto, pues nunca se estaba seguro de haber dado con la última”. A esta situación trató de hacerle frente el movimiento codificador.

En efecto, aunque la Constitución de 1812 reconoció la subsistencia de las Ordenanzas, generó la preocupación por terminar con la dispersión normativa, con la diversidad de fueros y con el extremado rigor punitivo que caracterizaban la legislación militar de la época. Surgieron así varias propuestas, entre las que destacaría el Proyecto Llorente (1850), el Informe de Díaz Vela (1855), los trabajos de Núñez de Arenas (1856) y el Proyecto Sichar (1872), que, tras diversas vicisitudes, pero con escasas modificaciones, se

convertiría en nuestro primer Código penal militar, un gran y acertado texto que, sin embargo, tendría escasa vigencia.

El Código penal del Ejército de 17 de noviembre de 1884, conforme a la pauta marcada por el Código penal de 1870, entonces vigente, depuró con acierto su contenido, simplificó la compleja regulación de algunos delitos y, en cuanto a la penalidad, mitigó el excesivo rigor ordenancista, asumiendo así una estimable línea de progreso, en la que quedaron erradicadas muchas viejas normas punitivas castrenses incompatibles ya con las ideas de la época. Motejado por algunos de “Código paisano con gorra de cuartel”, este texto constituyó, por sus principios básicos y la técnica utilizada, una legislación penal militar muy superior a la contenida en los dos códigos que le sucedieron.

El Código penal militar fue, en efecto, derogado por nuestro primer Código de Justicia Militar, que, aprobado por Decreto de 27 de septiembre de 1890, comportó, en gran medida, un retorno al sistema ordenancista. Sustancialmente, al restablecer el máximo rigor de las penas y marginar principios penales básicos en aras del mantenimiento de la disciplina. Formalmente, al integrar en un solo texto las leyes penales y las orgánico-procedimentales, con inclusión de abundantes disposiciones disciplinarias.

Este Código, que regía también para el Ejército del Aire desde su creación en 1939, así como el Código penal de la Marina de Guerra de 1888, fueron derogados y sustituidos, tras la Guerra Civil, por el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945.

El Código de 1945 no supuso ningún progreso con respecto a la legislación anterior, al ser, especialmente en el orden penal, el resultado de la refundición del viejo Código de Justicia Militar de 1890 y del Código penal de la Marina de Guerra de 1888. Realmente, el único objetivo de este Código fue la

unificación de la Justicia militar en los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire.

Técnicamente, se trató de un texto único, que contenía las leyes orgánicas, procesales y penales, así como, sin delimitación precisa, toda la normativa disciplinaria y materias diversas, de carácter administrativo o civil, cuya inclusión no respondía más que a razones históricas. El texto contenía, por demás, normas a veces contradictorias entre sí, otras imprecisas, algunas reiterativas y muchas innecesarias.

En su aspecto sustancial, el Código de 1945 continuó fiel al espíritu de las Ordenanzas, dominando ante todo la idea del mantenimiento de la disciplina, si bien, ante las especiales circunstancias políticas en que surge, asumía de igual forma la defensa no ya del propio Ejército, sino la del Estado y de la Nación, lo que comportaba, por una parte, la vulneración de principios penales indiscutidos en la legislación común y, por otra, una hipertrofia del Derecho penal militar respecto al cual se olvidaba su fundamento último: la específica tutela del potencial bélico (defensivo, si se quiere) del Estado.

Con todo, el texto, al que no puede negarse un considerable pragmatismo, se mantuvo incuestionado durante años, al amparo de un régimen político, cuyo final marcaría, asimismo, su decadencia.

Sería, en efecto, con el advenimiento de la democracia y la promulgación de la Constitución en 1978, cuando se abordaría la reforma de la Justicia militar en España, reforma que, en lo que respecta a la legislación penal, se concretaría en el vigente Código de 1985.

II. EL CÓDIGO VIGENTE

A. La reforma de la Justicia militar española tiene su origen en los Pactos de la Moncloa y, más concretamente, en los Acuerdos sobre el Programa de Actuación Jurídica y Política aprobado el 27 de octubre de 1977.

Entre los objetivos de política legislativa a que se contraían tales Acuerdos, figuraba la reforma parcial y urgente de la legislación penal y procesal militar con el fin de adaptarla a las exigencias propias de la nueva realidad democrática.

Ello condujo a una primera reforma general del Código de Justicia Militar, que, operada por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de diciembre, introdujo, con confesado carácter transitorio, las innovaciones más perentorias en el texto, a la vez que se marcaban las pautas para la reforma integral.

Tal reforma se inició, precisamente, con la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el vigente Código penal militar. Con él se ponía fin, en lo que a las leyes penales militares respecta, a una etapa sustancialmente regresiva.

El Código de 1985 contiene, en efecto, una legislación nueva, que responde a una filosofía radicalmente distinta, derivada de los principios constitucionales y las líneas marcadas por la moderna ciencia jurídico-penal y seguidas en la mayoría de las legislaciones pertenecientes a nuestro ámbito sociocultural.

Como características básicas del vigente Código pueden señalarse, en lo que respecta a la técnica legislativa, la separación de las leyes penales de las orgánicas y procesales, así como la rigurosa delimitación de lo penal y lo disciplinario, ámbitos estos confundidos en el texto de 1945. De conformidad con este planteamiento, la Justicia Militar la integran básicamente los siguientes cuatro textos:

- Código penal militar (LO 13/1985, de 9 de diciembre).
- Ley de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LO 4/1987, de 15 de julio).
- Ley Procesal Militar (LO 2/1989, de 13 de abril)

- Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Debe advertirse, al respecto, que la vigente Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, que sustituyó a la LO 12/1985, de 27 de noviembre, será en breve derogada y sustituida por un nuevo texto que, remitido a las Cortes el 10 de mayo de 2013, se encuentra pendiente de aprobación por el Senado.

Sustancialmente, el Código de 1985, a diferencia de los que le precedieron, se limita, de acuerdo con el principio de especialidad de la ley penal militar, a consignar sus particularismos. Ésta es la principal innovación, de la cual deriva el planteamiento general del texto. Dado, sin embargo, que, como veremos, es el principio que se alega para justificar el Proyecto, conviene que nos refiramos a él con algún detalle y precisemos el grado de materialización en el Código vigente.

B. Según hemos apuntado, la legislación penal militar nace en España, como en casi todos los países, como un sistema de normas independiente, esto es, con autonomía y propia sustantividad, pero poco a poco va evolucionando hacia textos formalmente complementarios, que comportan el reconocimiento sustancial de los mismos principios informadores de la legislación general.

Esta moderna y hoy generalizada concepción de la legislación militar es acorde con la teoría institucionalista de las fuerzas armadas, conforme a la cual el ordenamiento interno militar tiene su límite en el principio de la unidad del ordenamiento jurídico. Las fuerzas armadas no son simplemente una parte de la Administración del Estado y por ello disponen de un ordenamiento interno con especificidades propias y particularismos reconocidos, pero tampoco son una entidad completa en sí misma (*sociedad perfecta*, se decía), con un poder normativo originario que le faculte para una autorregulación al margen del ordenamiento estatal.

Las fuerzas armadas, como precisa la doctrina, son, pues, una institución, no un sujeto de derecho; no existe una voluntad de las fuerzas armadas distinta de la voluntad del mismo Estado como poder político organizado. Y por ello las normas de las fuerzas armadas no son una manifestación de su autonomía, sino que constituyen una parte del ordenamiento jurídico del Estado, emanada del poder legislativo y subordinada a los principios constitucionales. Los órganos políticos, administrativos y técnicos de las fuerzas armadas forman parte del poder ejecutivo del Estado, y la justicia militar forma parte del Poder Judicial del Estado.

Esto es, las fuerzas armadas –se reconoce hoy de forma unánime– están dotadas de un verdadero y propio sistema de normas jurídicas (el ordenamiento militar), pero esta legislación es complementaria respecto a la legislación común y se inserta en el marco general de la legislación del Estado (de la que forma parte), de acuerdo con el principio de unidad del ordenamiento jurídico.

A estas premisas responde el principio de especialidad –y consiguiente complementariedad– de la legislación penal militar.

En España, ya el tratado II del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, si bien era un texto integral, de hecho venía fuertemente condicionado por el Código penal, como lo prueba la reforma de 1949, precisamente para adaptarlo a la ley común. Simplemente, en muchos de sus preceptos (especialmente de parte general) el texto castrense prefería la copia a la remisión. Con todo, en lo sustancial, es evidente que el Código de 1945 no respondía, en su conjunto, a los mismos principios que informaban el Código penal y, en ese sentido, era un texto autónomo y no complementario.

El principio de especialidad es reconocido por vez primera en nuestro ordenamiento por el vigente Código penal militar de 1985.

No obstante, el texto sólo puede calificarse de parcialmente complementario.

En efecto, en 1985 el legislador, partiendo de que la ley penal militar es especial y, por ende, complementaria de la ley común, optó por incluir en el Código punitivo castrense sólo aquellas disposiciones que le son propias o necesarias, en especial los tipos penales que describen los delitos militares, remitiéndose, en lo demás, al Código penal común.

Pero tal determinación, como ha destacado la doctrina, no alcanzó pleno desarrollo. Y ello por dos motivos:

- a) En primer término, por el momento de indefinición que atravesaba la legislación penal, de forma que el Código militar (para complementar sus normas) debió tener en cuenta unas veces el entonces vigente Código penal de 1973 y, otras, el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980 o la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983. En definitiva, se elaboró una ley especial sin conocer con seguridad cuál era o iba a ser la ley común.

Ello originó discordancias en temas tan relevantes como la determinación de las penas o el encubrimiento. Éste se regula en el Código militar en vigor como una forma de participación (según lo hacía el Código penal de 1973) y no como un delito autónomo, según viene configurado en el vigente Código penal de 1995.

En algunas otras materias, la indefinición de la legislación común hizo que se optase por evitar la remisión a un texto que realmente se desconocía, impidiendo un mayor grado de complementariedad.

- b) En segundo término, el mantenimiento de algunas normas fue una *concesión* al estatuto militar y a los sectores más conservadores de la sociedad, que veían

con preocupación el “desmantelamiento” del Código de Justicia Militar. No debe olvidarse que, en la transición, la reforma de la legislación militar estuvo, en muchos momentos, presidida por el pragmatismo (lo que comportó un buen grado de eclecticismo) y el deseo de que no se interpretase como una brusca ruptura con el pasado.

El resultado, en lo que ahora nos interesa, fue un Código complementario con preceptos superfluos y duplicidades innecesarias, cuya extensión (197 artículos), como advierte la doctrina, se aproxima más a la del tratado II del derogado Código de Justicia Militar de 1945 (232 artículos) que a la de la mayoría de los textos penales militares contemporáneos (por ejemplo, los 48 artículos de la Ley penal militar alemana o los 57 del Código Uniforme de Justicia Militar de los Estados Unidos).

C. El Código de 1985 fue, pues, demasiado cauteloso en la materialización del principio de complementariedad e, indudablemente, presenta otras deficiencias en órdenes diversos. Pero ello no obsta para que su valoración deba ser altamente positiva. El Código de 1985 asume plenamente los principios de legalidad y culpabilidad, que, junto a los de igualdad y retroactividad de la ley penal más favorable, se resaltan, de modo innecesario, en los cuatro primeros artículos del texto. Por otra parte, la reducción de las clases de penas, la considerable atenuación y flexibilidad de las privativas de libertad y otras innovaciones obedecen a los criterios dominantes de política criminal, a veces impuestos por imperativos constitucionales.

El Código vigente es, en definitiva, un gran texto penal, al que, en todo caso, debe reconocerse cómo, al margen de otras consideraciones, logra su principal objetivo: conferir una protección efectiva a los medios y fines de las Fuerzas Armadas dentro del más

escrupuloso respeto a los principios comúnmente admitidos en las sociedades democráticas.

Otra cosa es que, pese a ello, sea necesaria su reforma. A ella tiende el Proyecto de nuevo Código penal militar.

III. EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL MILITAR

A. Planteamiento

Desde su promulgación hace casi treinta años, el Código penal militar ha sido objeto de reforma en siete ocasiones (Leyes Orgánicas 4/1987, 2/1989, 13/1991, 11/1995, 3/2002, 7/2007 y 12/2007), si bien sólo revistieron trascendencia las llevadas a cabo por la Ley del Servicio Militar y por la Ley de Abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra.

No hubo, en cambio, demanda alguna de reforma sustancial, al reconocerse de forma generalizada que el Código era un buen texto, que satisfacía las necesidades de las fuerzas armadas y en el que los escasos problemas suscitados en su aplicación contaban ya con un cuerpo de jurisprudencia determinante de oportunos criterios rectores y seguras líneas interpretativas.

Pese a ello, en septiembre de 1997 se culminó un Anteproyecto de Código penal militar encargado al General Consejero Togado J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto y en el que participamos una docena de especialistas. La propuesta seguía la orientación del Anteproyecto de la Asociación Nacional Italiana de Magistrados Militares, que, en su momento (1993), traduje e incluí en mi trabajo “La reforma de la legislación penal militar en Italia”.

Nuestro Anteproyecto, siguiendo al italiano, utilizaba el concepto de delito militar como instrumento determinante del propio ámbito de la legislación castrense, lo que, con una técnica normativa más depurada,

comportaría la simplificación del texto penal militar. De hecho, el borrador constaba tan sólo de ochenta y tres artículos, tres adicionales, tres transitorias, una derogatoria y una final.

Aunque este Anteproyecto no prosperó en su momento por las razones apuntadas (y, en suma, porque se cuestionó la oportunidad de una reforma que al final del siglo XX no se consideraba necesaria), en dicho texto y, mediatemente, en la propuesta de la Asociación Nacional italiana de Magistrados Militares, tiene su origen un nuevo Anteproyecto español dado a conocer, en su primera versión, a comienzos de 2013 y del que fue también responsable el General Rodríguez-Villasante, ahora Asesor del Ministerio de Defensa. La segunda versión de este Anteproyecto, en la que se incluyen muchas de las observaciones formuladas por el Consejo General del Poder Judicial, es de 31 de enero de 2014. Este texto, con algunas modificaciones resultantes del dictamen del Consejo de Estado, fue aprobado finalmente por el Consejo de Ministros el 25 de julio último y remitido a las Cortes para su tramitación parlamentaria. El Proyecto de Ley ha sido publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, número 110-1, del pasado 5 de septiembre.

La orientación del Proyecto sigue siendo la misma que la del Anteproyecto de 1997 y el contenido no presenta diferencias sustanciales. Lo único que han cambiado son las circunstancias, que ahora, ciertamente, hacen más necesaria la reforma. Veamos cuáles son esas circunstancias que justificarían la promulgación de un nuevo Código.

B. Justificación

El nuevo Código da respuesta formalmente al mandato del Parlamento contenido en la disposición final 8ª, apartado 3, de

la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, según la cual, “el Gobierno deberá remitir al Congreso de los Diputados un proyecto de ley para la actualización de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código penal militar”.

Dicha actualización se ha hecho necesaria por diversas razones sustanciales que se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos del Proyecto y que son las siguientes:

1. El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del Código vigente, casi treinta años, en los que se ha producido un cambio sustancial de las circunstancias y fundamentos técnicos, sociales y estrictamente jurídicos en los que se basó el texto de 1985.

De modo concreto, han determinado tal cambio sustancial el proceso de modernización de la organización militar, la profesionalización de las fuerzas armadas, el nuevo modelo estructural y de despliegue territorial de la fuerza y la permanente participación de unidades militares españolas en misiones internacionales fuera de nuestro territorio, integradas en unidades multinacionales y en organizaciones supranacionales.

2. La exigencia de dar cumplimiento a las obligaciones convencionales asumidas por España, en particular las relativas a la prevención y castigo de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario y las derivadas de la ratificación por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, del Estatuto de la Corte Penal Internacional.
3. La necesidad de culminar el proceso de depuración del Código, de acuerdo con su naturaleza de ley especial y, en consecuencia, complementaria de la ley

común, esto es, del Código penal. Conforme a tal principio, del que ya me he ocupado y que constituye la línea directriz del Proyecto, el nuevo Código debe acoger en su articulado “únicamente los preceptos que no tienen cabida en el texto común o, aun teniéndola, requieren una previsión singular que justifique su incorporación a la ley militar dentro del ámbito estrictamente castrense que preside su reconocimiento constitucional”.

4. La exigencia de incorporar nuevas figuras delictivas que otorguen protección penal al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los militares, por imperativo de la referida Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las fuerzas armadas.
5. La necesidad de coordinar el Código penal militar con el nuevo régimen disciplinario de las fuerzas armadas que, en trámite parlamentario, sustituirá al establecido por la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre.
6. La conveniencia de introducir diversas reformas de orden técnico derivadas de la experiencia en la aplicación del Código de 1985, además de una general adaptación terminológica a un lenguaje técnicojurídico más actual y de común aceptación.

Son razones más que suficientes para justificar el Proyecto, que, desde ya, podemos afirmar que atiende, en mayor o menor medida, a todos los aspectos apuntados en lo que es, no una propuesta de mera reforma, sino el proyecto de un nuevo Código, acorde con los postulados generalmente aceptados en nuestro ámbito sociocultural y con las exigencias actuales de las fuerzas armadas españolas.

C. Ámbito de aplicación

El Código penal militar es de aplicación (art. 1.º) a las infracciones que constituyen delitos militares (las infracciones disciplinarias se rigen por su legislación específica). En este punto se presentan como cuestiones más debatidas (por su alcance competencial) las derivadas de la posible aplicación del Código (lo que comporta la sujeción a la jurisdicción castrense) a quienes no ostentan la condición de militares, así como a los miembros de la Guardia Civil. Me refiero a ambas cuestiones con brevedad.

a) De acuerdo con el artículo 117.5 de la Constitución, la jurisdicción militar debe limitarse al “ámbito estrictamente castrense”, de ahí que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, básicamente contenida en su Sentencia de 14 de marzo de 1991, los delitos que se incluyen en el Código penal militar deben corresponder a ese ámbito. Ello comporta que, en principio, el sujeto de los delitos militares será un militar, pero en ocasiones podrá serlo un civil, cuando el interés protegido por la norma sea estrictamente militar y así lo requiera. En tal sentido se pronunció el Tribunal Constitucional, en la Sentencia indicada, y también el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 23 de enero de 1992, conforme a la cual, “en general, la condición militar del sujeto activo será un elemento relevante (pero no determinante) para definir el concepto de lo estrictamente castrense”.

Con base en estos principios, el Código proyectado contiene delitos en los que, sin necesidad de que medie conflicto armado o estado de sitio, el sujeto activo puede ser un civil. Son los delitos de allanamiento de dependencia militar (art. 29), contra centinela (art. 34), contra la Admón. de Justicia Militar (art. 82.1), hurto, robo, apropiación indebida o daños de armamento o material de guerra (art. 84.3), y receptación respecto de delitos militares (art. 88).

Tal posibilidad de incriminación de civiles por la legislación militar está siendo objeto de crítica en algunos sectores políticos y sociales, con base especialmente en el Informe Decaux (Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de la ONU), según el cual, el Estado debe asegurarse de que los civiles acusados de una infracción criminal de cualquier naturaleza, sean juzgados por tribunales civiles.

No obstante, en este debate, ciertamente mediático, que continuará a lo largo de toda la tramitación parlamentaria, debe tenerse en cuenta no sólo que el Informe Decaux no es vinculante, sino también y especialmente que, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el enjuiciamiento de civiles por tribunales militares, en sí mismo, no viola el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950. Así se ha pronunciado, entre otras, en su Sentencia de 9 de junio de 1998

Y, desde luego, en nuestro ordenamiento, el artículo 117.5 de la Constitución lo único que exige, como se ha apuntado, es que los delitos previstos en el Código penal militar pertenezcan al ámbito estrictamente castrense, algo que, en mi opinión, se cumple con suficiencia en los diversos tipos del Código proyectado en que los civiles pueden resultar directamente afectados.

b) En cuanto a la aplicación del Código penal militar a la Guardia Civil, el texto proyectado (art. 1. 4 y 5) mantiene los principios del artículo 7 bis del vigente Código, interpretado conforme a una amplia y precisa doctrina de la Sala de Conflictos de Jurisdicción y de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, generada en los años 2009 y 2010. De acuerdo con la misma, establece que el Código se aplicará a los miembros de la Guardia Civil:

1. En tiempo de conflicto armado, durante la vigencia del estado de sitio, en el cumplimiento de las misiones de carácter

militar que se les encomienden y mientras se encuentren integrados en unidades de las fuerzas armadas.

2. Cuando se trate de delitos que afecten a la disciplina, la relación jerárquica y demás bienes jurídicos propios del orden castrense (que, a requerimiento del Consejo de Estado, han sido enumerados en el artículo 1.5 del Proyecto), excluyéndose, en todo caso, las infracciones cometidas en el ejercicio de funciones de carácter policial.

En mi opinión, estos principios son acordes con el carácter y la estructura militar de la Guardia Civil, que exige, en definitiva, su sujeción al Código en tanto no se trate de actos del servicio propios de las funciones de seguridad ciudadana o de naturaleza policial propias del Cuerpo.

D. Parte General

La Parte general (libro I) es objeto de una significada reducción del articulado (23 artículos), debido a la profundización del principio de especialidad y a la depuración del texto, en el que se eliminan numerosas disposiciones innecesarias. Así, se suprimen los actuales artículos 1.º a 4.º, que recogen los principios de legalidad, culpabilidad, igualdad e irretroactividad de la ley penal, la cláusula de salvaguardia del artículo 5.º del Código vigente, o las normas sobre extinción de responsabilidad penal y sobre la responsabilidad subsidiaria del Estado.

Aunque hay múltiples novedades (por ej., entre las definiciones se sustituye la locución tiempo de guerra por la de *en situación de conflicto armado* o, entre las atenuantes, se suprime la de “breve estancia en filas”), me voy a ocupar solamente de tres temas: la noción de delito militar, el tratamiento de la obediencia debida y algunas cuestiones relativas a las penas.

1. Delito militar

Siguiendo la orientación, ya apuntada, de la propuesta de la Asociación Nacional de Magistrados Militares italianos y la anterior de Rodríguez-Villasante, el Proyecto se basa en un nuevo concepto de delito militar, determinante no sólo del ámbito de aplicación del propio Código, sino de la competencia de la jurisdicción militar, conforme al cual reciben dicha consideración no sólo los tipificados en la propia ley militar, sino algunos otros previstos en la ley penal común, que, por su comisión en determinadas circunstancias, afectan a intereses militares esenciales.

