



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 IV - NÚMERO 6 / DICIEMBRE 2015



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

DIRECTOR ACADÉMICO DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR

Capitán de Navío CJ Carlos Melchor Schiaffino Cherre

SUBDIRECTOR DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR

Teniente Coronel EP Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

Comité Editorial

Teniente Coronel EP Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo
Licenciado Floiro Tarazona Ramírez, Asesor de Prensa e Información
Técnico Supervisor Segundo AP Luis Urbina Huapaya

Diseño de portada

Licenciado Floiro Tarazona Ramírez

Fotografía

Licenciado Randy Velásquez Fermín

Corrección de estilo

General PNP (R) Jorge López Zapata

Diagramación

Socorro Gamboa García

Colaboraron en esta edición

Tco1 EP Darío Castillo Román
Oficial de Mar 1° AP Regina García Espejo
Oficial de Mar 2° AP Wilson Alata Cacsire
Doctor José Castro Eguavil
Doctora Mirella Oré Quispe

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

Edición diciembre 2015
Año 4 - Número 6
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2013-15773

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

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

Tiraje: 1000 ejemplares

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

IMPRESO EN EL PERÚ
PRINTED IN PERU

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	
<i>Juan Pablo Ramos Espinoza</i> _____	9

Artículos

DE NUEVO SOBRE LA HISTORIA DE NUESTRA JUSTICIA CASTRENSE	
<i>Arturo Antonio Giles Ferrer</i> _____	15
EL ÓRGANO DE CONTROL DE LA MAGISTRATURA MILITAR POLICIAL	
<i>Hernán Ponce Monge</i> _____	49
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y REPROCHE PENAL EN LA LEGISLACIÓN PERUANA	
<i>Julián Sánchez Esteban</i> _____	53
ALCANCES Y LÍMITES DE LA ANALOGÍA EN EL DERECHO PENAL MILITAR POLICIAL PERUANO	
<i>Emiliano Fernández Díaz</i> _____	63
LA PENA DE MUERTE EN EL PERÚ	
<i>Ernesto Jorge Blume Rocha</i> _____	71
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR ESPAÑOLA	
<i>Francisco Carruitero Lecca</i> _____	77

LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL	
<i>Yullissa Degollar López</i> _____	111

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL CASO: “MONSTRUO DE ARMENDÁRIZ”	
<i>Emilio Arce de la Torre Bueno / José Alejandro Agustín Rojas Flores</i> _____	119

PERFIL DEL FISCAL DEL FUERO MILITAR POLICIAL	
<i>Alexander Solórzano Maguiña</i> _____	143

LA JUSTICIA MILITAR Y EL CONSTITUCIONALISMO (La vigencia de la ley que regula la organización y funciones del Fuero Militar Policial)	
<i>José Francisco Gálvez</i> _____	147

PROSPECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO MILITAR: LA DEFENSA NACIONAL	
<i>Sergio Lautaro Cea Cienfuegos</i> _____	157

“OCASIÓN DEL SERVICIO” Y SU INTERPRETACIÓN A TRAVÉS DE LAS TEORÍAS DEL TIPO OBJETIVO Y DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	
<i>Arturo Antonio Giles Ferrer / Jorge Félix Ampuero Begazo</i> _____	171

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DEL DERECHO DE DEFENSA, A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DDHH Y SU OBSERVANCIA POR LOS DEFENSORES TÉCNICOS	
<i>José Castro Eguavil</i> _____	177

Miscelánea

CRÍMENES CONTRA EL LENGUAJE 2	
<i>Jorge López Zapata</i> _____	197

PRESENTACIÓN

Es satisfactorio ver que la revista: “El Jurista del Fuero Militar Policial”, ha llegado a su sexto número en el lapso de cuatro años. Implica ello, que el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar ha realizado con éxito una de sus tareas: difundir el conocimiento del Derecho Militar, particularmente, del Derecho Penal Militar, el Derecho Procesal Penal Militar y el Derecho Internacional Humanitario; así, como, rescatar la historia del Fuero Militar Policial, unida constante y significativamente a la historia nacional.