Así, en el Proyecto de Código penal militar (art. 9.º), son delitos militares:

1.º Las acciones u omisiones dolosas o imprudentes previstas en el Libro Segundo del Código. Pero en este libro se prevén los delitos:

- a) Por tipificación expresa. Son los *delitos militares específicos*, que o bien ofenden sólo intereses castrenses, sin guardar relación con los delitos comunes, o bien lesionan bienes jurídicos castrenses y comunes pero con una clara prevalencia del interés militar sobre el común.
- b) Por remisión al tipo penal común. Son delitos previstos en el Código penal, que, en determinadas circunstancias, adquieren carácter militar. Son *delitos militares especiales*.

2.º Cualesquiera otras acciones u omisiones cometidas por un militar y tipificadas en el Código penal como:

- Delitos de traición, delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incluidas las disposiciones comunes, siempre que se perpetraren con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica

9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

- Delito de rebelión, en caso de conflicto armado internacional.
- Delitos de prevaricación de los funcionarios públicos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, incluidos en el Título XIX como delitos contra la Administración Pública, siempre que se cause perjuicio o riesgo a los intereses del servicio o de la administración militar, y concurra la infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

En estos casos, el límite máximo de las penas establecidas en el Código penal se incrementará en un quinto, salvo cuando la condición de autoridad o funcional del sujeto activo ya haya sido tenido en cuenta por la ley al describir o sancionar el delito.

Una nueva noción de delito militar que, si por una parte, permite ampliar el número de los tipos penales de naturaleza castrense, por otra posibilita una mayor adecuación al principio de complementariedad, así como una efectiva reducción del articulado de la parte especial del Código.

2. Obediencia debida

La eximente de obediencia debida desapareció del Código penal español en 1995, por considerarse que, conforme a los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución, no es

posible admitir en nuestro ordenamiento jurídico la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios, y en aquellos supuestos en que se trata de órdenes sustancialmente antijurídicas pero con apariencia de legalidad, la conducta del sujeto que, por desconocimiento o apreciación falsa, la acata siempre podría reconducirse al error sobre la propia ilicitud de su conducta (art. 14 CP).

El Código penal militar, en 1985, consideró de aplicación la obediencia debida, si bien de forma muy restrictiva, al establecer que “no se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución” (art. 24), fórmula coincidente con las contenidas en el derogado artículo 34 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y en la regla 11.^a del artículo 4.1 de la Ley de la Carrera Militar.

El Anteproyecto, si bien de forma más restrictiva aún, mantuvo en su primera versión la eximente de obediencia debida al disponer, en su artículo 8.2, que “será punible toda acción u omisión constitutiva de una infracción penal ejecutada por un militar en cumplimiento de una orden, salvo que: a) el subordinado no conozca su ilicitud; y b) la orden no fuera manifiestamente ilícita”, una forma de responsabilidad penal condicionada similar a la prevista en el artículo 33 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

El párrafo fue, sin embargo, suprimido en la segunda versión del Anteproyecto (enero 2014). Y es que, como se sostuvo desde diversas instancias, no existen razones sustanciales que justifiquen tal mantenimiento de la obediencia debida como circunstancia de exención de la responsabilidad en el futuro Código penal militar.

En efecto, según hemos indicado, de conformidad con los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución, no cabe admitir en nuestro ordenamiento la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios. Y, desde luego, en el ámbito militar, entre las atribuciones que corresponden al superior nunca puede encontrarse la facultad de ordenar la comisión de actos contrarios a la legalidad: la ley debe primar sobre la autoridad, ya que ésta precisamente se fundamenta en el propio ordenamiento jurídico.

En aquellos supuestos en que, por no ser manifiesta la ilegalidad del mandato, el subordinado cree obligatoria la orden y la cumple, sería de aplicación, como ya se ha apuntado, el artículo 14 del Código penal, según el cual, el error determina la exclusión de la responsabilidad criminal.

En definitiva, cabe calificar de acertada la supresión del originario párrafo 2.º del artículo 8.º del Anteproyecto, al ser una previsión que, sin fundamento, se apartaba de la ley común, contrariando el (seguido) principio de especialidad de la ley militar.

Sin embargo, la supresión de la obediencia debida exige, a mi entender, la modificación de los artículos 44.3 y 76, párrafo 2.º, del Proyecto.

El primero de dichos preceptos, tras la tipificación del delito de desobediencia, establece que, “no obstante, en ningún caso, incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que *manifiestamente* constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción *manifiesta, clara y terminante* de una norma con rango de ley o del Derecho Internacional de los conflictos armados” (precepto que se reproduce en el artículo 76 para el incumplimiento de consigna).

Tal previsión supone que, a sensu contrario, incurrirán en responsabilidad penal

los que desobedezcan una orden si ésta entraña la ejecución de actos que constituyan delito pero “no manifiestamente”. Y también incurrirán en responsabilidad penal quienes desobedezcan una orden que infrinja una norma sin rango de ley o, incluso con tal rango, cuando la infracción no sea “manifiesta, clara y terminante”.

Esto es, tales mandatos, pese a ser sustancialmente antijurídicos, conforme al artículo 44 del Proyecto (inspirado en el artículo 410.2 del Código penal), son obligatorios, porque quien no los cumple responde por delito de desobediencia. Y, si conoce la ilegalidad, no podrá ampararse en el artículo 14 del Código penal (error), como tampoco en una eximente de obediencia debida que ya no la contempla el texto propuesto.

No resulta, por ello, coherente que, por una parte, se suprima la obediencia debida, porque, de acuerdo con los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución, los mandatos antijurídicos nunca son obligatorios en nuestro ordenamiento y, por otra, se establezca que quien incumple determinadas órdenes antijurídicas (las que comportan un delito, aunque no de forma manifiesta, y las que infringen la legalidad, aunque no de forma manifiesta, clara y terminante) es responsable del delito de desobediencia.

En mi opinión, admitida en el Derecho español la inexistencia de mandatos antijurídicos obligatorios y, por ello, suprimida la obediencia debida como circunstancia eximente, resulta obligado reconocer que, “en ningún caso incurrirá en responsabilidad criminal el militar por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que constituyan delito o comporten una infracción del ordenamiento jurídico”. Ésta debería ser la redacción del artículo 44.3 del Proyecto y, en su caso, la del párrafo 2.º de su artículo 76.

3. Penas

a) Clases

El Proyecto simplifica el sistema de penas para adecuarlo al Código penal, clasificándolas en graves y menos graves:

- a) Son penas graves la prisión superior a tres años, la pérdida de empleo y la inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar.
- b) Son penas menos graves la prisión de dos meses y un día a tres meses, la de tres meses y un día a tres años y la suspensión militar de empleo de tres meses y un día a tres años, así como la multa de dos a seis meses.

1. La pena de *prisión*, que tendrá una duración máxima de veinticinco años, se cumplirá en establecimiento penitenciario militar, salvo que sea por delito común que comporte la baja en las Fuerzas Armadas o en la Guardia Civil, en cuyo caso se extinguirá en establecimiento penitenciario ordinario, con separación del resto de los penados.

En situación de conflicto armado, las penas privativas de libertad impuestas a militares podrán ser cumplidas en cometidos que el mando militar designe, en atención a las exigencias de la campaña y de la disciplina. Esta medida se ha venido considerando imprescindible, porque, de otra forma, la pena podría ser incluso buscada para eludir los riesgos y fatigas propios de la campaña. Su redacción plantea, sin embargo, problemas de legalidad por su indeterminación, razón por la que debería concretarse el régimen de esta forma excepcional de cumplimiento.

2. La pena de *inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar* priva al penado, con carácter permanente, del mando de éstos.

3. Además de las penas accesorias previstas en el Código penal, son de aplicación

en los delitos militares, la pérdida de empleo y la suspensión militar de empleo.

La *pérdida de empleo*, que se impone al militar condenado a pena de prisión de más de tres años, es de carácter permanente, produciendo la baja del penado en las Fuerzas Armadas o en la Guardia Civil, con privación de todos los derechos adquiridos en ellos, salvo los pasivos que pudieran corresponderle. Para los alumnos de la enseñanza de formación, esta pena produce además la baja en el centro docente, con la pérdida de la condición de alumno.

La pena de *suspensión militar de empleo*, que se impone al militar condenado a pena de prisión de hasta tres años, privará de todas las funciones propias del mismo durante el tiempo de la condena, tiempo que no será de abono para el servicio y en el cual el militar condenado permanecerá inmovilizado en su empleo en el puesto que ocupe.

- b) Las penas de multa y trabajos en beneficio de la comunidad

1. La *multa* no figuraba inicialmente en el elenco del artículo 11 del Anteproyecto en su primera versión, al no estar prevista como pena en ninguno de los delitos tipificados de forma expresa en el libro II, esto es, en los delitos militares específicos, si bien la jurisdicción militar *podrá* imponerla en los delitos previstos mediante remisión al tipo penal común (delitos especiales) o en los delitos comunes que, por ser su autor un militar, se consideran militares (art. 9.2), cuando tales infracciones lleven aparejada dicha sanción pecuniaria. En tales supuestos podrá imponerse la multa, si bien, “valorándose la trascendencia del riesgo que su imposición pueda entrañar para el mantenimiento de la disciplina”, los tribunales militares podrán sustituir la sanción pecuniaria por la pena de prisión de dos meses y un día a tres meses (art. 21).

La cuestión básica que se planteó, al respecto, es si no sería conveniente establecer la multa como posible pena de algunos delitos militares. Especialmente en infracciones culposas cuando ello no resulte lesivo para la disciplina. Fue la propuesta de la Fiscalía Togada, que, acogida por el Consejo General del Poder Judicial, fue aceptada por el prelegislador a partir de la versión 2.^a del Anteproyecto.

Realmente hoy se considera que la multa satisface los fines de prevención general sin los inconvenientes de las penas cortas de privación de libertad. Siendo así y cuando, por otra parte, como acabamos de ver, el propio Anteproyecto contemplaba la imposición de la multa si así viene previsto en el Código penal y ello no entraña riesgo a la disciplina, creo que, con las debidas cautelas, era razonable admitir, como así ha sido, la posibilidad de castigar con multa determinadas infracciones militares específicas de escasa entidad para las que resultan inadecuadas las penas cortas de libertad, estando sólo justificadas en aquellos supuestos en que así lo exija el mantenimiento de la disciplina.

La idoneidad de las sanciones económicas para castigar infracciones militares fue ya admitida por el régimen disciplinario de la Guardia Civil y ahora por el proyectado régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, que incorpora como sanción la pérdida de retribuciones.

Por tanto, debe considerarse acertada la rectificación del prelegislador, incluyendo la multa de dos a seis meses entre las penas militares menos graves y asignándola –siempre como pena alternativa– a delitos de menor gravedad.

2. En cambio, no comparto la propuesta del Consejo General del Poder Judicial de considerar los *trabajos en beneficio de la comunidad* como posible pena para determinados delitos militares, por ser inapropiada

para el ámbito militar, así como por la dificultad de inserción del penado en sectores como los propuestos (contingentes internacionales o prevención de incendios) que requieren indudable preparación y la libre voluntad de asumir los cometidos asignados.

De aquí que considere acertada la previsión (imperativa) del artículo 21 del Proyecto, según el cual, “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 prisión de dos meses y un día a tres meses”.

c) Formas substitutivas de ejecución y libertad condicional

1. En materia de *formas substitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad*, el Proyecto mantiene el criterio del Código vigente, al permitir tanto la suspensión de condena como la sustitución propiamente dicha “a los penados que, en el momento de la firmeza de la sentencia, no tengan la condición de militar”, pero no a los que ostenten dicha condición (art. 22.1).

Al respecto, convengo con el Consejo General del Poder Judicial en que debería ponderarse la posibilidad de suspensión y la de sustitución (por multa) a los militares condenados a penas cortas privativas de libertad, siempre y cuando fuese de forma restrictiva y con la sustitución no resulte afectada la disciplina.

2. También se mantiene el criterio del Código vigente respecto a la *libertad condicional*, que “se aplicará cualquiera que sea la condición del penado” (art. 22.2).

d) Parte Especial

En la Parte Especial, me limito a destacar algunas de las innovaciones más relevantes y a formular algunas consideraciones:

1. En el Título I, entre otros, se regulan, como *delitos contra la Seguridad y la Defensa Nacionales*, los delitos contra centinela, autoridad militar, fuerza armada o policía militar y las injurias a la organización militar, figuras éstas que no afectan a la seguridad y defensa nacionales, sino a la seguridad de las Fuerzas Armadas y el normal y ordenado desenvolvimiento de las funciones militares, razón por la cual deberían agruparse en un título independiente, que podría llevar por título “Delitos contra la institución militar”.

2. El Título II prevé los *delitos contra la disciplina* y, entre ellos, el insulto a superior y el abuso de autoridad. En ambos casos –y es la innovación más significativa– se abandona la configuración de sus distintas formas como delitos cualificados por el resultado, con previsión de un tipo básico cuya pena no comprende la que pueda corresponder por los resultados lesivos que se produzcan, los que serán calificados conforme a las previsiones del Código penal, dando lugar al correspondiente concurso real de delitos.

En otro orden, se ha rectificado el criterio mantenido en la primera versión del Anteproyecto, conforme al cual, las coacciones, amenazas, calumnias e injurias a superior sólo se consideraban delitos militares cuando se realizasen en presencia del superior o ante una concurrencia de personas, por escrito o con publicidad. En el nuevo artículo 43, estas conductas constituyen siempre infracción penal militar (porque resulta indudable que se trata de acciones que, en todo caso, afectan a un bien jurídico esencial en las Fuerzas Armadas, cual es la disciplina), aunque se prevea una sanción más leve en los supuestos en que no concurren las indicadas circunstancias. Técnicamente sería más correcta la consideración de un tipo básico y su posterior agravación por las circunstancias concurrentes.

3. El Título III, que regula los *delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales*

y de las libertades públicas, constituye una de las novedades más relevantes del Anteproyecto con la que da cobertura penal a los principios contenidos en la Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas, cuya disposición final 8.ª, apartado 3.º, es precisamente la que exige formalmente la reforma proyectada.

Estos delitos contemplan actuaciones de un militar contrarias a la libertad, el honor o la dignidad de otro militar del mismo empleo (algo que debiera precisarse en el artículo 50). Tales conductas cometidas contra un superior constituirían supuestos de insubordinación y, siendo el sujeto pasivo un subordinado, el delito sería de abuso de autoridad.

4. En el Título IV, que regula los *delitos contra los deberes del servicio*, se incluye, como delito contra la eficacia en el servicio, el tráfico de sustancias estupefacientes, siendo ésta una de las innovaciones más destacadas del Código proyectado.

En efecto, con base en la realidad criminológica y siguiendo la legislación comparada, el Proyecto incrimina el tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas cuando tales hechos son cometidos por un militar en instalaciones militares, buques, aeronaves, campamentos o durante ejercicios o maniobras, al ser éstas circunstancias que afectan indudablemente a la eficacia en la prestación del servicio y comportan un riesgo evidente para quienes utilizan armas y medios cuyo manejo requiere un especial deber de cuidado.

La incriminación se hace con remisión a las penas establecidas en los artículos 368 a 371 del Código penal, que se incrementarán en un quinto de su límite máximo, salvo que el lugar de comisión o la condición funcional o de autoridad del sujeto activo haya sido tenida en cuenta por dicho Código al describir o sancionar el delito.

5. En el Título V se regulan, en un único precepto, los *delitos contra la Administración de Justicia*, con remisión a los tipos previstos en los artículos 446 a 471 del Código penal, que serán delitos militares cuando se cometan en relación con delitos y procedimientos militares o respecto a los órganos judiciales militares. Las penas serán las mismas previstas en la legislación común, salvo en el caso del quebrantamiento de condena cometido por el interno de un establecimiento militar, en el que la pena verá incrementada en un quinto su límite máximo.

La remisión es acorde con el principio de especialidad y con el planteamiento general del Proyecto y evita los problemas interpretativos derivados de la doble tipificación.

6. En el Título VI y último, dedicado a los *delitos contra el patrimonio en el ámbito militar*, como novedad, se incorporan, con la consideración de delitos militares, los de hurto, robo, apropiación indebida, estafa o daños en instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, campamentos o durante ejercicios u operaciones, castigándose con las penas previstas en el Código penal, incrementado su límite máximo en un quinto. La razón de esta *militarización* de conductas que pueden tener por objeto enseres o efectos privados está, como destaca el Consejo General del Poder Judicial, en la afección de la eficacia de las Fuerzas Armadas y la incidencia en el servicio que la realización de estas conductas conllevan cuando se cometen en lugar militar.

IV. CONCLUSIÓN

La propuesta de un nuevo Código penal militar resulta conveniente y oportuna porque, al margen de dar cumplimiento al mandato parlamentario, supone un avance con respecto a la legislación vigente y así ha sido reconocido, en general, por la doctrina.

Sustancialmente se mantiene el núcleo básico del Código de 1985, que ha demostrado su efectividad en los últimos treinta años, pero a la vez se atiende a nuevas exigencias de incriminación en el ámbito estrictamente castrense, ya sea para tutelar con mayor efectividad el propio servicio militar, o ya sea para proteger adecuadamente el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los militares.

Por otra parte, el Proyecto profundiza en los principios del Código de 1985, particularmente en el de especialidad –y consiguiente complementariedad– obviando tanto la repetición innecesaria de normas contenidas en el Código penal como la previsión de preceptos no justificados por la propia especialidad.

Sólo de esta forma puede afirmarse con rigor, que la legislación penal militar es complementaria de la legislación común, insertándose en el marco general de la legislación del Estado, de acuerdo con el principio de unidad del ordenamiento jurídico.

En otro orden, la aplicación rigurosa del principio de especialidad lleva al prelegislador a conformar la noción de delito militar no sólo por tipificación expresa, sino, también, por remisión a las descripciones típicas del Código penal, de forma que sólo serán delitos específicos (descritos en el libro II del Código) aquellos que carezcan de correlación con los delitos comunes. La conversión de determinados delitos comunes cometidos por militar en infracciones penales militares constituye una buena técnica para resolver duplicidades e interpretaciones contradictorias.

Obviamente, el Proyecto presenta también carencias y aspectos deficitarios, algunos de los cuales han sido señalados. Cabe esperar que los mismos sean objeto de debate y, en su caso, corrección a lo largo de la tramitación parlamentaria.

BIBLIOGRAFÍA

- MILLÁN GARRIDO, A. *Justicia Militar*, 9.^a edición, Ariel, Barcelona, 2012, pp. 21-54.
- MILLÁN GARRIDO, A. “La reforma de la legislación militar en Italia (El Anteproyecto de la Asociación Nacional de Magistrados Militares)”, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 61 (1993), pp. 67-93. Asimismo publicado en *Derecho Penal y Criminología* (Universidad Externado de Colombia), núm. 53 (1994), pp. 55-79, en *Criminalia* (Academia Mexicana de Ciencias Penales), t. XLI, núm. 3 (1995), pp. 147-175, y en *Revista Jurídica* (Trujillo, Perú), núm. 134 (1996-1999), pp. 327-351.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. “El Código Penal Militar”, en *Revista General de Derecho*, núm. 499 (1986), pp. 1257-1309.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. “El Derecho militar del siglo XXI: un proyecto de Código penal militar complementario”, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 77 (2001), pp. 91-133.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. “El Anteproyecto (2013) de Ley Orgánica de Código penal militar”, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 100 (2013), pp. 87-116.

APUNTES PARA UNA JUSTICIA MILITAR COMPARADA

Arturo Antonio Giles Ferrer¹

Resumen

El presente estudio pretende hacer el tratamiento de la justicia militar en el Derecho Comparado, en los estados que tienen modelos propios, de los cuales se han derivado los otros, con el propósito de mejorar la comprensión de nuestro modelo de justicia militar, analizando no sólo las normas del Derecho Extranjero, sino el funcionamiento de las instituciones y el particular contexto histórico, jurídico y político en el que éstas se desarrollan.

El Derecho Comparado es, según la fuente de C. Sirvent Gutiérrez², “una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado”.

Desde una perspectiva poco conocida pero muy inteligente, J.J. Fernández Rodríguez³, anota que la disciplina que nos ocupa, posee ciertas particularidades que le dan autonomía, sin exceder, empero, los límites de las ciencias jurídicas.

1 Vocal Supremo de la Sala de Guerra del Tribunal Supremo Militar Policial, Doctor en Derecho y Ciencia Política y Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2 C. Sirvent Gutiérrez “Sistemas jurídicos contemporáneos”.

3 J.J. Fernández Rodríguez. “La inconstitucionalidad por omisión”, Teoría general, derecho comparado, el caso español, Editorial Civitas, Madrid, p. 240.

En palabras de K. Zweigert y H. Kótz⁴, actualmente no cabe duda alguna que la aproximación profesional al Derecho Comparado cumple no pocas tareas de trascendencia, o sea, no hay trabajo que se precie de serio cuando se reduce a lo que se suscita al interior de las fronteras.

Pizzorrusso⁵ por su parte, anota: “el método empleado por los comparatistas es exclusivamente el método jurídico, por lo cual desde este punto de vista ninguna diferencia existe entre la obras de los cultores de las disciplinas jurídicas, mientras que existe una correspondiente distinción entre sus obras y las de los filósofos, sociólogos, antropólogos, etnólogos y politólogos”.

De lo expresado, fluye con claridad meridiana, la necesidad del análisis de la justicia militar en sus diferentes modelos y en el Derecho comparado, pues parafraseando a Fernández Segado⁶, el estudio extranjero de las instituciones jurídicas resulta de la mayor importancia, como lo sostienen Biscaretti⁷ y Sánchez Agesta⁸ entre otros autores, atendida la circunstancia que conjuntamente con este rol formativo, la comparación cumple otras finalidades que van desde la elaboración de un concepto tipo o de un sistema (no olvidemos que ya el estagirita estudió los textos constitucionales de la antigüedad, comparándolos para inferir de sus tópicos una caracterización axiológica que posibilitara la construcción de la constitución perfecta) hasta

obtener lo que se suele llamar un contraste de particularidades (el autor de “El espíritu de las leyes”, comparaba para una mejor comprensión de las particularidades de las instituciones de diferentes estados), teniendo en cuenta que el estudio comparado es particularmente valioso de cara a repensar creativamente las instituciones, según la fuente de Pablo Lucas Verdú⁹. El aporte del Derecho Extranjero al terreno de la política legislativa vale decir, de la nomotética, resulta útil, toda vez que, una correcta inteligencia de la normatividad e instituciones de estados con sistemas similares es imprescindible para enfrentar los nuevos desafíos que se expresen en el sistema jurídico peruano y concretamente en lo relativo a la justicia castrense.