Los artículos que contiene la revista, escritos por autores extranjeros y nacionales, resultan interesantes y necesarios para que nuestros jueces y fiscales y la comunidad jurídica continúen profundizando en el conocimiento del Derecho Militar. Es nuestro propósito que esta labor se mantenga y perfeccione en el tiempo, para que sirva de instrumento de cambio, tanto en el ámbito del Fuero Militar Policial como en el jurídico nacional. En este último, resulta esencial propiciar el entendimiento de los abogados sobre los alcances del Derecho Penal Militar y, los objetivos y obligaciones de la jurisdicción militar policial en un Estado democrático de Derecho constitucional, que tanta falta nos hizo en el pasado.

El Jurista ha llegado también al ámbito internacional, gracias a los muchos amigos que hemos hecho en estos últimos años. Es del caso señalar, como ejemplo, que las referencias a los distintos números

del Jurista están en Dialnet, una plataforma de recursos y servicios documentales en internet, por gentileza del profesor Antonio Millán Garrido de la Universidad de Cádiz, a quien agradecemos por este gesto desinteresado.

De otro lado, nuestros lectores deben estar informados que el 20 de diciembre último se han cumplido 117 años de la promulgación del primer Código de Justicia Militar en el Perú, hecho que ocurrió un 20 de diciembre de 1898, siendo Presidente de la República Nicolás de Piérola. En recuerdo de tal hecho, el Fuero Militar Policial celebra su día jubilar y recuerda el sacrificio de su patrono, el Coronel José Gabriel Gálvez Egúsqiza, durante el combate naval del 2 de mayo de 1866.

Finalmente, debemos recordar que los propósitos del Fuero Militar Policial son nuestro desvelo y, está nuestro compromiso de servir a la justicia con tesón y al mejor gobierno de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, instrumentos del Estado democrático para la preservación de la soberanía, la integridad territorial y el orden interno de la nación, fundamentalmente. Larga vida a “El Jurista del Fuero Militar Policial”.

JUAN PABLO RAMOS ESPINOZA
General de Brigada
Presidente del Fuero Militar Policial

El Jurista
del
Fuero Militar Policial

■ Artículos

DE NUEVO SOBRE LA HISTORIA

DE NUESTRA JUSTICIA CASTRENSE

*Mayor General FAP Arturo Antonio Giles Ferrer**

Escribir importa rescatar, vía la limitación de las palabras, diversos hechos y pensamientos en diferentes épocas, inmortalizar momentos, tomar una radiografía de un tiempo vivenciado, en orden a que pueda ser apreciado por las generaciones postreras, fotografiar lo poco duradero y lograr que vuelva al presente merced a la lectura. Es como diría Fernando de Trazegnies², “...echar una mirada furtiva sobre el hombro del tiempo...”

En ese orden de ideas, los hechos históricos no pueden soslayarse, pues en ellos las instituciones y quienes las integran, actúan en circunstancias muy concretas, que son resultado de circunstancias anteriores y que producirán, a su vez, circunstancias futuras. Son recuerdos del ayer, de ese ayer que nos persigue en cada efeméride y que nos permite reconocernos.

Desde esa perspectiva, los sucesos históricos resultan de la mayor importancia para entender la problemática actual de la justicia militar, es decir, porqué ésta como está y hacia dónde va, pues la historia, maestra de la vida, testigo de los tiempos, luz de la verdad, vida de la memoria, testigo

* Vocal Supremo Titular del Tribunal Supremo Militar Policial del Perú, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: “En el país de las colinas de arena”, Tomo I, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú 1995, pág. 25.

de la antigüedad como diría Cicerón, obliga a reconstruir momentos de la justicia militar no conocidos, con el propósito de mejor, comprender la realidad militar actual y la ubicación en la organización de nuestros estados, de una institución que ha pervivido a lo largo de la República y que, por ende, es parte de la historia del país y antes de la República incluso. El historiador peruano don Jorge Basadre, en “Historia del Derecho Peruano”², anota que en el Imperio de los Incas, parte de los preceptos morales y de justicia prescribían penas crueles a los integrantes del ejército.

A comienzos de la Conquista y el Virreinato fueron utilizadas las disposiciones normativas de los ejércitos borbónicos. Es útil referirse a este respecto a la naturaleza militar del tribunal que juzgó a Atahualpa y quienes lo conformaron. Del Busto anota: “El tribunal fue un consejo de guerra.”³. Atahualpa debía recibir, diversas sanciones, acordes a los delitos imputados, como idolatría o incesto. Así, señala Del Busto: “Solamente por la primera acusación, idolatría, y por la última, incesto, Atahualpa merecía la pena capital por fuego, según la mentalidad europea de la época. La hoguera en este caso no era inquisitorial (pues el Inca no era cristiano) sino encendida por la justicia militar e inspirada en la ley civil y penal.”⁴

Según Blume⁵ “El juicio sumario al Inca Atahualpa habría sido reconocido como un proceso penal militar desarrollado en tiempo de guerra, según la legislación pública existente entonces. Por la especial formalidad que siguió, fue inapelable ante el tribunal conocido como el Real Consejo de Indias, aunque careció de algunas condiciones que viciaban el acto, pero que no impedían su realización”.

Las presentes reflexiones constituyen sólo un esfuerzo provisional. Si el destino natural de los estudios de Historia es la pronta obsolescencia, atendida la circunstancia de las permanentes transformaciones en la interpretación de sus fuentes, más efímero es aún el ciclo vital de aquellas que comprenden periodos dilatados. Ello es particularmente álgido en el caso de la justicia militar peruana, debido a la insuficiencia de estudios serios al respecto. En el Perú lo poco que se ha hecho sobre la jurisdicción castrense ha sido, salvo excepciones que aquí se citan, altamente prejuiciado y carente de sentido histórico y/o jurídico. De otro lado, coincidimos con Carruitero cuando afirma y así lo hemos escrito⁶, que los ámbitos del derecho militar, del derecho penal militar y de la justicia militar han pasado por circunstancias socio-políticas y sufrido fluctuaciones diversas, en razón

2 BASADRE, Jorge: “Historia del Derecho Peruano”, II Edición, EDIGRAF S.A., Lima, 1986, 408 pp.

3 DEL BUSTO DUTHURBURU, José Antonio. Pizarro. Tomo II. Lima: Ediciones Copé, 2001, pp. 162.

4 DEL BUSTO DUTHURBURU, Ob. Cit., pág. 163.

5 BLUME ROCHA, Ernesto Jorge: “La justicia militar en la historia del Perú”, Lima, ADRUS, 2010, pág. 111.

6 GILES FERRER, Arturo Antonio: “Apuntes para un estudio acerca de la justicia militar en el Perú”, en “El Jurista del Fuero Militar Policial”, publicación Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, pags. 92-93, Año II, Número II, Lima noviembre de 2013.

de los distintos sucesos históricos del país, la posición de las Fuerzas Armadas y las orientaciones legislativas imperantes.⁷

El fenómeno descrito se explica además, en las abruptas relaciones cívico militares que han caracterizado nuestra historia republicana y que deben ser materia de un tratamiento aparte, así como en el escaso interés que despierta en las Facultades de Derecho del país el estudio de esta disciplina y también en la circunstancia que los estudios e investigaciones referentes a la justicia

militar en el Perú, son aún incipientes y han sido, como dice Carruitero⁸, realizados en especial por académicos e investigadores vinculados a la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Nacional de Trujillo. Asimismo, instituciones como La Defensoría del Pueblo, el Instituto de Defensa Legal y el Consorcio Justicia Viva. Estos estudios apuntaban a proponer la desaparición de la justicia militar en tiempo de paz⁹, lo que polariza con aquellos otros que se orientan a un mantenimiento de la