A ese respecto, es útil mencionar que el modelo de justicia militar que adopta un Estado tiene que ver también con la concepción que se tenga de las Fuerzas Armadas. En democracia, existen dos caracterizaciones de la Fuerza Armada, administrativista e institucionalista. Caracteriza la concepción administrativista de la Fuerza, su ubicación como órgano de ejecución del Poder Ejecutivo en general y del Ministerio de Defensa en particular, sin ápice de autonomía. Esta concepción es propia de los países que perdieron la Segunda Guerra Mundial, como Alemania o Japón y de aquellos otros que sin haberla perdido, quedaron sumamente afectados como Francia, que reduce sustancialmente cuando

4 K. ZWIEGERT y H. KÓTZ. *Introducción al derecho comparado*, México: Oxford University Press, 2002, p. 16.

5 A. PIZZORRUSO. “Curso de Derecho Comparado”, Ariel, Barcelona, p. 79.

6 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La Jurisdicción Militar en la Constitución española 1978. Su organización y ámbito competencial”. En *Jurisdicción Militar y Constitución Iberoamericana*. Grijley, Lima, 1997, pp. 131 a 232., p. 132.

7 BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado* (Las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”. Las Constituciones modernas), Fondo de Cultura Económica, México, 1975, p. 14.

8 SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. 5ª ed., Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1973, p. 21.

9 LUCAS VERDÚ, Pablo. “Curso de Derecho Político”, Editorial Tecnos, vol.I, Madrid, 1972, p. 415.

no desaparece a la justicia castrense; frente a la cual tenemos la concepción institucionalista que piensa a la Fuerza Armada como una Institución, incluso con autonomía normativa, como sugiere el Art. 168° de la Constitución Política del Perú, lo que robustece a la justicia privativa. Sólo que en nuestro medio dicha caracterización se mezcla con la administrativista contenida monótonamente en las sucesivas leyes del Ministerio de Defensa y también en la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Defensa, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1134 de 09 de diciembre de 2012, que considera a las Instituciones Armadas como órganos ejecutores del Ministerio de Defensa, el cual es parte del Poder Ejecutivo. Resulta curioso constatar que en nuestra Constitución estén mencionadas las tres Fuerzas Armadas (Art. 165°) no así el Ministerio de Defensa.

De otro lado, es de anotar que histórica y comparativamente¹⁰, como se indica en la página 9 del Informe Defensorial N° 6¹¹, “la existencia de un ordenamiento jurídico militar autónomo...” y diferente pero siempre subordinado al ordenamiento jurídico nacional es y ha sido la constante en las “sociedades a lo largo de la historia”.

Sin embargo, en el Derecho Militar histórico español por ejemplo, no estaba clara la distinción entre lo disciplinario y lo penal, ni en lo sustantivo ni en la actuación de cada uno. Ello se evidenciaba frente a “la acentuada confusión entre la potestad de mando y la potestad jurisdiccional y a la postre el predominio de la primera sobre la segunda”.¹²

A decir de Jiménez Villarejo¹³: “conviene recordar que ha sido un rasgo típico de la sociedad tradicional, del que perviven en la moderna no pocos residuos, el de la particularidad, mayor o menor, de los ejércitos con respecto a la sociedad global. Una manifestación de dicho rasgo (cuya versión patológica sería un cierto grado de autonomía del mando militar en relación con el poder civil) es la existencia de un ordenamiento jurídico singular, de carácter fundamentalmente sancionador, que tiene como objetivo prioritario tutelar determinados valores (entre ellos, con marcado relieve, la disciplina) definidos y vividos como indispensables para la eficacia e incluso para la propia existencia de la institución castrense. La especialidad de este ordenamiento se ha subrayado, en no pocas ocasiones, con tanta fuerza que se ha rechazado la posibilidad de que su interpretación y

10 Para quien tenga interés en el tema relativo a la justicia militar comparada se sugiere revisar dos trabajos inéditos de CARRUITERO LECCA, Francisco, “La jurisdicción militar en el Perú: Desarrollo histórico y problemática actual”, trabajo de investigación para obtener el diploma de estudios avanzados en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Castilla de la Mancha, Toledo, España, 2010, 213 pp. el Capítulo II La Jurisdicción Militar en el Derecho Comparado, con especial referencia al derecho español: razones para su mantenimiento o eliminación, concretamente el 2.4 los modelos de jurisdicción militar, el europeo continental 2.4.1, anglosajón 2.4.2, alemán, francés y holandés 2.4.3, páginas 71 a 74 y parte del Capítulo III Los sistemas de jurisdicción militar en el derecho comparado, correspondiente a su tesis doctoral “Los fundamentos históricos y constitucionales de la jurisdicción militar española”, año 2013, páginas 105 a 134, con cuyas ponencias en relación al tema que me ocupa, coincido. En ambos trabajos, pese a que no se aprecia un desarrollo importante de la jurisprudencia del TEDH en materia de justicia militar, sólo se visualizan algunas citas, empero se hace un interesante estudio comparado teniendo en cuenta sustancialmente los casos español en la tesis doctoral y peruano en el trabajo de investigación, que aquí por razones de espacio y tiempo no se trata.

11 DEFENSORÍA DEL PUEBLO, “Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú”, *Informe Defensorial*, N°. 6, Lima, Editorial Trama Azul Editores, 1998.

12 JIMÉNEZ VILLAREJO, José, Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional, Editorial Colex, Madrid, 1991, p. 8.

13 JIMÉNEZ VILLAREJO, José, ob. cit. pp. 7-8.

aplicación se realice desde una instancia jurídica ajena a los ejércitos”.

Coincidimos con Carruitero¹⁴ en el sentido que resulta de la mayor importancia tener una correcta inteligencia respecto de los modelos que desde una óptica histórico-constitucional, han sido diseñados para el tratamiento de la jurisdicción privativa, pues independientemente de nuestra concepción de justicia en función a sus semejanzas o diferencias con las categorías jurisdicción y competencia, diferencia existente entre el injusto penal y la falta disciplinaria en orden a que de conformidad con el principio jurídico de lesividad, se opta por diferenciar entre el “hecho punible”, competencia de la justicia privativa y la “falta”, que será sustanciada ante un colegiado administrativo, ya que usualmente se tratará de una falta o infracción disciplinaria, cuya afectación se constriñe a los bienes y valores que protege la entidad administrativa respecto de la cual el investigado es efectivo. No obstante estas semejanzas y diferencias, la manera de normar a la “jurisdicción castrense” fue distinta en las diferentes etapas de la historia y en los distintos estados del orbe.

Si aspiramos a un modelo moderno, adecuado a nuestra realidad social y a la tradición jurisdiccional, tenemos que estudiar la actual situación. Para ello resulta útil efectuar una tipología relativa a los modelos preexistentes al nuestro, que se ocupan de la Jurisdicción castrense.

En efecto, las distinciones que puedan darse en función del tratamiento constitucional de esta jurisdicción especial entre uno y otro estado, pueden llevar a identificar usos, costumbres, patrones similares a los que se afilian diversas sociedades

políticamente organizadas, a las cuales llamamos “modelos”.

Definimos a los modelos como aquellas estructuras jurídicas permanentes, que han influido en otros estados. De esta forma entendemos como equivalentes las acepciones “sistema” y “modelo”. Zolezzi (1978)¹⁵.

Resulta importante mencionar que tales modelos en el tiempo se han ido transformando, de suerte que la evolución tecnológica y la variación de las clases de guerras, explica la importancia de un tratamiento normativo autónomo de la jurisdicción castrense en el ordenamiento de cada país, teniendo en cuenta, además, directrices básicas de dichas regulaciones jurídicas, independientemente del modelo al que nos afiliemos, ya que las instituciones, a diferencia de los satélites, rara vez se quedan en el lugar en el que los diseñó su creador y las justicias militares son una buena muestra de esa dinamicidad que nos presentan las instituciones del derecho público en su afán por adecuarse a los nuevos tiempos, vale decir, a los nuevos roles de las Fuerzas Armadas, en el marco del Estado de Derecho Constitucional que se postula para los diferentes estados.

¿Cuáles son los indicadores que harán posible precisar tales modelos? ¿Qué es lo que caracteriza a la jurisdicción castrense que posibilite diferenciar los citados sistemas? Proponemos, los siguientes:

1. SISTEMA ANGLOSAJÓN

Lo caracteriza la no existencia de tribunales castrenses permanentes en época de paz. Tales colegiados privativos son llamados cuando la necesidad se hace presente. Los

14 “Los fundamentos históricos y constitucionales de la jurisdicción militar española”, p. 106.

15 Para una definición técnica del concepto “modelo”, ver ZOLEZZI IBÁRCENA LORENZO: “Derecho y Desarrollo”, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 1978.

estados más caracterizados son Inglaterra, Irlanda del Norte, Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, África del Sur, Israel, Australia, Corea del Sur, Liberia, Nigeria, Filipinas, Sudán, Nueva Zelanda y Tailandia, con competencias específicas, a saber: delitos de motín, sedición y desertión, debido a lo cual sólo pueden procesar al personal en situación militar de actividad y en muy concretos¹⁶ casos¹⁷.

En Inglaterra, a decir de la Mutiny Act, de 1869, la jurisdicción privativa en época de ausencia de guerra está en los Consejos de Guerra o Courts Martial con presencia de los Auditores¹⁸, quienes son competentes para conocer de los hechos punibles de desertión, motín y sedición. Constituyen sus notas características, la rígida delimitación de competencias de los tribunales militares y de a quienes pueden investigar, alcanzando a castrenses en situación militar de actividad y a reservistas mientras su servicio en el activo. Por regla general, los civiles, salvo escasas y muy contadas excepciones, no están sujetos a la ley penal militar, ni en época de conflicto armado. Pero aún así, las penas impuestas por los Consejos de Guerra deben ser confirmadas por el Superior. El citado magistrado tiene la atribución de ordenar que la Corte revise el proceso o solicite la variación del fallo, pero no puede imponer sanción penal

superior. De otro lado, quien es juzgado por un tribunal militar tiene el derecho de impugnar ante el monarca, de una sentencia condenatoria.

Posteriormente a los lamentables acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial, se estableció una instancia de apelación superior para la Jurisdicción castrense, a través de la Courts Martial –Appeals– Act de 1951. Esta norma, reformada en 1968, prevé que la sentencia condenatoria de un tribunal castrense pueda ser apelada ante el Tribunal de Apelaciones de lo Criminal del fuero común, compuesto por jueces civiles.

En la Jurisdicción Militar no aparece con claridad meridiana la diferencia entre delitos e infracciones disciplinarias. Los injustos menores pueden ser enmendados por el mando, sin perjuicio que el efectivo pueda ser penalmente sancionado por un Consejo de Guerra¹⁹.

Los Consejos de Guerra en tiempo de paz pueden ser generales y regionales y pertenecer al Ejército, la Marina de Guerra o la Fuerza Aérea²⁰.

Según la fuente de Ch. D'Oliver Farran²¹, la diferencia de los Consejos de Guerra está en su organización, categoría y estatuto de aquellos sobre quienes tienen competencia y gravedad sobre las sanciones penales a

16 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "La Justicia militar en el Derecho Comparado", en *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, pp. 49 y 50, 1992.

17 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "La Justicia Militar en el Derecho Comparado", *Revista de Derecho General*, Madrid, p. 339, pp. 49 y 50.

18 Un tratamiento más profundo de la justicia castrense en Inglaterra, supone la revisión de: Ch. D'OLIVER FARRAN, "Organización y procedimiento de los Tribunales Militares británicos", en REDEM, N° 2, julio-diciembre, p. 69 y ss., 1956; J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, "El Derecho Militar del Siglo XXI (Segunda Parte): La Organización de la Jurisdicción militar. Diversos Sistemas de Derecho Comparado y Legislación Comparada, en REDEM, N° 83, enero-junio, p. 59 y ss., 2004.

19 J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, *El Derecho Militar del Siglo XXI*, ob. cit. pp. 66-67.

20 Sobre ese particular, resulta útil aproximarse a la Ley de Disciplina Naval de 1957, Leyes del Ejército y Fuerza Aérea, ambas de 1955.

21 CH. D'OLIVER FARRAN: "Organización y procedimiento de los Tribunales Militares británicos" en REDEM, N° 2, julio-diciembre, p. 72, 1956.

aplicar. Finalmente, existe un Tribunal Militar de Apelación que es de naturaleza civil y falla sólo sobre cuestiones de derecho²². El rematado puede interponer además una petición ante los funcionarios castrenses superiores, quienes deben confirmar lo resuelto por las cortes marciales²³.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– citado por el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC expresó, lo siguiente: “60. En Findlay el Tribunal consideró que las dudas del Sr. Findlay respecto a la independencia e imparcialidad de la Corte Marcial encargada de juzgar muchos de los cargos que se le habían imputado se encontraban objetivamente justificadas”. La preocupación del Tribunal estuvo centrada alrededor de los múltiples roles que son ejercidos en procesos de esta naturaleza por el “oficial de la convocatoria”. Este oficial jugó un papel clave en la parte acusadora, pero al mismo tiempo designó a los miembros de la Corte Marcial, los cuales se hallaban subordinados a él por cuestión de rango y se hallaban así bajo su cadena de comando. Él también tenía el poder de disolver la Corte marcial antes o durante el juicio y actuó como “oficial de ratificación” de modo tal que tanto el fallo y la pena que fueran determinados por la Corte Marcial no se reputaban como efectivos hasta que no fueran confirmados por él. El Tribunal estimó que estas fallas fundamentales no podían ser subsanadas con la presencia de

garantías, tales como la participación del fiscal militar, quien no era un miembro de la Corte Marcial y cuyas opiniones ante tal corte no eran hechas públicas (...)”.

Como se aprecia, en el caso Findlay se criticó a los colegiados castrenses ingleses bajo la Ley Militar de 1955, en la cual los integrantes de la Corte Marcial eran subordinados, directamente o indirectamente al Oficial de convocatoria. El TEDH se refugia, no sin razón, en que el requisito vinculado a la imparcialidad del Tribunal no puede entenderse cumplido cuando quienes juzgan están subordinados debido al grado militar, a la autoridad o funcionario que formula las imputaciones²⁴.

En el citado caso, se dispuso que no existía imparcialidad del Consejo de Guerra, atendida la circunstancia que el Oficial Comandante, había intervenido en todas las instancias en el proceso. Actualmente, el Oficial instructor recibe su nombramiento no del Comandante sino de la Reina y se subordina al fiscal ordinario cuando ejerce la acción penal. A consecuencia de esta sentencia, con el propósito de hacer frente a la escasa imparcialidad de los Oficiales, se estableció un sorteo entre quienes deben conformar la Corte Marcial para los injustos menores y asimismo, se estableció un Tribunal de Apelación Sumaria, integrado por un fiscal y dos oficiales²⁵.

Un colegiado castrense puede, por regla general, ser “Tribunal independiente e

22 L. MASIDE MIRANDA, “Panorámica del Derecho Comparado sobre la organización de la Jurisdicción Militar”, Anuario da Facultade de Dereito, Universidade da Coruña, p. 366. 1997.

23 J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, “El Derecho Militar del Siglo XXI”, ob. cit., p. 67.

24 J. GONZÁLES CASSO: “Sobre el derecho al Juez imparcial o quien instruye no juzga, Dikynson, Madrid, 2004, p. 42, afirma que los colegiados castrenses ingleses constituidos bajo la ley de dicho país de 1955, dieron lugar a importantes precedentes del TEDH similares a los de Findlay, particularmente Coney (resolución de 24 de septiembre de 1997), Hood, Cable y 34 miembros de las Fuerzas Armadas (sentencia de 18 de febrero de 1999, Morris, 26 de febrero de 2002).

25 J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, “El Derecho Militar del Siglo XXI”, ob. cit., p. 67.

imparcial”, en clave del Art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos²⁶.

A este respecto, es útil mencionar el caso *Morris versus Reino Unido*, en el cual el TEDH, puntualizó, en los fundamentos 58 y 59, lo siguiente: “58. La Corte estima que es preciso recordar que para poder establecer si un tribunal puede ser considerado “independiente” debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, la forma de designación de sus miembros y la duración de su mandato, la existencia de garantías frente a presiones externas y la cuestión relativa a la apariencia de independencia que presenta el colegiado. En lo que se refiere a la “imparcialidad”, existen dos aspectos que deben tenerse en cuenta con relación a este requisito. En primer lugar, el tribunal debe hallarse subjetivamente libre de cualquier prejuicio o tendencia personal. En segundo lugar, debe ser imparcial también desde el punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer las suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima al respecto. Los conceptos de independencia e imparcialidad objetiva están estrechamente vinculados y, como en *Findlay*, la Corte los considerará de manera conjunta en relación al presente caso” “59. El tribunal observa que la práctica de utilizar Tribunales proveídos en todo o en parte por los militares para juzgar a miembros de las fuerzas armadas, está profundamente arraigada en los sistemas jurídicos de muchos Estados Miembros. Esto recuerda su propia jurisprudencia, que pone de manifiesto que

un tribunal militar puede, en principio, constituir un “tribunal independiente e imparcial” a los efectos del artículo 6 1 de la Convención. Por ejemplo, en *Engel and Others*, la Corte se encontró con que el Tribunal Supremo Militar de Holanda, compuesto por dos vocales civiles de la Corte Suprema y cuatro oficiales militares, constituía un tribunal. Sin embargo, la Convención sólo tolerará ese tipo de tribunales, siempre que existan suficientes salvaguardias para organizar su independencia e imparcialidad”.

Finalmente, debe considerarse que la parcialidad del magistrado debe ser evaluada en cada caso. A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en el sentido que el “principio según el cual se debe presumir que un Tribunal está exento de prejuicio o de parcialidad refleja un elemento importante de la preeminencia del Derecho” (*Caso Pullar contra Reino Unido*).

Respecto de los Estados Unidos de Norteamérica, P. Hay²⁷ anota que cuando los británicos se asentaron en espacio actualmente norteamericano, impusieron la familia de common law. Este sistema jurídico se fue adaptando a la nueva realidad y es la génesis del derecho norteamericano.

A decir de C. Sirvent Gutiérrez²⁸, la Carta Americana promulgada en 1787, por doscientos años condujo la transformación de los órganos políticos, sentando los cimientos a la posterior estabilidad del país.

26 CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, disponible en <http://www.echr.coe.int/nr/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf>, consulta de fecha 19 de agosto de 2011, p. 3. Al respecto el Art. 6.1 de la CEDH prescribe: Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.

27 P. HAY: “Una introducción al Derecho de los Estados Unidos, Butterworth Legal Publishers, Nueva York, 1992, pp. 1-2.

28 C. SIRVENT GUTIÉRREZ. *Sistemas jurídicos contemporáneos*, op. cit., p. 124.

El papel de la jurisdicción castrense expresa el origen de la milicia, de suerte que en la Declaración de la Independencia se relievó el rol del militar independiente y superior al poder civil y se plasmó que los castrenses estaban sometidos a los cuerpos legislativos elegidos por el soberano como diría Rousseau en “El contrato social”. Empero, los hechos enseñan que ya desde aquel entonces, el fuero común, respetaba a la justicia militar al conocer de sus pronunciamientos²⁹.

Según la fuente de R. Lorenzo Ponce de León³⁰, la partida de nacimiento de la jurisdicción castrense americana es del siglo XVIII y es tributaria de la revuelta que dio lugar al II Congreso Continental que se reunió en Filadelfia de mayo a octubre de 1775 y cuyas discusiones³¹ no se ocupaban de la independencia de Inglaterra, habida cuenta que era tradición que las asambleas locales criticaran al Parlamento inglés no así la autoridad del rey. El 23 de junio, cuarenta y cuatro días después de iniciado el Segundo Congreso, los representantes encargaron a una comisión la redacción de una proclama a ser pronunciada en Boston por el General George Washington, con la representación de las colonias en su condición de comandante en jefe del Ejército Continental, título instituido por los colonos para distinguirlo del ejército inglés.

Ese II Congreso Continental realizó un levantamiento y organizó a la marina, posteriormente al ejército, antecedente histórico del Ejército federal, que es el que condujo a los integrantes de estas fuerzas reunidas en Filadelfia a incorporar entre sus primeros decretos, una ley sobre régimen y disciplina militar, el 30 de junio de 1775, con el título de Artículos de Guerra, de suerte que William Tudor, fue elegido primer consejero letrado de las fuerzas militares, de modo semejante al Auditor militar, existente en los ejércitos del viejo mundo³².

Los colegiados castrenses son transitorios, instalados “ad hoc” en el ejército del procesado. Los Consejos de Guerra, según la gravedad del hecho punible incoado pueden ser Consejos de Guerra: Generales³³, Especiales³⁴ o Sumarios³⁵. Las cortes castrenses son convocadas únicamente para el conocimiento de un caso en concreto al igual que en Inglaterra.

La reunión de normas legales que se ocupan de los militares, que se han dado en denominar Código Militar norteamericano, preexisten a la Carta de 1787. Empero, no hay norma legal alguna en el Derecho norteamericano al margen de la Norma Fundamental. El primer Código castrense de ese país, fue

29 M. EDWIN ANDERSEN. “La Justicia militar estadounidense: una mirada histórica”, en *La Justicia militar entre la reforma y la permanencia*, RESDAL, J. RIAL, (Compilador), Buenos Aires, 2010, p. 149.

30 R. LORENZO PONCE DE LEÓN. “La ambigua naturaleza de lo disciplinario, en el derecho militar de los Estados Unidos de América” en REDEM, núm. 82, julio-diciembre, p. 149, 2003.

31 La postura autoritaria de Jorge III de mantener los Decretos Coercitivos, que eran ordenanzas que suprimían privilegios en los pueblos conquistados, originó que los congresistas solventaran un ejército para oponer con éxito sus privilegios a Inglaterra.

32 R. LORENZO PONCE DE LEÓN. *La ambigua naturaleza*, op. cit., p. 149.

33 Los Consejos de Guerra Generales están conformados por un Oficial jurídico y no menos de cinco miembros con derecho a voto. El Oficial jurídico no se considera miembro del Jurado, actúa como magistrado, siendo responsable que los procedimientos se sustenten con arreglo a la normatividad vigente.

34 Los Consejos de Guerra Especiales están integrados por cuando menos tres integrantes. El Presidente responde que el proceso sea jurídicamente viable.

35 Los Consejos Sumarios, están conformados solamente por un Oficial así como por los Comandantes de las Compañías destacadas.

diseñado en función de los artículos de guerra británicos de 1775.