- 7 Es útil mencionar, que el Dictamen N° 08 de fecha 25 de septiembre de 2007, aprobado por unanimidad por la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas, cuya Presidenta era la Congresista Mercedes Cabanillas de la Alianza Popular Revolucionaria Americana (APRA), tomó en cuenta el aspecto de las coyunturas políticas, p. 3.
- 8 CARRUITERO LECCA, Francisco Rogger, "La jurisdicción militar en el Perú: Desarrollo histórico y problemática actual", Introducción, planteamiento, metodología y objetivos del trabajo de investigación para obtener el diploma de estudios avanzados en la Facultad de Ciencias Sociales en la Universidad Castilla de la Mancha, Toledo, España, 2010, 213 pp.
- 9 Los siguientes son los principales estudios e investigaciones en materia de jurisdicción militar: ABAD YUPANQUI, Samuel, Garantías Constitucionales: delimitando las fronteras de la justicia militar. En: Debate Defensorial. Revista de la Defensoría del Pueblo N° 1. Lima, setiembre de 1998. AZABACHE, César. Sobre la pena de muerte. En: La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales 10. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1994. De nuevo la justicia militar. En: La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales 10. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1995. BERNALES BALLESTEROS, Enrique, Comentarios a la Constitución Política del Perú, RAO, Lima, 1999. BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia, El Juzgamiento de civiles por los tribunales militares: Transgresión del derecho a ser juzgado por un Tribunal competente, independiente e imparcial. El Caso Cantoral Benavides. En: Revista Peruana de Jurisprudencia. Año 4, Número 15, mayo 2002. CARPIO MARCOS, Edgar, La cláusula de la pena de muerte en una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Violación de la Convención y responsabilidad Internacional). En: Apuntes de Derecho. Año I, N° 1. Lima: Editorial "San Marcos", octubre 1996. CARRUITERO LECCA, Francisco Rogger: "La Jurisdicción Militar en el Perú: Desarrollo histórico y problemática actual", Toledo, España, 2010, 213 pp. DE BELAUNDE, Javier. Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú. En: Meta política. Volumen 2, Número 7. México, julio-setiembre de 1998. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú. Serie Informes Defensoriales Informe Nros. 6, 57, 64, 66, 104. DONAYRE MONTESINOS, Christian. Una propuesta frente a la crisis histórica del ejercicio de la jurisdicción militar en nuestro país y la necesidad de la adecuación de sus lineamientos a los parámetros de un Estado de Derecho. En: Revista Derecho & Sociedad. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año XII, N° 17. Lima, diciembre 2001. Y otros estudios. ETO CRUZ, Gerardo. El Régimen Constitucional de la Justicia Militar en el Perú. En: Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela. Vol. 5, N° 2. Santiago de Compostela: Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 1996. La Justicia militar en el Perú. Trujillo: Empresa editora Nuevo Norte S.A Enero 2000. ETO CRUZ, Gerardo; LANDA ARROYO, César y PALOMINO MANCHEGO, José F. La Jurisdicción Militar en el Perú. En: BIDART CAMPOS y PALOMINO MANCHEGO, José (coordinadores). Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica. Libro -Home-

justicia militar en tiempos de paz y guerra¹⁰, básicamente llevados a cabo por el entonces Consejo Supremo de Justicia Militar (CSJM) y algunos cuantos académicos del Perú.

Y es que la justicia militar en nuestro medio y en general en varios países de la región, se da por conocida, lo que permite que cualquiera emita juicios u opiniones sobre ella dejando de lado sus particularidades y, sobre todo, su estrecha vinculación a la fuerza armada como el barro a las botas de los soldados y desconociendo también que la fuerza armada resulta esencial para para la subsistencia del Estado.