R. Alvarado Rafael³⁶, anota que los iniciales Códigos castrenses promulgados por el Parlamento fueron de influencia británica, no obstante el ambiente poco proclive a lo inglés, la primera reforma tuvo lugar en 1806, con ocasión de la transformación del sistema de gobierno. El nuevo Código estuvo vigente hasta 1874, en que se llevó a cabo una reforma, de suerte que con los años aparecieron no pocas normas distinguiéndose, al extremo que cada cuerpo militar se regulaba por distintas leyes disciplinarias, procedimentales y de castigo. A comienzos de la Segunda Guerra Mundial, el pueblo norteamericano se percató de los diferentes modelos de justicia que polarizaban con la homogeneidad que debía existir³⁷. En función de ello y después de gran discusión en 1950, el Congreso promulgó el Código Uniforme de Justicia castrense, el cual se ocupa de los delitos y las faltas disciplinarias y que fue posteriormente modificado.

La especificidad de la jurisdicción castrense americana, hace posible que el Comandante, con el inmenso poder del que dispone, decida a su arbitrio, la oportunidad y porqué injustos penales un uniformado es procesado por un Consejo de Guerra. A ese efecto, es asistido por un Oficial asesor jurídico militar, que velará porque su conducta funcional se enmarque en la juricidad.

J. L. Rodríguez Villasante y Prieto³⁸, afirma que el procesado cuenta con dos posibilidades para su juzgamiento, a saber, por un

juez militar o un tribunal. Las resoluciones que ponen fin a la instancia, deben confirmarse por la Autoridad militar convocante, quien deberá verificar el cumplimiento del debido proceso legal a cargo del asesor jurídico. Aquellas que impongan las sanciones penales de muerte, separación del servicio o privación de libertad son elevadas al Tribunal de Revisión, cuyos integrantes son abogados no necesariamente militares, nombrados por el Auditor General.

Al igual que en el sistema británico, las Cortes Marciales y los tribunales militares se conforman solamente para el juzgamiento de determinados delitos. Como se ha expresado, “el primer código militar americano fue promulgado en 1775 por el Congreso Continental, el cual fue elaborado según el modelo de los artículos de guerra británicos”; en 1950 fue promulgado el Código Uniforme de Justicia Militar que trata los injustos disciplinarios y penales, modificado en 1968 y 1983³⁹.

En conclusión, la justicia militar norteamericana ha sufrido una larga evolución, pasando de tener una competencia hipertrofiada que involucraba a civiles. Es de recordar que a este periodo corresponde el famoso proceso seguido por la justicia castrense en 1865 contra presuntos asesinos del Presidente Lincoln que terminó colgando entre otros a una mujer, que luego resultó ser inocente. Respecto de su competencia, los policías son juzgados por el fuero común y en caso alguno en tiempo de paz, los civiles pueden ser distraídos de su magistrado natural. La competencia se constriñe a “la comisión de

36 R. ALVARADO RAFAEL. “La administración de la Justicia militar en las Fuerzas Armadas de los EE.UU. de América”, en REDEM, núm. 1, enero-junio, p. 58, 1956.

37 Esa heterogeneidad fue cuestionada debido a que el castigo para un efectivo del ejército así como uno de la marina era distinto pese a tratarse de un hecho punible igualmente lesivo.

38 J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO. *El Derecho Militar del Siglo XXI*, ob. cit., pp. 69-70.

39 Programa Ejecutivo de Justicia Militar. Destacamento de la Escuela de Justicia Naval. Instrucción Internacional, Newport, USA, 1997, p. 10-1.

una ofensa militar legalmente reconocida por un militar en servicio activo”⁴⁰, pero pueden procesar, indistintamente, hechos punibles comunes y de función. Como se trata de una fuerza en expansión que actúa permanentemente fuera de su territorio, moviliza civiles al extranjero y por ello excepcionalmente, son procesados por la justicia militar.

Las sentencias de los Consejos de Guerra, que condenan a un Oficial General o Almirante, que impongan la pena de muerte, pérdida del empleo a un oficial, expulsión del servicio con deshonor o reclusión por más de un año, son impugnables ante los Tribunales de Revisión –Board of Review– y eventualmente es posible recurrir ante el Tribunal Militar de Apelación, integrado por tres magistrados civiles designados, previa aprobación Senatorial, por el Presidente de los Estados Unidos, cuyo mandato es de quince años.

Las sentencias del Tribunal Militar de Apelación pueden ser revisadas por la Suprema Corte, a través de un auto de avocación, siempre que el Tribunal “haya aceptado, con anterioridad, la petición de revisión”.

Según Luis Rodríguez,⁴¹ la responsabilidad de mantener la disciplina en la Fuerza radica en los Comandantes, quienes derivan su autoridad del Presidente, constitucionalmente, Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas. La autoridad de los Comandantes llega al extremo que deciden qué causas pasan a la Justicia Militar y éste es un fuero personal, pues acompaña al militar donde se encuentre por todo delito, incluso al enemigo prisionero y, obviamente, lo sustrae de las jurisdicciones nacionales, lo que se explica en la

circunstancia que los Estados Unidos tienen desplegada su Fuerza Armada en el Mundo y ello extiende el Principio de Territorialidad en materia penal y judicial. Recién a partir de los luctuosos sucesos del once de septiembre han empezado a tener presencia en el interior⁴² y a desarrollar su derecho operacional. La circunstancia de estar desplegados en el mundo, hace que no les resulte conveniente suscribir el Pacto de San José de Costa Rica y algunos otros tratados de derechos humanos

Respecto del caso canadiense, es útil mencionar que el Tribunal Supremo de dicho país, justificando la existencia de los tribunales militares, precisa: “El objetivo de un sistema separado de tribunales militares es permitir que las Fuerzas Armadas traten con los asuntos que pertenecen directamente a la disciplina, la eficacia y la moral de los militares. La seguridad y el bienestar de canadienses dependen bastante de la buena voluntad y la preparación de una fuerza de hombres y mujeres para defender contra amenazas a la seguridad nacional. Para mantener las Fuerzas Armadas en un estado de preparación, los militares deben estar en una posición para hacer cumplir la disciplina interna con eficacia y de manera eficiente. Las violaciones de disciplina militar deben ser tratadas rápidamente y, con frecuencia, castigadas con mayor severidad que sería en el caso de un civil que participa en tal conducta. Por consiguiente, los militares tienen su propio Código de Disciplina de Servicio que les permite satisfacer sus necesidades particulares disciplinarias. Además, han dado a tribunales de servicio especiales, más bien que a los tribunales ordinarios, la jurisdicción para

40 Ob. cit. p. 10-18.

41 RODRÍGUEZ, Luis O.: “El sistema de justicia militar norteamericano y su evolución. El intrincado y necesario balance entre la equidad y la disciplina”, en *El Jurista del Fuero Militar Policial*, Lima 2013, pp. 57 a 70.

42 Sobre los operadores de la justicia militar norteamericana revisar: LOZADA LEONI, Juan A., “El Cuerpo Jurídico del ejército de Estados Unidos”, Revista *El Jurista del Fuero Militar Policial*, Publicación Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, Año II-Número 2/ Noviembre 2013, pp. 71 al 79.

castigar las violaciones del Código de Disciplina de Servicio. El recurso a los tribunales ordinarios criminales, por regla general, sería inadecuado para servir las necesidades particulares disciplinarias de los militares”.⁴³

Y respecto del juez militar, el Tribunal Supremo de Canadá, en el caso Michel Genereux contra la Reina, citado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se pronunció sobre lo valioso que resulta la condición de oficial del cuerpo jurídico militar de los jueces militares: “Una fuerza principal del actual sistema judicial militar descansa en el empleo de oficiales militares entrenados, que son también oficiales jurídicos, para situarlos en las cortes marciales en funciones judiciales. Si esta conexión fuera cortada..., la ventaja de independencia del juez que así podría ser alcanzada sería más que compensada por la desventaja de la pérdida eventual del juez del conocimiento militar y la experiencia que hoy le ayuda a cumplir sus responsabilidades con eficacia. Ni las fuerzas ni el acusado se beneficiarían de tal separación”.

2. CIRCUNSCRIPCIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR AL TIEMPO DE GUERRA

Este modelo, propio de Alemania, Francia y Holanda, influenciado según Carruitero⁴⁴ por una tendencia a la “desmilitarización” y por ende, desaparición de la justicia privativa, admite la existencia de tribunales militares únicamente en tiempo de guerra. Se podría establecer una tipología con arreglo a las clases de “conflicto”, o sea, si esta jurisdicción justifica su presencia en los conflictos armados internacionales, es decir, entre Estados o si es comprensiva también de los

conflictos armados internos o internacionalizados, como los que se dan en la lucha contra la subversión, el tráfico ilícito de drogas u otras variedades de delincuencia organizada.

Este criterio podría tener un matiz distinto en función de los tribunales “ad hoc”, esto es, el carácter temporal de la jurisdicción castrense podría no estar en función de si estamos en época de guerra o de paz, sino por la comisión de un hecho punible de función. En este caso, habría tantas cortes o magistrados castrenses como delitos imputados y su permanencia dependería de la naturaleza del juicio no del conflicto armado, vale decir, que los tribunales castrenses se activan siempre que haya un proceso judicial privativo sustanciándose.

En Alemania, los militares están sujetos al Código Penal común y se les enjuicia por injustos comunes en el sistema judicial civil. No existen servicios de corrección de militares; encarcelados los miembros de las Fuerzas Armadas cumplen sus condenas en centros penitenciarios comunes, con los mismos derechos y libertades civiles de que gozan los otros ciudadanos. Se les permite tomar parte activa en la vida política, ser miembros de partidos políticos y afiliarse a sindicatos y asociaciones profesionales. Varios cursos de acción están abiertos a los militares por denuncias o quejas, tanto dentro de la Bundeswehr, como en los tribunales ordinarios.

Los ilícitos militares cometidos por miembros de la Bundeswehr, se tratan en dos secciones de los tribunales militares del Tribunal Administrativo Federal y por tres tribunales disciplinarios militares con un total de veintinueve cámaras. Un juez civil profesional preside cada cámara, asistido por los

43 STC recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC FJ 126.

44 “Los fundamentos históricos y constitucionales de la jurisdicción militar española”, p. 108.

jueces militares de honor. Las cámaras son los tribunales de primera instancia para los procesos judiciales disciplinarios contra los militares. Los tribunales militares del Tribunal Administrativo Federal son de apelación, cada uno compuesto por tres jueces civiles y dos jueces de honor militar. Las sanciones varían desde la baja a las sanciones pecuniarias y a la reducción de rango. El nivel más bajo de la ofensa, como la desobediencia o la ausencia no autorizada, podrán ser sancionadas de manera informal en la unidad propia del militar.

Aludir a la historia de la Justicia castrense gala, implica referirse a una amplia gama de solución de conflictos desde hace más de dos milenios, a través de territorios que incluyen la actual Francia, debido a la duración de las guerras en las que el pueblo francés ha sido involucrado. Los galos de una u otra forma, definieron el desarrollo militar, es por ello que los conflictos suscitados en Francia han influido en la historia del mundo.

Al tratar la evolución de las instituciones militares, hasta 1857, explica M.P. Pradier-Fodéré: “que la existencia de una justicia militar para el Ejército, no es una idea propia de su país, ni de nuestro tiempo. En todos los lugares donde el Ejército esté debidamente organizado, reclamará y obtendrá la jurisdicción sobre sus elementos. Desde los primeros tiempos de la monarquía francesa, los hombres de la guerra han estado sucesivamente, bajo la jurisdicción del Alcalde de palacio, después bajo la del Gran Senescal y posteriormente en diferentes épocas de la Condestabla, los prebostes del Mariscalato y los Consejos de guerra. La competencia del Condestable, aparecía contenida en gran número

de ordenanzas y edictos que se remontan, probablemente, a los tiempos del rey Juan II, el Bueno”.

En el Estado Galo, según Carruitero⁴³, los Consejos de Guerra estuvieron regulados por las Ordenanzas de 1665, durante la gestión del padre de Luis XV. En ellas se tratan disposiciones normativas actualmente no derogadas, que se diseñaron para asegurar la disciplina en las Fuerzas Armadas y castigar oportunamente a los combatientes que cometieran cobardía. Dispositivo no menos importante es la Ordenanza de 1670, a través de la cual, las resoluciones se expedían por 07 magistrados, designados por quien tenía la competencia de convocar al consejo.

Según la fuente de M. P. Pradier-Fodéré⁴⁴, después de la victoria de la Revolución burguesa, la expectativa por los colegiados castrenses se incrementó de suerte que, entre 1790 y 1796, se pueden apreciar sendas organizaciones sobre estos tribunales, de la siguiente manera:

El primer período fue el correspondiente a los Tribunales Castrenses, en el que se aprobaron tres dispositivos legales, el de 29 de octubre de 1790 y los de los días 16 y 17 de mayo de 1792. El primero hace referencia a la jurisdicción de los tribunales castrenses, su organización y procedimiento a seguir, y en el segundo se reguló la utilización de los uniformes de los colegiados. Se diseñó una policía militar y se instituyó sanciones penales en contra de aquellos que incurrieran en delito contra el servicio de seguridad en la modalidad de desertión de oficiales. Estas normas legales entraban en rumbo de colisión con la disciplina, en razón de la composición de los colegiados castrenses y del sistema de

43 “Los fundamentos históricos y constitucionales de la jurisdicción militar española” pp. 130, 131 y ss.

44 M. P. PRADIER. FODÉRE: “Comentarios al Código de Justicia Militar francés de 1857. Antecedentes históricos ob. cit., p. 216.

recusación que había permitido la dilación en su ejecución, desprovistas de garantías serias en favor de los procesados. Tales tribunales sólo duraron dos años y fueron reemplazados por los colegiados republicanos.

El segundo período fue el relativo a las leyes del 12 de mayo de 1793, derogadas por la Ley 3 pluvioso. A través de procedimientos breves se condenaba a muerte a quienes cometían traición o afectaban los valores revolucionarios. Se dejó sin efecto los tribunales militares y se los sustituyó por dos cortes marciales, para cada uno de los ejércitos del país. El jurado continuó en funciones. La Ley creó, entre otros, los juzgados de paz, fijando las atribuciones de los oficiales de la policía judicial, quienes estaban autorizados a recibir denuncias.

La Ley 3 pluvioso año II, vino a completar la del 12 de mayo de 1793, relativa a la organización de la jurisdicción castrense, en lo que respecta a los injustos penales. Mantenía la competencia de los tribunales republicanos sobre las Fuerzas Armadas. Creó una organización con niveles, como los consejos de disciplina, tribunales correccionales de policía y castrenses. El tribunal correccional estaba integrado por tres magistrados, de los cuales uno no era militar; el penal se componía por un jurado para resolver, integrado por cinco militares y cuatro civiles. Los tribunales privativos estaban autorizados para imponer sanciones penales de derecho común, ante la inexistencia de normas específicas. En relación a los hechos punibles incoados a militares fuera del territorio ocupado por los ejércitos, éstos eran procesados por el fuero común. Resultaba confusa la organización de los colegiados castrenses.

Este sistema era lógica consecuencia de exagerar el principio de la Constitución de 24 de junio de 1793, que declaraba que todos los franceses eran soldados, concibiendo al Ejército como una guardia nacional activa y no considerando a los militares como ciudadanos encargados de una misión especial, la de defender al país. Tal organización sólo duró dieciséis meses, y fue revocada por la Convención, preocupada por el alcance que tomaban los conflictos armados internacional, interno e internacionalizado, aceptó la urgencia de derogar la ley 3 pluvioso año II de 1794, y la sustituyó por otra de 17 de septiembre de 1795.

Esta última pretendió beneficiar a los castrenses, preceptuando que tanto el inocente como el responsable de cualquier hecho punible, obtuviese pronta justicia y no quedara expuesto a permanecer mayor tiempo privado de libertad, sin sentencia, estableciendo, así, una diferente manera de instruir los hechos punibles castrenses, con el propósito de sancionar los excesos penales a los que estaba expuesto cualquier militar.

Según G. Gardon⁴⁵, el tratamiento de la justicia castrense gala, generó expectativas por la finalidad de las instituciones jurisdiccionales militares respecto de las cuales, a comienzos del siglo XX, el pueblo francés apostaba por su erradicación cuando menos en tiempos de paz. La desaparición de la jurisdicción privativa era cosa decidida en el Congreso cuando el inicio del conflicto de 1914, empero, con el transcurrir de los años, la justicia privativa se desarrolló y alcanzó lugar de privilegio en el estado francés.

La justicia castrense, según el Código de Justicia Militar de 1857, estaba organizada

45 G. GARDON, "Organización y competencia de las Jurisdicciones militares francesas", en REDEM, núm. 10, julio-diciembre, 1960, p. 153.

sólo por magistrados uniformados. Posteriormente, la Ley de 1928, modificada e integrada por la de 1932, organizó los Tribunales privativos que sustituyeron a los Consejos de Guerra establecidos en el citado Código. Dicha ley pretendía que las cortes castrenses tuvieran similares características que la justicia común. El aporte de la Ley de 1928, fue la creación de las cortes castrenses de Casación, conformadas por un Presidente Magistrado del Tribunal de Apelación y cuatro asesores, dos magistrados y dos oficiales superiores, las cuales únicamente instruían delitos militares en que incurrieran uniformados.

Resulta relevante en la justicia castrense gala, el cuerpo de oficiales. Según O. Gil García⁴⁶, a éste podían presentarse miembros del Ejército, licenciados en Derecho, que debían pasar un período de prácticas de un año en un Tribunal de jurisdicción ordinaria. La ley 65-542 de 1965, consolida los Códigos de Tierra y Mar. En éstos, la composición de los Tribunales permanentes de la Fuerzas Armadas cambia, incrementándose los jueces comunes organizados con un magistrado civil, además del Presidente, siendo los otros tres, uniformados.

Antes de la supresión de los tribunales militares en 1982, había magistrados militares, aunque el Presidente y los Asesores eran miembros de la “Cour d’Appel” y del “Tribunal de Grande Instance”. En su Ley de 1966 había suprimido el Cuerpo de Oficiales Militares, compuesto por profesionales de carrera, licenciados en Derecho que habían aprobado la oposición a este cuerpo. En 1982 tuvo

lugar una reforma por Ley, incluyendo la normativa relativa al Derecho orgánico judicial y procesal en su Code de Procédure Pénale de carácter ordinario, y en su parte sustantiva la reforma se lleva a cabo en el Code de Justice Militaire. Se modifican así los arts. 697 a 702 inclusive del Code de Procédure Pénale, ahora a “Des Crimes et délits en matière militaire et en matière de surêté de l’Etat”. La Ley distribuye las competencias militares entre los órganos jurisdiccionales ordinarios según la infracción penal.⁴⁷

Como se aprecia, el ordenamiento judicial militar francés guarda diferencias con el español, italiano y peruano, pero no siempre fue así, como sucedió en Francia hasta antes de 1982 la justicia militar la administraba la Jurisdicción castrense, con organización, competencia y funcionamiento propios y distinto del fuero común.

Como se ha expresado, con la reforma del Código de Justicia Militar aprobada por Ley 82-621, de 1982, se opta por legislar según principios constitucionales, de independencia, imparcialidad, unidad jurisdiccional, cuestionando que en lo criminal puedan haber justicias de excepción y es así que desaparece la justicia castrense en tiempo de paz, dejando a salvo cuando el ejército actúe fuera del territorio y delega la competencia en materia de faltas y hechos punibles castrenses al fuero común para el mantenimiento de la jurisdicción castrense en caso de conflicto armado. La razón esgrimida es que la supervivencia gala está por encima de todo fundamento⁴⁸.

46 O. GIL GARCÍA, *La Jurisdicción militar en la etapa constitucional*, op.cit., p. 28.

47 GIL GARCÍA, Olga, *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 163.

48 Al mismo razonamiento llega: J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, *El Derecho Militar del Siglo XXI*, ob. cit. pp. 59-96; Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción Militar y Estado de Derecho: garantías constitucionales y organización judicial*, Universidad de Alicante, Alicante, 2003; O. GIL GARCÍA, *La Jurisdicción militar en la etapa constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1999; L. MASIDE MIRANDA, “Panorámica del Derecho Comparado sobre la organización de la jurisdicción militar”, *Anuario da Facultade de Dereito*, Universidade da Coruña, 1997.

O. Gil García⁴⁹, ubica los motivos para la vigencia de la Ley de 1982, en el caso Dreyfus en 1894, que puso en entredicho a la jurisdicción privativa, poniendo de relieve su mayor objeción, a saber, carencia de autonomía y de técnica jurídica contrastada por parte de sus operadores.

La experiencia gala es ejemplo de la supresión de la justicia castrense como jurisdicción especial y su reemplazo por órganos especializados del fuero común. Asimismo, para el procesamiento de los hechos punibles castrenses no es indispensable que los magistrados estén en una organización castrense⁵⁰.

En Holanda, también se encuentra suprimida la jurisdicción militar en tiempo de paz. El modelo holandés deja ver que el derecho penal y disciplinario militar no requieren ser aplicados sólo por jueces militares y posibilita que los tribunales ordinarios, compuestos en su mayoría por jueces ordinarios, apliquen este derecho, pero con presencia de un miembro del Cuerpo Jurídico Militar.

Sin perjuicio de lo expresado, cabe señalar que la condición de oficiales en actividad de los jueces no implica per se subordinación y falta de independencia. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos Caso de Engel y otros contra el Reino de Holanda, del 8 de junio de 1976, párrafo 30, ha señalado, lo siguiente: “Al tomar posesión, todos los miembros del Tribunal deben prestar un juramento que les obliga a ser justos, honestos e imparciales (artículo 9. de las Instrucciones provisionales). Es cierto que al continuar los jueces militares del Tribunal, en su carácter de miembros de las Fuerzas Armadas, se hallan también ligados por su juramento como oficiales, lo cual implica, entre otras cosas, obedecer órdenes de sus superiores. Este

último juramento, no obstante, entraña también obediencia a la Ley, lo cual incluye, en general, las “Instrucciones provisionales” que rigen al Tribunal Superior Militar y, en particular, el juramento de imparcialidad que se toma a los Magistrados”.

3. SALAS MILITARES EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA VERSUS JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA

Este parámetro, busca precisar aquellos modelos en los cuales la jurisdicción castrense es atribución de un ente diferente al órgano jurisdiccional antes bien, tal expresión de la función judicial recae en un solo órgano que ejerce la justicia común, esto es, el Poder Judicial.

Podemos encontrar modelos en los que el ejercicio de la jurisdicción castrense se otorga a las propias Fuerzas Armadas, o sea, el sistema judicial (ministerio público incluido) pertenece a las Fuerzas Armadas, que si bien no constituyen, en estricto, un poder del Estado, cuentan con características que exigen una regulación integral y autónoma, pero siempre atendiendo al principio de unidad del Estado.

De otro lado, podemos encontrar algunos estados en los que la jurisdicción castrense está a cargo de órganos especializados del propio órgano jurisdiccional, lo que podría ser comprendido en estrictez jurídica, como una jurisdicción especializada. Ello sucede, por ejemplo, en periodos de paz, en estados como Finlandia, donde la jurisdicción castrense se administra a través de salas especializadas que forman parte de la estructura del fuero común.

49 O. GIL GARCÍA, *La Jurisdicción militar en la etapa constitucional*, ob. cit., p. 29.

50 Y. Doig Díaz, *Jurisdicción Militar*, ob. cit., p. 302.

No obstante lo expresado, es útil mencionar que, sin perjuicio de a qué institución pertenezca el órgano encargado de administrar la jurisdicción privativa, no podemos referirnos propiamente a un quebrantamiento o transgresión del principio de unidad de la función judicial, atendida la circunstancia que ello no implica que todo aquel que desee administrar justicia, sin perjuicio de su especialidad, deba integrar el órgano jurisdiccional. Ello asegura la unidad de la función judicial, debe encontrarse reconocida por el Estado, quien se encargará de velar por el acatamiento de lo que resuelva aquel órgano o institución a la que se le otorgue la función judicial. Ejemplo de ello lo constituye el órgano titular de la jurisdicción constitucional orgánica.

El caso más caracterizado es el finlandés, cuya Constitución data de 1999, la cual, en el Art. 98°, proscribire los tribunales de excepción, pero no los militares: “Los tribunales ordinarios serán el Tribunal Supremo, los Tribunales de Apelaciones y los Juzgados de Primera Instancia. Los Tribunales Administrativos ordinarios son el Tribunal Supremo Administrativo y los Tribunales Administrativos locales. Las provisiones sobre tribunales especiales que ejerzan potestad jurisdiccional en competencias expresamente determinadas serán establecidas por Ley. Se prohíbe la institución de tribunales de excepción”.

No obstante ello, caracteriza el sistema jurídico finlandés la no existencia de Tribunales castrenses especiales, de suerte que los delitos militares son tramitados por un colegiado ordinario de primera instancia con una composición específica. Los asesores jurídicos militares inician las investigaciones y emiten dictamen en los procedimientos disciplinarios, tratados por la Ley disciplinaria

militar y un Decreto Disciplinario castrense.⁵¹

Por su parte el Capítulo IX del código político finlandés relativo a la Administración de Justicia, se ocupa de las principales normas del sistema judicial. El Jefe del Estado nombra a los magistrados titulares a propuesta del Consejo de Estado. De otro lado, el Art. 99° dispone: “La más alta potestad jurisdiccional en asuntos contenciosos y penales es ejercida por el Tribunal Supremo, y en asuntos de justicia administrativa por el Tribunal Supremo Administrativo. Los Tribunales Supremos supervisan la administración de justicia en sus propias esferas de competencia. Pueden realizar proposiciones al Consejo de Estado para que inicie una acción legislativa”.

Ahora bien, el Art.100° establece lo siguiente: “El Tribunal Supremo y el Tribunal Supremo Administrativo estarán integrados por su Presidente y la cantidad necesaria de otros miembros. Los Tribunales Supremos tendrán quórum con la asistencia de cinco miembros, si no se establece otra cantidad expresamente por Ley”.

El Art.106°, sistemáticamente ubicado en el Capítulo X sobre control de la legalidad, indica: “Si en un asunto en proceso en un Tribunal la aplicación de una norma con rango de Ley está en evidente contradicción con la Constitución, el Tribunal deberá otorgar jerarquía normativa a la norma constitucional”.

Se otorga particular relevancia a la jerarquía normativa de la Constitución en la aplicación de la ley. La Carta Fundamental constituye parte importante del derecho aplicable en las cortes y éstas deben otorgarle jerarquía normativa en caso de incompatibilidad. La diferencia en relación a la situación anterior

51 J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO. “El Derecho Militar del Siglo XXI”, ob.c it, pp. 82-83.

es una cuestión principista pues antes los magistrados carecían de control difuso⁵².

Con relación a los procedimientos incoados a propósito de la comisión de delitos de función, a decir de Carruitero⁵³ ellos suponen una especial composición del Tribunal ordinario, a saber, el presidente es un juez civil, los dos restantes miembros son uniformados. En el supuesto de delitos castrenses, las resoluciones de los Tribunales de Distrito son impugnables ante el Tribunal de Apelación y eventualmente pueden llegar hasta el Tribunal Supremo. La Fiscalía, compuesta por graduados en Leyes, es autónoma y tiene competencia nacional.

4 SISTEMA EURO LATINO: LA JUSTICIA MILITAR EN ITALIA

Contrario al sistema anglosajón, la Carta italiana del 47 pensada con la lógica de post guerra, en el tercer párrafo del Art.103º, dispone que: “Los Tribunales Militares, en tiempo de guerra, tienen la jurisdicción establecida por la ley. En tiempo de paz, tienen jurisdicción por los delitos militares cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas”. Posteriormente, a través de reformas legislativas en 1981 y 1985, se desarrolló el precepto constitucional y se introdujeron precisiones en la justicia castrense para tiempo de paz.⁵⁴

El sistema de justicia militar italiano, define sus alcances, circunscribiéndolo a militares y delitos militares. Cuando no hay conflicto armado, los civiles no son juzgados por los tribunales castrenses, ni éstos

conocen de delitos comunes cometidos por militares.

Caracteriza este sistema el principio de unidad jurisdiccional a que se contrae el Art.102º. constitucional, que expresa: “la función jurisdiccional es ejercida por magistrados ordinarios instituidos y regulados por las normas relativas al ordenamiento judicial. No podrán instituirse jueces de excepción (*giudici straordinari*) ni jueces especiales. Sólo podrán instituirse en el seno de los órganos judiciales secciones especializadas para materias determinadas y en las mismas también podrán participar ciudadanos idóneos que no pertenezcan a la magistratura. La ley regulará los casos y las modalidades de la participación directa del pueblo en la administración de justicia”

A la cabeza del sistema judicial se encuentra la Corte Suprema de Casación, competente para resolver los recursos interpuestos contra resoluciones expedidas por la justicia militar. De acuerdo al Art.111º de la Constitución italiana: “Siempre se podrá interponer recurso de casación por infracción de la ley ante el Tribunal Supremo frente a las sentencias y los autos en materia de libertad personal pronunciados por los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales. Esta norma no admitirá más excepción que las sentencias de los Tribunales militares en tiempo de guerra”.

Con el propósito de asegurar la autonomía de los tribunales castrenses, en su composición destaca nítidamente el número de magistrados abogados militares sobre el de Oficiales provenientes de las escuelas de

52 J. NOUSIAINEN. “La nueva Constitución de Finlandia: de un régimen mixto al parlamentarismo”, En línea, disponible en <http://www.om.fi/satellite?blobtablemungoblobs&blobcorladata&ssuriaptype/pdf>, consultado el 23 de octubre de 2012, p.16.u

53 “Los fundamentos históricos y constitucionales de la jurisdicción militar española”. pp. 129-130.

54 MILLAN-GARRIDO Antonio, “La reforma de la legislación penal militar en Italia”, *Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Santafé de Bogotá, No.53, 1994, p.56.

formación militar, con lo que se garantiza un estatuto técnico jurídico contrastado de los magistrados, que polariza con la estructura jerárquica de mando. El Tribunal de Apelación es uno, tres de cuyos cinco miembros son abogados militares, mientras que la última instancia del proceso, esto es, la Corte Suprema de Casación, está compuesta únicamente por magistrados comunes. Los jueces castrenses, tienen el mismo régimen de los magistrados comunes, lo que robustece su autonomía frente a las autoridades militares y al propio Poder Ejecutivo.

El modelo de justicia castrense se asienta al igual que otros modelos continentales europeos, en un sistema discriminado de normas que rigen en tiempos de paz y guerra. La Constitución da a los Tribunales militares una relevancia constitucional que los sitúa a buen recaudo de su supresión por ley ordinaria, si bien no cristalizaba la estructura y competencia de los mismos.⁵⁵

La justicia privativa circunda su competencia a los militares que cometen delitos militares, no pudiendo juzgar en tiempo de paz a civiles ni delitos comunes cometidos por militares. El modelo de justicia militar, en cuanto a la estructura y composición de los órganos judiciales militares, no es distinto al español y al peruano aunque mantiene diferencias, pues, pese a mantener una jurisdicción especializada, el estatuto de los jueces militares es similar al de los jueces ordinarios.

Tal desarrollo legislativo no ha sido fácil, pues la justicia militar lleva más de medio siglo en el centro de la discusión y es objeto de constantes intentos de reforma e incluso

de supresión. Ello se atribuye a la Asamblea Constituyente de 1947, donde se cuestionó en un principio la existencia de los tribunales militares en tiempo de paz.⁵⁶

La reforma del 7 de mayo de 1981, núm. 180, mantiene para tiempo de paz, con modificaciones, la anterior estructura de los órganos judiciales militares, pero incidiendo en la independencia, tanto de los magistrados militares como de los órganos judiciales de los que varía su composición. En esta Ley, la estructura de la justicia militar es distribuida en tres instancias, al igual que en la jurisdicción ordinaria (antes en la militar sólo se admitía doble instancia). Los Tribunales se clasifican en Tribunales militares, Tribunal Militar de Apelación, Juez de mérito de segundo grado y Tribunal de Casación. También varía su composición, pues de la anterior, constituida en gran parte por militares y grados, se pasa a otra con menor número de militares y la incorporación de técnicos o magistrados equiparados totalmente a los de la jurisdicción ordinaria.⁵⁷

La organización judicial está formada por:⁵⁸

Los Tribunales militares, que según el art. 2 de la Ley de 7 de mayo de 1981, núm. 180, están formados por tres miembros: dos Magistrados militares –entre ellos el Presidente– y un militar de grado par.

La Corte Militar d'appello, con sede en Roma, encargada de Juzgar la apelación contra las resoluciones de los Tribunales militares. Tribunal integrado por un Presidente, Magistrado militar de casación o de apelación, dos Magistrados militares de apelación y dos

55 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La jurisdicción militar*. Op, cit, p. 136.

56 MAGGI, V, *Limiti costituzionali al diritto e al processo penale militare*, Nápoles, 1981. p. 3.

57 GIL GARCÍA, Olga. *La Jurisdicción Militar*. Op. cit., p. 162.

58 Ibidem, p. 36.

militares de grado igual al imputado y con funciones de Juez, también extraídos por sorteo.

Los Tribunale Militare de sorveglianza, uno en Roma, compuesto sólo por Magistrados militares.

Como en España, se admite el recurso de casación, conforme a las normas del codice de procedura penale, ante la Corte de Casación. Pero esta salvaguarda del principio de unidad en el vértice superior, supone la pervivencia de órganos judiciales militares especiales hasta esa instancia.

El artículo 37º del Código Penal Militar italiano define el delito militar como cualquier violación a la ley penal militar, siendo que ésta se encuentra inspirada en la protección de los intereses militares. Son delitos militares los que lesionan los intereses de las Fuerzas Armadas.

En aspiración de respetar la unidad de la función jurisdiccional, la Corte Suprema se constituye en instancia de casación de las sentencias emitidas en el fuero castrense. Según la Constitución esta garantía sólo se suspende en época de guerra con lo que se establece claramente la sujeción de la justicia militar a la jurisdicción ordinaria, asimismo con el objeto de asegurar la emisión de sentencias con mayor contenido técnico jurídico en los tribunales militares, predominan los oficiales abogados frente a los de armas. Así, el Tribunal de Apelaciones tiene cinco miembros de los cuales tres son oficiales abogados. Los magistrados militares tienen el mismo régimen de los ordinarios.⁵⁹

Este modelo ha influenciado el desarrollo del sistema español y según un importante sector de la doctrina nacional, debe servir de inspiración al peruano.⁶⁰

59 Finalmente, deberíamos ocuparnos también de la justicia militar rusa y china, pero por razones de espacio que no escapan a la comprensión del lector atender, postergaremos su tratamiento para diferente oportunidad. En todo caso, quien tenga interés en el tema ruso, tal vez pueda revisar, BRAVO MAXDEO, Roosevelt: "La Fiscalía Militar en Rusia: Historia y actualidad" en "El Jurista del Fuero Militar Policial", Lima, Año I /Julio – Diciembre 2012, páginas 77 a 82, publicación académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, en el que se transcribe el discurso del Teniente General de la Justicia V.I. MELNIKOV, Vice Fiscal General Militar de Rusia, en el marco del V Encuentro Internacional de Derecho Humanitario y Derecho Militar, organizado por el Fuero Militar del Perú, en acuerdo con la Asociación Internacional de Justicias Militares con sede en Brasil, llevado a cabo en Lima entre los días 26 y 28 de abril de 2011. Asimismo en lo que concierne a la República Popular China, se sugiere revisar el final del Capítulo III de la tesis doctoral de CARRUITERO LECCA, José Francisco: "Los fundamentos históricos y constitucionales de la jurisdicción militar española".

60 Al respecto, se sugiere revisar entre otros, el Informe Defensorial N°6 "Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú", Lima 1998, publicación de la Defensoría del Pueblo y GILES FERRER Arturo Antonio: "Oteando el futuro de la justicia militar", en: "II Foro Interamericano sobre justicia militar y derecho operacional", publicación del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, Lima 2014, pp. 117 a 125.

EL “PROYECTO DE CONSTITUCIÓN MILITAR DEL EJÉRCITO DEL PERÚ” DE 1827 *

*José F. Palomino Manchego***

I. RASGOS HISTÓRICOS DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL PERU VIRREINATO Y SU INFLUJO EN NUESTRA VIDA REPUBLICANA HASTA 1827

Tal como hemos puesto de relieve en otra ocasión, el hecho de llevar a cabo una ojeada retrospectiva de la Justicia Militar en el Perú nos obliga a sostener que ella ha existido desde antes de la etapa republicana y, como tal, ha venido evolucionando hasta adquirir los perfiles actuales. Claro está, con luces y sombras y con la problemática que acarrea, producto del poco interés por parte de los operadores políticos, fenómeno que también salta a la vista en algunos Estados constitucionales de América Latina¹.

Durante el Virreinato rigieron las famosas Ordenanzas Militares españolas tales como la de 1728, las Ordenanzas del 10 de enero y del 7

149

Este artículo se publica con la anuencia del autor. Ha sido tomado del Libro “La Jurisdicción Militar en Debate” (Coordinador: Domingo García Belaúnde). Cuadernos del Rectorado. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Primera edición: Enero del 2008, p. 63-95).

* Agradezco a mi buen amigo y colega en la docencia, Dr. Luis Sáenz Dávalos, por su apoyo invalorable para poder concluir el presente ensayo. También extendiendo mi reconocimiento al Dr. Marcos Jamanca Vega por haberme permitido conocer el proyecto de Constitución Militar el Ejército del Perú de 1827.

** Profesor de derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de la Universidades Nacional Mayor de San Marcos y de Lima, y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Investigador visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (1990). Diplomado de Defensa Nacional por el Centro de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEM) de España (1996).

Vid. Gerardo Eto Cruz, César Landa Arroyo y José F. Palomino Manchego “La Jurisdicción Militar en el Perú”, en Germán J. Bidart Campos – José F. Palomino Manchego (Coordinadores): Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1997, pp. 354-371.

de abril de 1745 que regularon las atribuciones del Auditor de Guerra, Las Ordenanzas de su Majestad para el Gobierno, Disciplina y Subordinación del Ejército, la Real Cédula de Carlos III del 4 de noviembre de 1773 que crea en España el Consejo Supremo de Guerra y la Ordenanza Naval de 1802. Las disposiciones contenidas en el Prontuario de Espinoza y las leyes de Colón también formaron parte de los antecedentes de la legislación militar en el Vierreinato.

La Constitución de Cádiz-próxima a celebrar su bicentenario-promulgada por el Rey Fernando VII el 19 de marzo de 1912, que tuvo vigencia para España y sus dominios de Ultramar, reconocía en sus artículos 248, 250, y 359 los siguientes aspectos: a) el principio de unidad del fuero, b) los militares gozaban del fuero particular sobre la base de lo dispuesto en la Ordenanza, y c) la regulación de la disciplina militar se regía de acuerdo a las ordenanzas².

Así llegamos hasta 1823 en que se crea mediante una ley especial el Consejo Militar Permanente, no existiendo en las primeras constituciones de 1823 y 1826 dispositivo alguno que se ocupe con detalle de la Jurisdicción Militar.

Ahora bien, los autores que suscribieron el Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú en 1827 fueron Anselmo Quiros 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 Bermudez (Tarma 1793-Lima 1852), Diputado y Senador, Ministro de Guerra y Jefe Supremo de la República en 1834³. 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, ¿qué llevó a los autores poner como título *Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú*? ¿Había acaso en aquella época -el año 1827- una legislación militar homogénea en el Perú? ¿Seguíamos dependiendo de la legislación militar española, en especial de las Ordenanzas Militares de Carlos III?

La pista nos puede dar, 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*. Recuerda Roberto Blanco 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. Blanco, Alvaro Flórez Estrada redactó una *Constitución Política de la Nación española* por lo tocante a la parte

2 La abundante y prolija bibliografía, desde la perspectiva histórica, se puede consultar en Antonio Millán Garrido: *Justicia Militar*, 6ª edición, Editorial Ariel, S.A., Madrid, 2006, pp. 810-812.

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

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

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)⁵⁵.

Ambas obras, concluye Roberto L. Blanco, tienen 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 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 desarrollo a los principios constitucionales gaditanos.

2. Ello 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-político 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 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 proporcionalidad, mayor o menor, de sus ideas.

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, creemos, 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 pasado a ser un clásico de pensamiento político contemporáneo-, nos atreveríamos a apuntar que la reflexión que se contiene en los proyectos Flores-Sancho es, en sus condicionamientos y sus intenciones, comparable a la

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

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 inescindible”⁶.

II. LA JUSTICIA MILITAR EN LOS INICIOS DE LA REPÚBLICA: UN ANTECEDENTE

El llamado “Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú” representa para su época (1827) un documento de trabajo precursor de lo que hoy en día constituye la legislación militar, especialmente en los que se refiere a aquellos aspectos de organización y estructura de las Fuerzas Armadas, como en otros en los que se delimita los alcances de La Justicia Militar. Ya sea para fijar competencias y establecer límites a la misma, ya sea para precisar los supuestos de procesamiento y exclusión de quienes son sometidos a dicho fuero privativo. Hasta ese entonces no había un Código de Justicia Militar Nacional que regule la organización y los delitos cometidos por los profesionales de las armas.

Por otra parte, contiene 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”⁷, pues como veremos

inmediatamente, consigna normas que con algunos retoques y modificaciones propias del tiempo, son reconocidas por la mayor parte de constituciones del continente, incluyendo, a la peruana.

Yendo al punto central, el Proyecto en cuanto tal se encuentra conformado por once capítulos (“De la fuerza armada en jeneral”, “De la fuerza del ejército y division militar del territorio de la Republica”, “Del reemplazo del ejército”, “Estado mayor jeneral”. “De la instruccion del ejército”, “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 primero puede destacarse el artículo 1° cuyo texto establece que: “Todo peruano llamado por la ley, esta obligado a defender a la Patria desde la edad de los 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, aún cuando, debido a los excesos en las Fuerzas Armadas, se ha convertido en el Perú en servicio voluntario.

El artículo 2° agrega que: “La fuerza militar de la Republica, es el conjunto de todos

6 Cfr. Roberto L. Blanco Valdés: *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, obra citada, p. 215.

7 Por ejemplo, vid. El libro de Pablo Casado Burbano: *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Edersa, Madrid, 1986.

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 7° posteriormente precisa que: “El ejército se compondrá de infantería, caballería, artillería e ingenieros” (el subrayado es nuestro). Pues, 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 que ser militar no supone necesariamente que para todos los casos adopte una postura eminentemente armamentista.

El artículo 3° termina por avalar lo sostenido, más arriba, pues al precisar que: “Defender la nación de sus enemigos exteriores, sostener la Constitución y la ejecución de las leyes, es objetivo de la fuerza armada”, permite considerar que no siempre resulta esencialmente castrense la finalidad del Ejército, pues con igual lógica o con 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°, perteneciente al capítulo tercero y 35° del capítulo cuarto, consignan 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 número de tropas de cada arma deba componer el ejército”; el segundo: “El ministro de guerra presentara todos los años al Congreso un estado de las tropas de línea, y otro de la milicia cívica; 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 ejército”. Con dichos preceptos queda evidente patentizada no sólo el tipo de relación, sino la propia jerarquización del Ejército frente a la organización 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 administración de los fondos decretados por el Congreso para cubrir el presupuesto de la guerra se establecerá una oficina jeneral de la hacienda militar”. Por consiguiente, y conforme al artículo 54° del mismo capítulo: “El Jefe del E.M.J. (Estado Mayor Jeneral) reclamara del ministerio y del tesorero general de la Nación, los fondos decretados por el Congreso para atender los gastos del ejército”.

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 administración militar, o para los 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 línea que se casen en la clase de capitán arriba, gozaran de una pensión del Estado”; el artículo 90° que: “Las mujeres y en su defecto los hijos menores, hijas solteras o padres de los oficiales prisioneros, disfrutarán de la mitad del haber de sus maridos, padres o hijos, mientras estos estén en poder del enemigo”; el artículo 91 que: “Los militares absolutamente inutilizados en actos de servicio, percibirán su haber íntegro 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 demás ciudadanos en la provisión 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, serán atendidos únicamente los méritos militares, y para graduar estos, solo serán bastantes las correspondientes hoja de servicios conformes a la ordenanza”; el artículo 95° que: “Se anotarán anualmente los que hubiesen prestado desde el año anterior el individuo respectivo”; el artículo 96° que: “Se renovarán también todos los años en las hojas de servicios las notas que califican las circunstancias personales de los individuos respectivos”; el artículo 100° que: “Ni los coroneles ni los jenerales, tendrán notas en sus hojas de servicios”; el artículo 102 que: “Las hojas de servicio se leerán a los interesados con las respectivas notas, y oídos estos sobre las reclamaciones que tengan que hacer, expresarán bajo su forma, si se conforman o no”; el artículo 103 que: “Si el interesado no se conforma, el comandante jeneral o de división, le oirá la presencia de las personas que

formaron la hoja y extenderá su dictamen a continuación”; el artículo 104° que: “Este dictamen será el último recurso a excepción del caso en que la reclamación recaiga sobre alguna nota de mala conducta, en el cual se procederá a la averiguación judicial con arreglo a ordenanza, y por el resultado perderá su empleo el anotado, o el injusto anotador”; el artículo 105° que: “La ordenanza jeneral clasificará las acciones distinguidas, y les asignará premios fijos y proporcionales”; el artículo 106° que: “Todo militar podrá en tiempo de paz, retirarse después de haber servido cuatro años”; el artículo 107° que: “A los quince años de servicio gozará el militar que se retire un tercio del haber de su último empleo, a los 20 años medio, a los 25 dos tercios, y a los 30 un haber íntegro”; y el artículo 108° que: “La ordenanza jeneral del ejército designará el abono de tiempo que tendrán los años de servicio en campaña y los premios correspondientes a las milicias cívicas”.

Con los atributos antes referidos, puede decidirse 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.

El capítulo décimo es, definitivamente, y como se anticipó líneas arriba, el fundamental, pues a través de los dispositivos en él consignados se sientan las bases de los que por entonces se asume como una correcta delimitación entre los fueros civil y militar, así como las competencias esenciales que por sobre todo, a este último corresponden.

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 dicho 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 a los que la ley ordinaria tipifica como delitos comunes.

A renglón seguido, y en lógica de delimitar lo que representaría el objeto de procesamiento de la jurisdicción castrense, el artículo 120° precisa que: “Son delitos militares: 1° Los que pueden cometerse por solo los individuos militares: 2° 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: 1° Los desacatos o violencias cometidas por cualquier persona contra los militares que se hallen en actos del servicio de armas. 2° Los actos ejecutados por cualquier persona en auxilio de un ejercito enemigo”.

De los preceptos glosados puede verificarse que el artículo 120° delimita con toda precisión que para que un delito sea militar, no solo debe tratarse de hechos castrenses o propios de la vida castrense, sino que el sujeto activo debe ser necesariamente militar. Y el artículo 121° introduce por vez primera, lo que a la larga se convertiría en fuente de inagotables polémicas, desde que se admite que personas que no sean militares, pueden ser sometidos al fuero privativo, ya sea porque quien aparece como sujeto pasivo es militar, ya sea porque se incurre en actos considerados como tradición a la patria.

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 de civiles, no es un tópico que pueda considerarse novedoso sino que como se podrá apreciar, tiene antecedentes bastantes remotos.

El artículo 122° ha consignado, por otra parte, que: “El codigo militar, señala las penas

correspondientes a los delitos militares”. Y el artículo 123° ha agregado que: “El mismo designara las penas correccionales que por duras que fuesen, no seran infamantes”.

Ambos criterios no 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 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 para lógica por entonces manejada pueden considerarse agravantes al establecer que: “Todo delitos o falta militar, sera castigado con mayor pena en campaña, que en tiempo de paz”, y que: “El reincidente sera espelido del servicio previo el juicio respectivo, y sufrira 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 podra contraer matrimonio, y usar de todos los demas derechos civiles, sin mas requisitos ni licencias que los demas 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 citado – 127– contempla que: “Ni en campaña, ni en tiempo de paz, sufrira ningun militar pena alguna excepto las correccionales, sino en virtud de sentencia judicial”, lo que supone que la capacidad de sancionar queda residenciada

en las autoridades que a nivel del fuero castrense impartan 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 que: “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, o peor aún, considerar a la cobardía como un delito es algo que hoy en día no resistiría el menor análisis.

El artículo 129° 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 dicho precepto que: “Ningun militar podra ser depuesto de su graduacion 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 puede

verse perjudicado ya sea en su status o labor, sino en los supuestos expresamente previstos por la ley.

III. VALORACIÓN FINAL

El Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú que se publicó en 1827, sin lugar a dudas, constituye un documento de suma importancia para la historia del Derecho Penal Militar en el Perú, y cuya difusión y estudio por parte de los especialistas en la materia ha pasado desapercibido⁸. De ahí la razón de darlo a conocer en los momentos que el tema de la Justicia Militar se halla en pleno debate.

Cádiz, enero de 2008.

PROYECTO DE CONSTITUCION MILITAR DEL EJERCITO DEL PERU

Lima

IMPRENTA DE LA INSTRUCCION PRIMARIA
POR S. HURLEY, 1827

La ordenanza española, obra celebre en su especie, en la epoca en que fue dada, es hoy insuficiente por las mejoras que el tiempo ha hecho en la base, en la tactica y en la economia de los ejercitos. Por otra parte es inadmisibile para nosotros que necesitamos ajustar la subordinacion militar al pacto que hemos formado, y a las instituciones de nuestro ejercito a nuestras circunstancias locales.

Por consiguiente los subscritos pedimos que se nombre una comision particular que presente el proyecto de la Constitucion Militar y de sus respectivos reglamentos.

Lima Julio 31 de 1827.- *M. de Aparicio.- Anselmo Quiros.- Presentada a las 11 de hoy*

8 Resulta importante consultar la tesis que presentó Ernesto Blume Rocha, contando con mi asesoría, para la obtención del Título de Abogado en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Lima, y que lleva por título La Justicia Militar en la Historia del Perú, Lima, 2003.

31 de julio.- Una rubrica.- A la comision especial nombrada en esta fecha Julio 31.- Una rubrica.

SEÑOR

La Comision nombrada para presentar el Proyecto de Constitucion y sus respectivos reglamentos, solo ha tenido que registrar los trabajos y practicas de las naciones guerreras en las epocas de su libertad, para hacer un plan adecuado a las circunstancias de nuestro ejercito, que creado sin instituciones en el tiempo de la revolucion, y al frente del enemigo, conserva a mas de su carácter natural, cierta especie de disposicion que lo hace susceptible de cualquier forma, y con especialidad de una organización radical, que se sustituya, al caos que forman las instituciones antiguas con las reglas inutiles y multiplicadas, que sin relacion mutua, han dictado indistintamente los anteriores gobiernos, segun ha sido el espiritu particular que los ha guiado. Si consideramos que habiendo estado la suerte de todo militar exclusivamente dependiente de las personas que han mandado, y que el ejercito sin embargo, jamas se ha prestado a ser vil instrumento, se conocera desde luego, que el Proyecto presentado, al formar la fuerza armada de verdaderos peruanos, al garantizarles su carrera; su subsistencia y la de las prendas que mas amen. Consulta casi tanto como es posible la seguridad de las instituciones nacionales; porque la suerte de los militares, ora sean mirados en clase, ora como ciudadanos, solo nace de la prosperidad de la Patria, y si las naciones que nos cercan, no han tenido mas recursos, corren a su infancia, a la par que nosotros la nuestra; ¿que motivo puede paralizarnos?

El Proyecto que se presenta, solo tiene por objeto convertir la fuerza armada en

apoyo de la libertad. Es la fe politica de los militares de la comision, que aseguran que es tambien la del ejercito, a quien han seguido y observado en todo el curso de la guerra. Entrar en un detall prolijo de cada articulo o capitulo, seria inutil porque solo al leerlos salta el espiritu que los ha dictado, y la tendencia que llevan acia su objeto; fuera de que, ya seria tarde para un detall semejante. El ejecutivo se prepara a pedir al Congreso los militares de la comision, y ya apenas puede quedarles tiempo para sentir y conocer mejor con este motivo el lazo que los liga a la Representación Nacional, de cuyo ceno se separan. Si contra todas las probabilidades y por un acontecimiento extraordinario la planta extranjera hayase nuestro suelo; al ejercito no le bastaria la gloria de perecer en un caso desgraciado, si sus restos por lo menos no formasen en la barra del Congreso su ultima muralla.

Quiera la Representacion Nacional admitir el amor y profundo respeto con que la Comision en sus ultimos instantes, le presenta humilde sus trabajos:- Lima y Octubre 12 de 1827.- Señor: *Anselmo Quiros.- Manuel Ignacio García.*⁹

CONSTITUCION MILITAR DEL EJERCITO DEL PERU

CAPITULO PRIMERO DE LA FUERZA ARMADA EN JENERAL

Art. 1. Todo peruano llamado por la ley, está obligado a defender a la Patria con las armas desde la edad de 18 años hasta la de 40.

Art. 2. La fuerza militar de la Republica, es el conjunto de todos los peruanos que la Patria arma para su defensa.

Art. 3. Defender la nacion de sus enemigos exteriores, sostener la Constitucion y

9 En todo el texto del Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú se ha respetado de manera íntegra la ortografía de la época. (J.P.M.)

la ejecucion de las leyes es el objetivo de la fuerza armada. (a)

Art. 4. Dividese la fuerza armada en ejercito y escuadra.

Art. 5. Las Provincias litorales concurrirán al servicio de la escuadra, y las del interior al ejército.

Art. 6. El ejército se divide en tropas de linea y milicias civicas.

CAPITULO SEGUNDO DE LA FUERZA DEL EJERCITO Y DIVISION MILITAR DEL TERRITORIO DE LA REPUBLICA

Art. 7. El ejército se compondra de infanteria, caballeria, artilleria e ingenieros.

Art. 8. El Congreso fijara cada año el numero de tropas de cada arma que deban componer el ejército.

Art. 9. Se dividira el territorio de la Republica, en cuatro comandancias jenerales, compuestas la primera de los departamentos de Lima y Junin; la segunda del de la Libertad; la tercera del de Ayacucho y el Cuzco, y la cuarta del de Puno y Arequipa.

Art. 10. Un comandante general tendra en cada comandancia jeneral el mando de las tropas que alli existan.

Art. 11. En cada comandancia general habrá un pequeño E. M. que se denominara divisionario.

CAPITULO TERCERO DEL REEMPLAZO DEL EJERCITO

Art. 12. El reemplazo del ejército sera anual.

Art. 13. El ministro de la guerra presentara todos los años al Congreso un estado de las tropas de linea, y otro de la milicia civica;

ambos con expresion de las bajas ocurridas el año anterior para que se decrete el reemplazo.

Art. 14. Se hara este para las tropas de linea de los cuerpos civicos por sorteo, bajo un metodo uniforme y dentro de un mismo termino en toda la Republica; y el de estos de todas las clases del Estado, a quienes la ley no exceptuase.

Art. 15. Cada cuerpo civico en el intermedio de un año a otro, repondra las bajas que hubiesen ocurrido por deserción de los individuos con que haya contribuido a la formación o remplazo de los cuerpos de linea.

Art. 16. Entraran en sorteo anualmente todos los soldados y cabos de la milicia civica que tengan 18 o 19 años, y si estos no bastasen, los de 20, 21 &a.

Art. 17. Seran admitidos en las tropas de linea todos los que quieran servir voluntariamente, con tal que se empeñen por el mismo tiempo que los que sufren el sorteo; que presenten para ello licencia de su padre o curador si son peruanos, y que hagan constar su buena conducta, y no estar procesados criminalmente.

Art. 18. Los voluntarios tendran derecho a elegir el arma y cuerpo a que quieran ser destinados teniendo las calidades precisas.

Art. 19. El numero de voluntarios se rebajara del cupo de hombres, asignados a la comandancia, a que pertenezcan.

Art. 20. Dentro del termino preciso de 8 dias contados desde la fecha en que cada cuerpo reciba la mitad del reemplazo de un año, seran licenciados todos los individuos que hayan cumplido su empeño en el anterior.

Art. 21. Los peruanos que por medio de la fuga, o de cualquier otro modo se substraigan de servir en el ejército, sufrirán las penas que las leyes señalen a los desertores.

Art. 22. Solo se podra entrar a servir en el ejército, por los medios expresados en este

capítulo, u obteniendo plaza de alumno en los colejos militares.

Art. 23. Cuando se aumenta la fuerza de las tropas de línea, se hará aumentando los años de servicio, y el cupo del reemplazo al mismo tiempo; practicándose lo contrario cuando haya de disminuirse.

Art. 24. El empeño en tiempo de paz será por cuatro años, y en el caso del artículo 23 solo se podrá aumentar hasta seis, pero desde que la nación declare la guerra, todo empeño será por el tiempo que dure esta.

Art. 25. Los individuos que después de cumplidos sus empeños continuasen voluntariamente en los cuerpos de línea o armada, recibirán de enganche la gratificación que señale la ordenanza, siempre que hubiesen servido antes sin nota alguna.

CAPITULO CUARTO ESTADO MAYOR JENRAL

Art. 26. El Estado mayor jeneral recidirá en la capital; pero seguirá al Presidente de la República en los casos que salga de ella, conforme a la Constitución.

Art. 27. Se compondrá el E. M. J. de un jefe de la clase de general y el número correspondiente de ayudantes jenerales de la clase de coroneles, de primeros ayudantes tenientes coroneles, de segundos ayudantes de la clase de mayores, y de capitanes adictos con el suficiente número de escribientes de la de oficiales subalternos.

Art. 28. Ninguno podrá obtener las plazas de ayudantes sin haber servido antes en la clase de adicto, y pasado por todos los grados de escolta.

Art. 29. Los adictos serán nombrados entre los oficiales que se distinguen en los cuerpos de línea por sus talentos, conocimientos militares, valor y aplicación al servicio.

Art. 30. Los individuos del E. M. J. desde ayudante segundo inclusive arriba quedan separados enteramente de sus anteriores cuerpos y destinos.

SON ATRIBUCIONES DEL E. M. J.

Art. 31. El detall y la inspección del ejército.

Art. 32. La jeografía y topografía.

Art. 33. El establecimiento y dirección de los hospitales y formación y conservación de cuarteles y caminos militares de que habla el capítulo noveno.

Art. 34. Proponer una terna para los empleos vacantes, desde la clase de jefes hasta jenerales, para los de hacienda militar, y para comandantes jenerales.

Art. 35. Proponer al Gobierno todas las mejoras convenientes a los diversos ramos que componen el ejército.

Art. 36. Para los casos de que hablan a los artículos (33), (34), y (35) formará el E. M. J. una junta compuesta de los ayudantes jenerales primeros y segundos ayudantes, y tomará el cuerpo de sus acuerdos a pluralidad absoluta de votos, sin perjuicio de que cada vocal pueda que el suyo en las actas que firmaran el jeneral jefe que presidirá la junta, y el secretario que ella nombrarse.

Art. 37. También tendrán voto en esta, el contador y tesorero de la hacienda militar en los negocios de hacienda, el cirujano mayor en los concernientes a su profesión, el primer jefe de cada cuerpo de línea, en las propuestas que se hagan para llenar las vacantes de jefes que en el ocurran; y el comandante jeneral de artillería e ingenieros en los negocios de sus respectivas armas.

Art. 38. En caso de empate decidirá el Presidente.

Art. 39. Los estados mayores divisionarios, estarán a cargo de un ayudante general

del E. M. J. con los ayudantes adictos y escribientes necesarios, y bajo las inmediatas ordenes de los comandantes jenerales.

Art. 40. Los estados mayores divisionarios, ejerceran en cada distrito las propias funciones que el E. M. J. en toda la Republica.

Art. 41. Los E. M. D. seran parte del E. M. J. y los individuos de estos cuerpos, haran su carrera en los E. M. D. en el E. M. J. y en el ministerio de la guerra.

Art. 42. En tiempo de guerra se aumentara un numero suficiente de oficiales de E. M. para componer los de los ejercitos de opraciones a las ordenes de sus respectivos jefes a quienes nombrara el gobierno a propuesta del E. M. J.

Art. 43. El E. M. J. pedira cuantas noticia se necesite a los estados mayores divisionarios y de campaña, y estos por conducto del mismo, elevaran al Gobierno cuanto deba llegar a su conocimiento.

Art. 44. Los estados mayores divisionarios y los de campaña, pediran por si cuantas noticias necesiten a los jefes de los cuerpos, y a todas las demas autoridades militares de su ejercito, o comandancia jeneral.

Art. 45. Las ordenanzas jenerales detallaran todas las funciones que aqui se indican, el orden ascensos, el numero de oficiales de cada clase en tiempo de paz, y el modo de aumentarlos en tiempo de guerra: haberes que deben disfrutar, y todo lo demas concerniente a la perfecta organizacion de los estados mayores.

CAPITULO QUINTO DE LA INSTRUCCION DEL EJERCITO

Art. 46. La instruccion sera uniforme y exactamente conforme a la letra de la tactica que el ejecutivo señale para el ejercito.

Art. 47. Habran en los cuerpos de linea, academias constantes, teoricas y practicas.

Art. 48. Cada comandante jeneral reunira todos los años en un solo punto punto las tropas de linea existentes en sus respectivas comandancias y las ejecitaran el tiempo necesario en las maniobras de linea.

Art. 49. Para hacer efectiva la responsabilidad de las personas encargadas de la instruccion disciplina, el jeneral jefe del E. M. J. pasara cada año la revista de inspeccion a las tropas que existan en la comandancia de la capital, y el ejecutivo a propuesta del jefe del E. M. J. nombrara a los inspectores que hayan de pasarla a las tropas de las demas comandancias jenerales sin perjuicio de las demas revistas extraordinarias que tuviese a bien ordenar.

Art. 50. El Colejio militar mandado establecer por decreto de ... y los demas colejios o escuelas que en adelante se establecieren, quedaran sujetos al plan de estudios que detallen las ordenanzas jenerales.

CAPITULO SEXTO DE LA HACIENDA MILITAR

Art. 51. Para la mejor administracion de los fondos decretados por el Congreso para cubrir el presupuesto de la guerra se establecera una oficina jeneral de hacienda militar.

Art. 52. Se dividira a esta oficina en dos departamentos, contaduria jeneral y tesoreria.

Art. 53. Todo ramo de la hacienda militar y los empleados en ellos, estaran bajo la inspeccion del E. M. J.

Art. 54. El jefe de E. M. J. reclamara del ministerio y del tesorero general de la Nacion, los fondos decretados por el Congreso para atender a los gastos del ejercito.

Art. 55. La tesoreria militar jeneral, recibira del tesorero jeneral de la Nacion, los fondos de la hacienda militar, y los distribuira en virtud de ordenes supremas.

Art. 56. La contaduría jeneral militar, intervendrá todos los documentos de cargo y data de la tesorería, y llevará cuenta exacta de los caudales que se aplique al pago del presupuesto de la guerra, y su legítima inversión.

Art. 57. La cuenta de la tesorería jeneral militar se cortará todos los años.

Art. 58. En cada comandancia jeneral habrá del mismo modo, una oficina militar que se compondrá de intervención y pagaduría del ejército.

Art. 59. Las funciones de esta oficina, son en cada comandancia jeneral lo que las oficinas generales respecto de todo el ejército.

Art. 60. El pago de todos los gastos militares de cada comandancia jeneral se hará por la respectiva pagaduría del ejército, con la debida intervención, y por orden del comandante jeneral.

Art. 61. Las propuestas que la Junta de E. M. haga para los empleados de hacienda militar, reciban el informe del ministro de hacienda, quien las pasará al de guerra para que las presente al ejecutivo.

Art. 62. Los empleados de la hacienda militar, darán antes de tomar posición de sus destinos, las mismas fianzas que los demás empleados de la hacienda pública.

Art. 63. La oficina jeneral de la hacienda militar, pasará en cualquier tiempo al ministro de hacienda, todas las razones que pida; ya sea para fiscalizar la administración militar, o para los demás usos que convengan al ministerio.

Art. 64. En tiempo de guerra se organizarán las oficinas de campaña con los empleados de la hacienda militar, los cuales volverán después a sus respectivas oficinas; recomendados particularmente para sus ascensos posteriores según los méritos que hubiesen contraído.

Art. 65. Para simplificar los ajustes del ejército, los comisarios de guerra, formarán el ajuste mensual de cada cuerpo a continuación del extracto de revista, haciendo por nota el cargo o abono de las bajas, altas, hospitalidades, y demás novedades que ocurran de una revista a otra.

Art. 66. En cada cuerpo habrá una junta económica, compuesta de los jefes y capitanes, que será responsable de distribución, y legítima inversión de los fondos de caja.

CAPITULO SEPTIMO ASCENSOS

Art. 67. Las plazas de mando de armas en el ejército serán las siguientes. (b)

CLASE	Cabo segundo. Idem. Primero. Sargento segundo. Idem. Primero.
OFICIALES	Subteniente o alférez. Tenientes. Capitan.
JEFES	Sargento mayor. Teniente coronel. Coronel.
JENERALES	Jeneral de brigada. Idem. de división y mariscal.

Art. 68. Para ascender en el ejército se requiere saber leer y escribir y contar: estar perfectamente impuesto en las obligaciones de la clase a la que se ascienda y de las Inferiores; y haber hecho todas las fatigas, así de armas como mecánicas; de la plaza que se deja.

Art. 69. Nadie podrá obtener dos ascensos con una misma fecha, ni ascender dejando algún grado intermedio.

Art. 70. No se darán graduaciones militares a los que no se hallen en actual servicio,

ni grados superiores al empleo efectivo que cada uno obtenga.

Art. 71. Tampoco se proveera bajo el titulo de su supernumerario; de ejercito o de cualquiera otro modo ningun empleo militar, que no tenga la vacante efectiva.

Art. 72. En la tropas de linea, el ascenso hasta cabo primero sera en la compañía en que se sirva; desde sarjento segundo hasta capitán inclusive en cada cuerpo respectivo; y desde sarjento mayor hasta coronel inclusive, en todos los cuerpos de la arma a que correspondan los ascendidos.

Art. 73. La salida ordinaria de los sarjentos primeros de artilleria e ingenieros, sera a sub-tenientes de infanteria y caballeria, segun la clase de servicio que hubieren hecho y sin perjuicio de tercero.

Art. 74. El ascenso hasta sarjento primero sera siempre por eleccion.

Art. 75. Las plazas de subtenientes de infanteria y caballeria de linea, se proveeran alternando dos alumnos y un sarjento.

Art. 76. Las vacantes de las sub-teniente, teniente y capitán de infanteria y caballeria en los cuerpos de linea, se proveeran dando una plaza a la antigüedad rigurosa, y otra a la eleccion.

Art. 77. La salida a jefe, y los ascensos en esta clase, seran siempre por eleccion.

Art. 78. Las Propuestas por eleccion se formaran en terna.

Art. 79. Las propuestas desde cabo segundo hasta sarjento primero inclusive, seran a pluralidad de votos por una junta compuesta de los subalternos, y el comandante de la compañía en que fuere la vacante.

Art. 80. Las propuesta desde sub-teniente hasta capitán inclusive, se haran del mismo modo por otra compuesta de los capitanes y jefes de cuerpo, y la de estos en las tropas de linea por el E. M. J.

Art. 81. La eleccion de cabos y sarjentos propuestos, se hara tambien a pluralidad de votos por una junta compuesta de los jefes del cuerpo, y del capitán o comandante en la compañía en que fuere la vacante.

Art. 82. El ejecutivo proveera los demas empleos militares; y desde coronel inclusive hacia arriba, con las calidades que previene la Constitucion politica.

Art. 83. En la propuesta y eleccion, solo tendran voto los individuos que esten presentes a excepcion de las propuestas para los jefes de los cuerpos de linea, en las cuales, su estuviere ausente de la capital el primer jefe del cuerpo en que ocurra la vacante, remitira su voto por escrito al E. M. J.

Art. 84. Si en estas votaciones resultasen empate, decidira el individuo de mayor graduacion que presidira la junta.

Art. 85. En las propuestas y elecciones se atenderan el valor probidad, aptitud y amor a las instituciones de la Republica, y en circunstancias iguales, a los servicios y antigüedad.

Art. 86. A todo ascenso procedera un riguroso examen de los que aspiran a ser propuestos.

CAPITULO OCTAVO

HABERES, SERVICIOS, PREMIOS Y RETIROS MILITARES

Art. 87. La ordenanza jeneral fijara los haberes de las tropas de linea.

Art. 88. Los individuos que las compongan gozaran un sueldo fijo y sin descuentos.

Art. 89. Las viudas y en su defecto los hijos menores de los militares de linea que se casen en la clase de capitán arriba, gozaran de una pension del Estado.

Art. 90. 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.

Art. 91. Los militares absolutamente inutilizados en actos de servicio, percibiran su haber integro hasta que sean colocados en otros destinos de no menos sueldo, que el que disfrutaban por su empleo militar.

Art. 92. Los militares inutilizados en actos de servicio, seran preferidos a todos los demas ciudadanos en la provicion de los empleos civiles, teniendo aptitud y providad.

Art. 93. Las viudas, hijos menores, hijas solteras o padres de los militares que mueran en actos de servicios percibiran la mitad del sueldo que disfrutaba su marido, hijo o padre cuando murio.

Art. 94. 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.

Art. 95. Se anotaran annualmente los que hubiese prestado desde el año anterior el individuo respectivo.

Art. 96. Se renovaran tambien todos los años en las hojas de servicios las notas que califiquen las circunstancias personales de los individuos respectivos.

Art. 97. Hasta la plaza de teniente primero inclusive, se estenderan las notas a pluralidad de votos en junta compuesta del capitan de la compañía y de los jefes del cuerpo.

Art. 98. Las notas de los capitanes se pondran del mismo modo por la junta de jefes.

Art. 99. Las juntas de los jefes hasta coronel exclusive, se pondran por el jefe de E. M. y el comandante jeneral o jeneral de la respectiva division en tiempo de guerra.

Art. 100. Ni los coroneles ni los jenerales, tendran notas en sus hojas de servicios.

Art. 101. Cualquiera duda que ocurra en las calidades de algun sujeto, se decidira a pluralidad absoluta de votos por la junta cuyo presidente tendra voto decisivo en caso de empate.

Art. 102. Las hojas de servicio se leeran a los interesados con las respectivas notas, y oidos estos sobre las reclamaciones que tengan que hacer, exprezaran bajo su firma, si se conforman o no.

Art. 103. Si el interesado no se conforma, el comandante jeneral o de division, le oira a presencia de las personas que formaron la hoja y extendera su dictamen a continuacion.

Art. 104. Este dictamen sera el ultimo recurso a excepcion del caso en que la reclamacion 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.

Art. 105. La ordenanza jeneral clasificara las acciones distinguidas, y les asignara premios fijos y proporcionados.

Art. 106. Todo militar podra en tiempo de paz, retirarse despues de haber servido cuatro años.

Art. 107. 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.

Art. 108. 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.

CAPITULO NOVENO CAMINOS MILITARES MARCHAS Y BAGAJES

Art. 109. El E. M. J. formara un croquis itinerario de toda la Republica en el cual se

indicaran los caminos militares de primera y segunda clase, y en unos y otros los pueblos de transito, los pueblos de data, y los de descanso.

Art. 110. Los caminos militares de primera clase, seran los caminos que comuniquen la capital de una provincia con la de las provincias limitrofes.

Art. 111. Los caminos militares de segunda clase seran los que sirvan para comunicar las capitales de provincia con los respectivos puertos.

Art. 112. Los pueblos de transito seran aquellos donde deben hacer noche las tropas en marcha; los de data aquellos en que deban recibir transportes, y los de descanso aquellos en que la tropa deban hacer alto.

Art. 113. Se proporcionara que la distancia de cada transito no baje de diez leguas ni suba de diez y seis.

Art. 114. Se construiran en los pueblos de transito y descanso los cuarteles y hospitales necesarios.

Art. 115. La formacion de los caminos militares y la construccion de los cuarteles militares y hospitales respectivos corresponden a las tropas de linea bajo la direccion del E. M. J. y en los tiempos en que el ejecutivo señale para estos trabajos.

Art. 116. Todo militar que marche en comision del servicio o cuerpo de tropas, recibira en el punto de donde sale el importe de los bagajes y la gratificacion de marcha que designe la ordenanza conforme a la distancia del punto a que debe llegar.

Art. 117. El Jefe de tropas que marchen cualquiera que sea su numero, pedira a la autoridad civil de cada pueblo de transito la contenta correspondiente al pago que hubiese hecho de los bagajes y viveres que se le hubiesen proporcionado, y al buen porte y disciplina observada por los individuos que estan a sus ordenes.

Art. 118. Si en virtud de algun desorden cometido por las tropas de marcha la autoridad civil se creyese en el caso de no dar la respectiva contenta, comunicara lo acaecido al comandante jeneral, quien esclarecido el hecho, hara efectiva la responsabilidad del jefe, o pedira a quien convenga la de la autoridad civil si por su parte hubiese faltado a su deber.

CAPITULO DECIMO FUERO MILITAR

Art. 119. Los delitos comunes pertenecen a los tribunales ordinarios y los militares, a los militares que designara la ordenanza.

Art. 120. Son delitos militares: 1° Los que pueden cometerse por solo los individuos militares. 2° 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.

Art. 121. Son tambien delitos militares: 1° Los desacatos o violencias cometidas por cualquier persona contra los militares que se hallen en actos del servicio de armas. 2° Los actos ejecutados por cualquiera persona en auxilio de un ejercito enemigo.

Art. 122. El codigo militar, señalara las penas correspondientes a los delitos militares.

Art. 123. El mismo designara las penas correccionales que por duras que fuesen, no seran infamantes.

Art. 124. Todo delito o falta militar, sera castigado con mayor pena en campaña, que en tiempo de paz.

Art. 125. El reincidente sera espelido del servicio previo el juicio respectivo, y sufrira las penas que las leyes señalen.

Art. 126. El militar podra contraher matrimonio, y usar de todos los demas derechos civiles, sin mas requisitos ni licencias que los demas ciudadanos.

Art. 127. Ni en campaña, ni en tiempo de paz, sufrirá ningun militar pena alguna excepto las correccionales, sino en virtud de sentencia judicial.

Art. 128. Exceptuarse los delitos de sedicion en todos los casos, y los de cobardia que podran ser castigados en el acto por los respectivos superiores hasta con pena de la vida.

Art. 129. Todo juicio militar recibirá dos sentencias; pero los tramites del proceso serán breves.

Art. 130. Ningun militar podrá ser juzgado, sino por jueces nombrados con anterioridad al delito.

Art. 131. Ningun militar podrá ser depuesto de su graduacion o empleo, sino por causa legalmente sentenciada, ni pasado de un empleo a otro, sino con ascenso, o por su consentimiento.

CAPITULO UNDECIMO ORDENES JENERALES

Art. 132. Todo militar cualquiera que sea su graduacion, y sueldo que disfrute, se manifestará siempre de un modo sencillo frugal y decente.

Art. 133. La ordenanza jeneral detallará los uniformes militares conforme al espíritu del anterior artículo, y el vestuario de la tropa será siempre de telas y efectos del país – Lima Octubre 12 de 1827.- *Anselmo Quiros.- Manuel Ignacio García.- Pedro Bermudez.*

NOTAS

(a) Este artículo podrá quedar en los terminos en que lo pone la Constitucion Política, a menos que esta no prefiera dividir la fuerza armada, en ejército y escuadra solamente, pues que la milicia nacional está naturalmente inclusa en aquel que comunmente se sub-divide en milicias

civicas o nacionales, y tropas de continuo servicio.

(b) Voto particular del individuo que suscribe.

Aquí señor en este artículo queda roto el plan que la presente Constitucion trataba de establecer. Ella se formó con una escala semejante a esta.

Cabo segundo id. primero.	Capitan de detall o
ayudante mayor.	
Sarjento segundo id. primero	Jefe de batallon, o escuadrones.
Sub-teniente o alférez.	Sub-brigadier.
Teniendo segundo id. primero	Capitan de compañía Brigadier, y Mariscal

Pero al presente sustituida a esta, aquella resulta en la maquina una pieza extraña que la desorganiza.

El artículo 71 contra el cual no se hecho en la comision objecion alguna dice: “Tampoco se provea bajo el título de supernumerario, de ejército, o de cualquiera otro modo, ningun empleo militar que no tenga la vacante efectiva”. Luego no pueden crearse las plazas de tenientes coroneles, y coroneles en un ejército cuyo pie de fuerza, no admite regimientos ni jenerales de brigada, cuando entre nosotros no se conocen estos cuerpos.

En las grandes naciones de Europa los ejércitos admiten divisiones y sub divisiones que no admiten los nuestros atendido el pequeño pie de fuerza a que ascienden. En Europa hay capitanes, coroneles, jenerales de brigada, jenerales de division y grandes mariscales; porque allí tienen compañías, regimientos brigadas divisiones y grandes y varios ejércitos de operaciones.

Como nosotros no podemos formar regimientos que se componen de dos o mas batallones, o de tres o mas escuadrones no debemos tener tenientes coroneles ni coronles que son los jefes de regimiento.

Las brigadas de Europa que se componen de dos o mas cuerpos de diferentes armas, son entre nosotros divisiones, las cuales ni siquiera tienen mas fuerzas que las que admite un regimiento; por consiguiente nos bastan las clases de sub-brigadieres y brigadieres que tendran en nuestro ejercito las consideraciones que en Europa los tenientes coroneles y coroneles.

Una division compuesta de dos o mas brigadas, exige en Europa un jeneral de division; pero entre nosotros; dos o mas brigadas son el total de nuestra fuerza, y por consecuencia forzosa resulta que para mandarlas basta un jeneral que se llamara mariscal. Los de esta clase podran mandar en jefe todo el ejercito, o las brigadas que se reunan en un solo cuerpo para formar los ejercitos de operaciones si alguna vez fuesen varios.

Se ha puesto un brigadier para mandar un cuerpo equivalente a un regimiento, desechando de este modo el titulo de coronel; pero esto ha sido porque los regimientos a los que pertenecen los coroneles, son compuestos de cuerpos de una misma arma, y nuestras brigadas, lo seran una misma o de diferentes.

Sin considerar ahora los males que ha ocasionado al ejercito y al erario, la facultad ilimitada de crear militares con destinos que no conocen vacantes en el ejercito; sin poner la vista en que el ejercito de esta facultad en los anteriores gobiernos, solo ha tenido por objeto formar criaturas que aseguren las secretas aspiraciones de las personas que indistintamente han mandado; y sin ver siquiera, que el ejercito aun despues de haber sido gratificado con grandes sumas, no se cree recompensado, solo porque ve prostituidas las insignias militares, que ya no expresan los servicios particulares que han hecho en su carrera, los que dignamente las han recibidos; exprecion, que considerado el caracter orgulloso franco y desprendido de un soldado, es el unico premio que puede recompensarlo; y

sin considerar mucho mas que podia alegarse; basta advertir los siguientes inconvenientes a que sujeta a la carrera militar la escala puesta repentinamente en el Proyecto.

Primero: conforme a esta todo individuo de infanteria tendra que quedar parado en la clase de teniente coronel o jefe de batallon, porque no habiendo regimientos, no podra jamas optar la plaza de coronel a menos que esta se de sin vacante y contra el articulo 71.- Un coronel con respecto a la clase de jeneral de brigada se hallara en el mismo caso, asi como un jeneral de division con respecto al grado de mariscal.

Lo mismo sucedera en la caballeria, pues que formados estos cuerpos de dos escuadrones y una campaña de flanqueadores, en el maximun de su fuerza con proporcion a la total, tendra menos de la necesaria para formar un regimiento, y mas de la que puede mandar un solo comandante y del segundo a otro que tambien mandara el todo del cuerpo, resultando por consiguiente por falta de regimientos, cortada tambien en esta arma, la escala en el grado de primer comandante. Solo pues, en el E. M. J. podra tocarse la clase de coronel y aun en este, quedaran parados en ella los individuos que deban pasar a las ultimas. Y si esto es asi; ¿Por que el empeño de conservar plazas inutiles y a las cuales no es posible llegar?

Con respecto a los sarjentos mayores constituidos aqui con capitanes de detall, nada puede decirse que no salte a primera vista. Los sarjentos mayores fueron creados para llevar el detall de un regimiento, luego, no habiendo regimientos entre nosotros, un capitan que sera el primero entre los capitanes, basta para el detall de un batallon. Los franceses primero y despues los españoles han conocido esto, y han abolido la clase de mayores dando a los capitanes el detall de los batallones y a los tenientes coroneles el detall de los regimientos.

Este voto, que en las discusiones no se han tenido a bien considerar, no sera batido por la prensa, porque en ella, se respeta mas bien de la Patria; pero si lo fuese, espero poder contestar a cuantos pretendan sostener la escala puesta en el cuerpo de la Constitucion.

Si sucediese que la escala que propongo se admita; en la redaccion que se haga de la Constitucion segun se sancione, pueden

sostituirse los nombres de *sub brigadier, brigadier y capitán de detall*, en los articulos que digan *teniente coronel coronel o sarjento mayor*.

Lleno del respeto mas profundo ofrece el que suscribe su humilde voto a la Representacion Nacional.- Lima Octubre 12 de 1827.

Anselmo Quiros



■ Historia

BIOGRAFÍA DEL DOCTOR MIGUEL ANTONIO DE LA LAMA URVIOLA

PRIMER FISCAL GENERAL DEL FUERO MILITAR DEL PERÚ

Contralmirante CJ (r) Hernán Ponce Monge¹

El Dr. Miguel Antonio De la Lama nació en Lima el 13 de Junio de 1839. Fue hijo del tipógrafo don Lucas de la Lama y de doña Mercedes Urviola. Es uno de los juristas peruanos más destacados de la época republicana, ejerciendo la profesión en la segunda mitad del siglo XIX y primeros años del siglo XX. Fue alumno de Teología en el Seminario Conciliar de Santo Toribio y por poco, candidato a una orden clerical, desempeñándose inicialmente como profesor de Astronomía, Cálculo, Gramática Castellana y Filosofía, así como colaborador en periódicos de orientación confesional.

El 24 de Abril de 1860 opta el grado de Bachiller en Derecho Canónico en el propio Seminario de Santo Toribio, con la tesis: “*Vinculum Matrimonii Sub Lege Evangélica est indissolubili*”, confiándosele la cátedra de Derecho Natural y Público en el año 1861. Fue investido con la insignia de Maestro en dicho Seminario Nacional de Santo Toribio, el 15 de Julio de 1860, y catedrático principal de Derecho Natural y Público en 1861.

Miguel Antonio de la Lama es aprobado por unanimidad en su examen de Grado de Abogado, el 1 de agosto de 1862, ante la Sala Plena de la Corte Superior de Justicia de Lima, incorporándose al Colegio de Abogados de Lima el 6 de enero de 1866 y empieza a ejercer con estudio abierto en la calle de Santo Domingo N° 205, hoy Jirón Carabaya, y

1 Presidente de la Fiscalía Suprema Militar Policial, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

posteriormente traslada su bufete a la vecina calle de San Antonio, hoy Lampa N° 146, Lima.²

Es reconocido como el jurista de la Exaltación de la Ley Positiva, por la vastedad y coherencia de sus trabajos. Conocida su familiaridad con el derecho positivo, el Dr. De la Lama fue llamado a participar en la reforma de varios textos normativos, como la Ley de Timbres, el Reglamento General de Instrucción Pública, el Reglamento de la Penitenciaria, Los Códigos Básicos, así como, el de Enjuiciamiento en materia Civil, el Código Penal, el Código Procesal Penal, preparó los proyectos sobre Herencia y Sucesión Conyugal y sobre Registro General de la Propiedad.

El Dr. Carlos Ramos Núñez, en su obra Historia del Derecho Civil Peruano, Siglos XIX y XX, sobre abogados y exégetas, considera al Doctor Miguel Antonio de la Lama, como un jurista mediático, un maestro práctico de una generación y un gran anotador de Códigos. De la Lama fue catedrático de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magistrado y fiscal. La docencia universitaria y la magistratura formaron parte de su vida cotidiana.

El Dr. Miguel Antonio de la Lama contrae matrimonio con la Señora María Josefa Duffó, tuvieron 9 hijos: Teodomira, Carlota, Isabel, Adelaida, María, Inés, Rosa, Vicelina y Miguel Antonio. Entre sus descendientes figuran Abogados como el Dr. Luis de la Lama, la Dra. Beatriz Miranda de la Lama, Directora de la Carrera de Derecho de la UPC, el notario Dr. Eduardo de la Lama, el Dr. Juan Enrique de la Lama, el Dr. Enrique de la Lama Larco, el Dr. Pedro Alfonso Goitizolo de la Lama, el Dr. Miguel Antonio Goitizolo de la Lama, el Dr. Carlos Miguel Goitizolo Airaldi y el notario Dr. Miguel Antonio de la Lama.

El Dr. de la Lama fue un personaje versátil, así alumno de Teología, su vocación pedagógica se inicia como profesor en el Seminario de Santo Toribio, catedrático de Derechos Especiales, Derecho Procesal Civil y Práctica Forense en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Decano de la Facultad de Jurisprudencia; Secretario Mayor del Tribunal del Consulado y del Juzgado de Alzadas; Secretario de la Sociedad de Beneficencia; Regidor Municipal, en varios períodos; Director del Registro de la Propiedad Inmueble, Miembro titular y en 1881 Director de Conferencias del ilustre Colegio de Abogados de Lima, Director de la Penitenciería, Secretario y Jefe de la Sección Judicial de la Sociedad de Beneficencia de Lima. Además del ejercicio activo de la abogacía, serian inquietudes que acompañaron a Miguel Antonio de la Lama a lo largo de su vida. En efecto, en el año 1872, asume también el puesto de Conjuez de Primera Instancia

2 Los datos biográficos de M.A. de la Lama, fueron consignados en la Revista "El Derecho" de Legislación y Jurisprudencia Año V, N° 12, quincena Julio 1894, pp.96-98; Nos. 280-283, mayo-junio 1901, pp.513-514; N°365, enero-abril 1909, pp.1-7.

de Lima, entre los años 1877 y 1878, ocupó el cargo de Fiscal Accidental de la Corte Suprema y entre los años 1878 y 1880 de Fiscal Accidental del Supremo Tribunal de Responsabilidad Judicial. Ni siquiera los avatares de la guerra interrumpirían sus actividades, ya que durante esa época se desempeñó como Conjuez de la Corte Suprema en 1879, 1880, 1883 y 1884.

Como Periodista, colaborador en “El Católico” de 1857 a 1859, “El Progreso Católico” en 1860, “La Gaceta Judicial” 1874 a 1876, “La Broma” en 1877, “El Tiempo” en 1878, fue Director, Redactor y Propietario de la notable Revista jurídica “El Derecho”, órgano del ilustre Colegio de Abogados de Lima, desde su aparición en 1885 hasta 1913, durante 28 años. Participó en el “Boletín Judicial” director y fundador en 1888, un periódico “El Amigo del Pueblo” director y fundador en 1892 y 1893., el diario judicial, la Gaceta Judicial, órgano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

Es autor de diversos textos religiosos, catecismos, divulgador y anotador de Códigos, Leyes y Reglamentos. Entre sus obras destacan “El Deicidio: sentencia de la causa de Jesucristo”, 1839; “Manual del Escribano Público Peruano”, Imprenta de José M. Noriega, Melchor Malo 139 – Huallaga 139, Lima, 1867; “Reglamento de Tribunales, de Jueces de Paz y Comercio con notas y concordancias”, Editor Gil, 1870, Imprenta del Estado, Calle La Rifa 58, Lima; “Tratado sobre la Ley de Desahucio”, 1873, Lima, Perú; Imprenta del Estado, Calle La Rifa 58; “Extracto de la Defensa del Dr. Miguel Antonio de la Lama en la cuestión: Escribanos y Timbres”, 1875-12 páginas; “Legislación Mercantil del Perú-Volumen I”, Lima, 1877; “Parte Criminal”, en forma conjunta con Manuel Atanasio Fuentes, 1877, Imprenta del Estado; “Diccionario de Jurisprudencia y de Legislación Peruana”, (Parte Civil), en forma conjunta con Manuel Atanasio Fuentes Lima, Imprenta del Estado, 1877, 2 volúmenes ; “La Constitución del Perú, Leyes y Resoluciones por los Congresos de 1868-1870-1872-1873”, Imprenta del Estado, 1877; “Juicios Militares con Formularios y Apéndice de Leyes Pátrias”, 1878; “Diccionario Penal de Jurisprudencia”, Imprenta del Universo de Carlos Prince, 1889, 865 páginas, Lima.

Integró como socio honorario el 18 de Agosto de 1892 el Instituto Histórico y Geográfico del Brasil; y Miembro honorario del Instituto de la Orden de Abogados de Brasil, 1895.

También elaboró el “Apéndice al Derecho Procesal”, conjuntamente con García Irigoyen, 1907, 58 páginas. “Lecciones de Filosofía del Derecho y de Principios de Legislación”, en forma conjunta con PM García, 1908, 250 páginas; “Filosofía del Derecho, Derecho Procesal, Práctica Forense”, 4 tomos tres ediciones; “Suplemento de los Códigos hasta 1878”, 2 tomos, “Código de Comercio”, Diccionario de Penal de Jurisprudencia y de legislación Peruana: con las cuestiones más importantes de medicina legal y un suplemento hasta 1889”, Imprenta del Universo, de Carlos Prince, 1889, Lima, 865 páginas; Códigos Militares y Navales, formuló el

Código de Justicia Militar de 1898, el Código de Justicia Marítima, la Ley del Servicio Obligatorio del Ejército, promulgado en 1898; autor de “La Constitución Explicada y Leyes Orgánicas, Ordenanzas de la Ciudad de Lima”; “Aranceles de Contribuciones”; “Código Civil”, 3 ediciones, Editor Gil, 1899, 792 páginas; “Código de Enjuiciamientos en Materia Civil con notas y concordancias”, Imprenta del Estado: calle de la Rifa N° 58, Lima, 1870; y “Retórica Forense”, Primera Edición, Librería Imprenta y Encuadernación Gil, Banco del Herrador 113 y 115, 1896, Lima; el “Suplemento del Código Civil”, edición de 1905, Librería e Imprenta Gil-Lima, Calle de Lampa (Banco del Herrador) Nos. 569 y 579.

En Octubre de 1880, en plena Guerra del Pacífico, el Dr. don Miguel Antonio de la Lama, realiza la defensa ante el Consejo de Oficiales Generales, reunido en el Callao el 16 Octubre 1880, del Capitán de Navío Manuel Antonio Villavisencio, Comandante de la Corbeta “Unión”, en un juicio por una supuesta desobediencia militar. En su alegato de defensa, ad literam, afirmó:

“El Abogado que defiende con la Ley no debe tener más mira que convencer á los Jueces de la inculpabilidad del acusado, y mucho más obligado se halla a proceder de esta manera, sí, por fin de fines, este es un hombre como el Comandante Villavisencio, cuyos hechos ilustran la presente epopeya de la guerra, y para quien se abre el gran libro de la Historia. Fallareis señores, no lo dudo, conforme a los principios de justicia, a las inspiraciones de vuestro patriotismo y al voto popular”, luego el Tribunal lo absolvió.³

El maestro práctico que nos ocupa en el texto de Retórica Forense publicado en el año 1896, que a la letra dice: “Noble y altamente humanista es la Misión del Abogado; penetrar en las escabrosidades de la Ciencia hasta sorprender sus secretos; servirse de estos, como de un escarpelo, para descubrir, entre las oscuridades y contradicciones de la Ley escrita la verdadera intención del Legislador y esforzarse en patentizar está a los ojos del juez; sin otro móvil que el triunfo de la justicia hermanada con la equidad, ni otro fin que la invulnerabilidad de la fortuna, de la vida y de la honra contra los ataques de la imprevisión, la ignorancia o la malicia”.

Miguel Antonio De la Lama fue en su madurez, además de uno de los abogados más consultados del foro limeño, un letrado cercano al Fuero Militar, habiéndose desempeñado como Fiscal Supremo del Consejo Supremo de Guerra y Marina y del Consejo de Oficiales Generales desde el año 1879, en que juramento, hasta el año 1912, en que falleciera. La Fiscalía Militar Policial tiene como fecha fundacional el 17 de marzo de 1899.

3 “Retórica Forense”, M.A. De la Lama, 1896, Librería Imprenta y Encuadernación Gil, Modelo de la Defensa del Dr. De la Lama al Comandante de la Corbeta “Unión” don M.A. Villavisencio, desobediencia militar, pp. 310 a 324.

En esta fecha, el señor Presidente Constitucional de la República, don Nicolás de Piérola, con rúbrica del Ministro de Guerra y Marina de entonces, Coronel José R. de la Puente, conforme consta en el Acta de Instalación del Libro de Actas de Sesiones Ordinarias del Consejo Supremo de Guerra y Marina, se designó como primer Fiscal Supremo al Dr. Miguel Antonio De la Lama (1839-1912).

Desde entonces la Fiscalía Militar Policial ha formado parte de la administración de justicia especializada, contribuyendo a la preservación de la disciplina y los altos valores militares y policiales. El ilustre doctor fallece cuando se desempeñaba en el cargo de Fiscal Supremo Permanente ante el Consejo de Oficiales Generales, ex-Consejo Supremo de Guerra y Marina, donde laboró ininterrumpidamente por más de 13 años, fue un jurista de renombre que como primer Fiscal Supremo Militar Policial, cumplió un papel fundamental en la persecución del delito y asentó las bases de la actual Fiscalía Militar Policial, vislumbrándose un futuro de excelencia profesional y de una ética de vida.

El Dr. Miguel Antonio de la Lama hacia 1910 recibía a sus alumnos en su residencia en la calle de Santa Catalina, hoy Jirón Puno N° 632, pero poco después se traslada a Chorrillos y fija su domicilio en la calle Santa Teresa, N° 6. En 1912 el maestro publica el “Código de Procedimientos Civiles” que empezaría a regir el 28 de Julio de 1912. El 1° de Agosto cumplió sus bodas de oro profesionales, empero falleció el 09 de agosto de 1912, en su residencia de Chorrillos, a la edad de 73 años. Es célebre el discurso fúnebre en las exequias del Dr. Miguel Antonio de la Lama, antiguo y dielcto maestro, de su ex-alumno el Dr. Manuel Augusto Olaechea, quién se confiesa como: “El más pequeño pero el más doloroso” de los asistentes.⁴

El maestro siempre será recordado fundamentalmente como un editor y anotador de Códigos, quién bajo una modesta apariencia, estaba un gran hombre de derecho, ocultaba un inmenso caudal de conocimientos y facilidades aportados al ejercicio de la defensa y la administración de justicia, sus trabajos se consideran como verdaderos breviaros para el uso de los abogados peruanos de la segunda mitad del siglo XIX e inicios del XX, era el jurista práctico por excelencia, aclaraba el auténtico sentido interpretativo de la norma, por ello en la Revista Variedades , año VIII, N° 232, Lima, 10 de Agosto de 1912, p. 960, se le consignaba como “una especie de viviente libro de consulta para todos los casos oscuros”.

Es un gran honor para mí como peruano, abogado, Contralmirante

4 Discurso Fúnebre del Dr. Manuel Augusto Olaechea, en la *Revista Universitaria*. Órgano de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vol.2, Año VII (1912), Agosto 1912, pp. 118-119. “Historia de Derecho Civil Peruano, Siglos XIX y XX”, Tomo VI, 2006, Dr. Carlos Ramos Núñez.

del Cuerpo Jurídico Militar y Presidente de la Fiscalía Suprema Militar Policial, rendirle a nuestro biografiado un homenaje perpetuo no solo por lo que fue, sino por su mensaje de futuro. Muchas Gracias Dr. Miguel Antonio de la Lama, descanse en paz.



JOSÉ GABRIEL GÁLVEZ EGÚSQUIZA

PATRONO DEL FUERO MILITAR
POLICIAL DEL PERÚ

Tte. CrI. EP Roosevelt Bravo Maxdeo¹

I. APUNTES BIOGRÁFICOS DEL CORONEL JOSÉ GABRIEL GÁLVEZ EGÚSQUIZA

177

El Coronel José Gabriel Gálvez Egúsquiza nació en Cajamarca el 19 de marzo de 1819. Sus padres fueron el coronel José Manuel Gálvez Paz y María Micaela Egúsquiza y Aristizábal. Tuvo como hermanos a Pedro José, abogado, político, educador y diplomático y a Manuel María, también abogado, magistrado, catedrático universitario y político. Los “célebres hermanos Gálvez”, liberales por antonomasia, se distinguieron como figuras notables de su época.

José Gabriel, nuestro personaje, materia de la presente nota, realizó sus estudios primarios y secundarios en el colegio Central de Ciencias y Artes de Cajamarca. En 1842 viajó a Lima e ingresó al Convictorio de San Carlos, colegio mayor de la Universidad de San Marcos. Se graduó de abogado en 1845 ante la Corte Superior de Justicia de Lima y el 2 de enero de 1846 se inscribió en el Colegio de Abogados de Lima.² El 7 de setiembre de 1846 contrajo matrimonio con Doña Ángela Moreno y Maíz, hija de un acaudalado minero y ejerció su profesión de abogado en Junín (Tarma) y Cerro de Pasco.

1 Sub Director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar y abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

2 DEL SOLAR ROJAS, Francisco José. Publicado en el suplemento Jurídica, del diario El Peruano, N° 74, del 29 de noviembre del 2005.

Regresó a Lima en 1850 y se dedicó a la enseñanza de filosofía moral, sicología, lógica y teodisea en el Colegio Nacional Nuestra Señora de Guadalupe, del que fue su director entre 1852 y 1853,³ cargo que dejó para incorporarse al movimiento revolucionario de Ramón Castilla y estuvo con él en la hora triunfal de la batalla de La Palma. “Durante la revolución, junto con su hermano Pedro José y los juristas Manuel Toribio Ureta y José Simeón Tejada, fue uno de los gestores de las medidas libertarias que abolieron tanto el tributo indígena como la esclavitud, mediante los decretos de Ayacucho de 5 de julio y de Huancayo de 3 de diciembre de 1854, respectivamente”⁴. En 1855 fue nombrado rector del Convictorio de San Carlos, introduciendo considerables reformas liberales en su enseñanza.⁵

Fue elegido diputado por Cajamarca y Pasco⁶ a la Convención Nacional de 1855, de la que fue varias veces secretario y posteriormente su presidente. Fue el impulsor de la Constitución liberal de 1856.

Formó parte de la segunda comisión encargada de formular el Código Penal en 1857. Basadre Ayulo dice: “La primera comisión parlamentaria, según la ley de 26 de setiembre de 1853, para preparar los códigos penal y de enjuiciamientos penales estuvo formada por los senadores Gervasio Álvarez, Pablo Cárdenas y Santiago Távara, y los diputados Carlos Pacheco, Mariano Gómez Farfán, Manuel Toribio Ureta, Ignacio Novoa y Gregorio Galdós. Al pronunciarse la Convención Nacional de 1856 sobre la pena de muerte, quedó designada una segunda comisión codificadora manteniéndose como codificadores a Novoa y a Távara, añadiéndose los nombres de José Simeón Tejada, José Gálvez y Tomás Lama”⁷.

Al disolver Ramón Castilla la Convención Nacional, Gálvez criticó esta medida y se dice que participó en un conato de atentado contra Castilla, por lo que fue desterrado a Europa. De vuelta al Perú en 1862, se dedicó a la abogacía y el 14 de noviembre de 1863 optó el grado de doctor en Derecho en la Universidad Nacional de San Marcos. Durante el gobierno de Juan Antonio Pezet fue desterrado nuevamente, esta vez a Chile, por oponerse a la forma como el gobierno manejaba la crisis con España

3 *Diccionario Histórico y Biográfico del Perú Siglos XV-XX*. Editorial Milla Batres. Tomo IV, primera edición, marzo de 1986, p. 112.

4 *Ibidem*.

5 BASADRE GROHMANN, Jorge. *Historia de la República del Perú (1822-1933)*. Tomo 5. Edición de El Comercio, 2005, p. 216-217.

6 *Diccionario Histórico y Biográfico del Perú Siglos XV-XX*. Ob. Cit. p. 113. Otros autores mencionan que fue elegido diputado a la Convención por las provincias de Pasco y Cajabamba y otros más, que lo fue por Jauja.

7 BASADRE AYULO, Jorge. *Historia del Derecho Universal y Peruano*. Ediciones Legales. Primera Edición: mayo 2011. Lima. p. 789.

y “al regresar al Perú se incorporó en las filas del ejército restaurador, que comandaba Prado, quién lo admitió con el grado de coronel”⁸.

Fue elegido Decano del Colegio de Abogados de Lima en 1865 y durante los prolegómenos del conflicto con España, en el gobierno de Mariano Ignacio Prado Ochoa, fue nombrado Presidente del Consejo de Ministros y Secretario (Ministro) de Guerra y Marina, integrando el “gabinete de los talentos” junto a José Simeón Tejada, Secretario de Justicia e Instrucción, Toribio Pacheco y Ribero, Secretario de Relaciones Exteriores, José María Quimper, Secretario de Gobierno y Manuel Pardo y Lavalle, Secretario de Hacienda.

Declarada la guerra a España, organizó la defensa del Callao y comandó las fuerzas patriotas desde la torre de La Merced, donde murió a causa de la explosión de una granada, hecho ocurrido a las 12.55 horas del 2 de mayo de 1866, en circunstancias no esclarecidas totalmente, en cuanto al origen de la granada, que causó su muerte, además, de otras 26 personas, entre ellas, del ingeniero colombiano Cornelio Borda, jefe de la torre; del coronel graduado Enrique Montes; del capitán de artillería chileno Juan Salcedo; del coronel Toribio Zavala, hermano del ministro de Marina de España⁹. Basadre Grohmann refiere que Gálvez había escogido la torre de la Merced para comandar el combate y respecto al primer disparo español y al primer disparo peruano que se dieron en el combate precisa: “Según contaba más tarde el general Juan Norberto Eléspuru, imberbe artillero de esa torre, al preguntársele si harían fuego antes que la escuadra atacante, Gálvez repuso: ¡No! ¡Justifiquemos nuestra causa!”. La Numancia se adelantó a las otras naves y, después de situarse a mil metros, más o menos, del fuerte Santa Rosa, lanzó poco después de las doce de la mañana, un cañonazo que no fue contestado. Al segundo disparo, la torre de La Merced rompió sus fuegos y desplegó la bandera nacional, siguiéndole las demás baterías. Cuéntase, también, que en ese momento Gálvez gritó: “Españoles, aquí les devolvemos el tratado del 27 de enero”.¹⁰

Tras su heroica muerte en defensa de la Patria y la libertad de América, Gálvez fue reconocido como héroe nacional, erigiéndosele monumentos por doquier, resultando el más significativo de ellos el que se levantó en el antiguo “Óvalo de la Reina”, hoy Plaza 2 de Mayo de Lima, obra del arquitecto francés Edmund Guilleume y su compatriota el escultor León Cugrol. El monumento fue inaugurado el 28 de julio de 1874, durante el gobierno de Manuel Pardo.

8 *Diccionario Histórico y Biográfico del Perú Siglos XV-XX*. Ob. cit. p. 113.

9 *Revista de la Benemérita Sociedad Fundadores de la Independencia, Vencedores el 2 de mayo de 1866 y Defensores Calificados de la Patria*. Año CLV, Enero-Diciembre 2012, N° 141. Discurso de orden pronunciado por el Dr. Teodoro Hampe Martínez, en homenaje al 146° aniversario del combate del 2 de mayo de 1866. p. 29.

10 BASADRE GROHMANN Jorge. Ob. cit. p. 287.

En el plano estrictamente castrense, un decreto dado en el Callao el 3 de mayo de 1866, que fue ratificado por ley del 29 de enero de 1869, ordenaba que en las revistas de comisario que pasara el batallón de artillería de plaza (que se realizaba a comienzos de mes para abonar la paga al personal) se considerase en la plana mayor, como primer jefe a José Gálvez y que al leerse su nombre por el comisario, el comandante de dicho cuerpo debía contestar, descubriéndose: “Muerto heroicamente en defensa de su patria y del honor de América”.¹¹

Colegios, plazas y calles, en todo el Perú, llevan su nombre. Promociones de la Escuela Militar de Chorrillos, un distrito de la provincia de Celendín, en Cajamarca, y otras instituciones llevan igualmente su nombre. El Colegio de Abogados de Lima lo tiene entre sus más preclaros representantes, al punto de que una sala de conferencias de su sede principal lleva el nombre de José Gálvez Egúsqiza. El Fuero Militar Policial del Perú lo ha nombrado su patrono por su condición de abogado sapiente y soldado heroico.

Al morir Gálvez, dejó varios hijos de su matrimonio con Ángela Moreno y Maíz: José Miguel, que llegó al grado de capitán de fragata en la Marina de Guerra del Perú, quién, con el grado de guardiamarina combatió en Abtao, durante la guerra con España, a bordo de la fragata “*Apurímac*”, y durante la “*Guerra del Pacífico*”, al mando de la lancha “*Independencia*”, echó a pique a la lancha chilena “*Janequeo*”, el 25 de mayo de 1880, en el Callao; Justiniano Aurelio, que fue padre del poeta y tradicionista José Gálvez Barrenechea, celebrado autor de “*Una Lima que se va*”; así como sus hijas María y Angelina.

II. RAZONES PARA SU DESIGNACIÓN COMO PATRONO DEL FUERO MILITAR POLICIAL

El 17 de noviembre del año en curso, mediante Resolución Administrativa N° 082-2014-FMP/CE/SG, firmada por el General de Brigada Juan Pablo Ramos Espinoza, se declaró a José Gálvez Egúsqiza “*Patrono del Fuero Militar Policial*”. La resolución en cuestión, que se emitió en cumplimiento de un acuerdo del Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial, considera, entre otras razones, que 116 años de existencia institucional acreditan el sólido arraigo que la jurisdicción militar policial ha tenido, y tiene, en la vida republicana del Perú, “*por lo que surge la imperiosa necesidad de contar con un personaje histórico, que se integre a los símbolos que representan e identifican al Fuero Militar Policial*”. El criterio unánime de los integrantes del Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial, jueces y fiscales supremos de esta jurisdicción, para la designación de José Gabriel

11 Ibídem, p. 296.

Gálvez Egúsqüiza Patrono del Fuero Militar Policial, es que convergen en él, de manera equilibrada, *“un elemento castrense, al haber luchado con el grado de Coronel en el glorioso combate del 2 de mayo de 1866, gesta heroica que selló la independencia de los pueblos de América del dominio español; así como un elemento jurídico al haberse graduado como abogado (...) obteniendo el grado de doctor en jurisprudencia por la Universidad Mayor de San Marcos (...) y desempeñarse como Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima”*¹².

Los antecedentes cercanos para esta designación tienen que ver, en principio, con la emisión de la Resolución Administrativa N° 132-2011-S-FMP/RR.PP.II, de 05 de setiembre del 2011, con la que se actualizó otra del año 2001, que estableció el 20 de diciembre como *“Día del Fuero Militar Policial”* y 1898, como año de inicio para establecer el número del aniversario por celebrar, por ser el 20 de diciembre del año 1898 la fecha en que se promulgó el primer Código de Justicia Militar.

De otro lado, entre las recomendaciones que el Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial tuvo a bien considerar para la designación de José Gabriel Gálvez Egúsqüiza Patrono del Fuero Militar Policial, estuvo la información, contrariamente a lo que se creía, que la *“Justicia Militar”* (Fuero Militar Policial); no obstante su larga existencia, no tenía designado un patrono que sirviera de paradigma a sus integrantes y que las celebraciones del *“Día de la Justicia Militar”*, que en tiempo próximo al nuestro se realizaban el 12 de Agosto, *“presunta”* fecha del nacimiento del prócer Mariano Lorenzo Melgar y Valdiviezo, no se justificaban ni histórica ni legalmente.

Como se sabe, Mariano Lorenzo Melgar y Valdiviezo es formalmente patrono del Servicio Jurídico del Ejército, relacionándose también la *“presunta”* fecha de su nacimiento (12 de agosto) con las celebraciones por el *“Día del Cuerpo Jurídico Militar”*, que históricamente lo han conformado los Oficiales abogados que prestan servicios en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, tanto en el ámbito penal militar policial como en el administrativo.

Creemos que José Gabriel Gálvez Egúsqüiza representa cabalmente al patrono que el Fuero Militar Policial necesitaba, pues es una figura paradigmática, señera, heroica, sapiente y honesta de nuestra historia más reciente y que tiene al mismo tiempo una relación con la cuestión militar y el derecho; es decir, un hombre militar formado en derecho, que goza del respeto y admiración de los peruanos, por su heroica y ejemplar actitud y sus intervenciones como académico y militar.

12 Resolución Administrativa N° 082-2014-FMP/CE/SG, de 17 de noviembre del 2014, quinto considerando.



Retrato de Don José Gálvez Egúsqiza en
el Colegio de Abogados de Lima.



Busto de Don José Gálvez Egúsquiza en el Congreso de la República del Perú.

183



Monumento al Héroe José Gálvez Egúsquiza en la Plaza Dos de Mayo, en Lima, Perú.



Resolución Administrativa

Lima, **17 NOV. 2014**

Nº 082 -2014-FMP/CE/SG

VISTOS:

Las propuestas presentadas, de personajes ilustres que cuentan con los merecimientos personales e históricos para ser considerados "Patrón del Fuero Militar Policial";

CONSIDERANDO:

Que, por Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, se estableció la naturaleza, estructura, organización, competencia, jurisdicción, funciones y atribuciones del Fuero Militar Policial, como organismo autónomo e independiente en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, fiscales, económicas y administrativas, en armonía con las normas y principios establecidos en la Constitución Política del Perú;

Que, el artículo 5° de la citada Ley, modificado por el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1096 y el artículo único de la Ley N° 29955, establece que el Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial es el máximo órgano de gobierno y administración, siendo su Presidente quien preside el Fuero Militar Policial;

Que, desde la promulgación del Primer Código de Justicia Militar por parte de Don Nicolás de Piérola, en el año de 1898; la Justicia Militar Policial peruana goza hasta la actualidad de 116° años de existencia institucional;

Que, este margen histórico acredita su sólido arraigo en nuestra vida republicana; por lo que surge la imperiosa necesidad de contar con un personaje histórico, que se integre a los símbolos que representan e identifican al Fuero Militar Policial;

Que, en mérito a las propuestas presentadas, el Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial acordó, por unanimidad, declarar como "Patrón del Fuero Militar Policial", a una figura histórica y héroe nacional, en cuya persona convergen de manera equilibrada; un elemento castrense, al haber luchado con el grado de Coronel en el glorioso Combate del 2 de mayo de 1866, gesta histórica que selló la independencia de los pueblos de América del dominio español; así como, un elemento jurídico, al haberse graduado como abogado en el Convictorio de San Carlos, obteniendo el grado de doctor en jurisprudencia por la Universidad Mayor de San Marcos, lo cual le valió para ser elegido y desempeñarse como Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima; recayendo esta designación en Don José Gabriel GÁLVEZ EGÚSQUIZA;

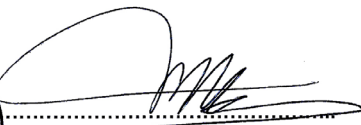


De conformidad con los fundamentos expuestos y en uso de las facultades conferidas en el artículo 23°, inciso 1) del Reglamento de la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial,

SE RESUELVE:

Artículo Único.- Declarar a Don José Gabriel GÁLVEZ EGÚSQUIZA como "Patrono del Fuero Militar Policial".

Regístrese, comuníquese, cúmplase y publíquese.


Juan Pablo RAMOS ESPINOZA
General de Brigada (R)
Presidente del Consejo Ejecutivo
del Fuero Militar Policial



EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Se terminó de imprimir en Noviembre del 2014 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



TSMP SUR, AREQUIPA

Casona Ureta, una de las joyas arquitectónicas de la ciudad de Arequipa, alberga la sede del Tribunal Superior Militar Policial del Sur, cuyo territorio abarca las regiones Arequipa, Tacna y Moquegua.

Fuero Militar Policial
Av. Arenales N° 321
Santa Beatriz
Telf. (511) 614 4747
www.fmp.gob.pe
Lima - Perú