El tema militar es multidisciplinario y especializado y en él no hay lugar a la improvisación, como dice Ortega y Gasset en “España Invertebrada”¹¹ “Medítese sobre la cantidad de fervores, de altísimas virtudes, de genialidad, de vital energía que es preciso acumular para poner en pie un buen ejército. ¿Cómo negarse a ver en ello una de las creaciones más maravillosas de la espiritualidad humana? la fuerza de las armas no es fuerza bruta sino fuerza espiritual. Sólo quien tenga de la naturaleza humana una idea arbitraria tachará de paradoja la afirmación de que las legiones romanas y como

naje a Domingo García Belaunde. Lima: Grijley, 1997. GÁLVEZ MONTERO, José Francisco, La Reforma de la Justicia Militar al compás de la Constitución. En: La Justicia Militar en el Derecho Comparado y en la Jurisprudencia Constitucional, Palestra. Lima, 2009. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, La Jurisdicción Militar en América Latina (la unidad de jurisdicción en algunos países del área). En: Revista Jurídica del Perú. Año XLVII, N° 13 Trujillo: Editorial Normas Legales, Octubre - Diciembre 1997. HURTADO POZO, José (Director) y DOIG DÍAZ, Yolanda (coordinadora). La Reforma del Derecho Penal Militar. Anuario de Derecho Penal 2001-2002. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 2002. En este Anuario se publicaron los siguientes estudios: ASECIO MELLADO, José María. Reflexiones en torno al proceso penal militar peruano. Un proceso inquisitivo. DOIG DÍAZ, Yolanda, La justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción, en: La reforma del derecho penal militar. MEINI, Iván, Observaciones en torno a la Parte General del Código de Justicia Militar. PEREIRA CHUMBE, Roberto Carlos, evolución legislativa de la justicia militar en el Perú, la Reforma del Derecho Penal Militar. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, El Ministerio Público en la Justicia Militar. SANDOVAL, Juan Carlos. Legislación de emergencia y especialidad del delito militar. SAN MARTÍN CASTRO, César. Algunos aspectos de la justicia militar (a propósito del caso peruano. LOVATÓN, David, Jurisdicción Militar: Una cuestión de principios. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1998. MEINI, Iván, Objeciones al Proyecto de Código de Justicia Militar. Supremo de Justicia Militar. En: Dialogo con la Jurisprudencia Número 14. Lima: Gaceta Jurídica, noviembre 1999. RIVERA PAZ, En: Legal Express. Año 3, N° 36. Lima: Gaceta Jurídica, diciembre 2003. MORALES SARAVIA, Francisco, Comentarios sobre la sentencia de Hábeas Corpus a favor de Gustavo Adolfo Cesti Hurtado y las consecuencias de su tardío cumplimiento por el Consejo Carlos, Justicia Militar y Derechos Humanos. Lima, junio 2001(separata). SÁENZ DÁVALOS, Luis. Jurisdicción común vs. Jurisdicción militar (Reflexiones sobre la controversia funcional). En: Lecturas sobre Temas Constitucionales 15. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1990. SAN MARTÍN CASTRO, César. Apuntes en torno a la jurisdicción castrense. En: Revista Jurídica del Perú. Año LII, N° 37, agosto 2002. SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús. Hacia una reforma de la Administración de justicia en el fuero privativo militar. En: Revista del Foro. N° 2. Lima: Dirección de Comunicaciones en Informática Jurídica, 2001. Desde el año 2012 a la actualidad, El Centro de Altos Estudios de Justicia Militar viene publicando la revista “El jurista del Fuero Militar Policial”, con cinco números en total, conteniendo artículos de estudiosos nacionales y extranjeros acerca de la justicia militar policial.

10 Cfr. CARRUITERO, LECCA, Francisco, La reforma de la justicia penal militar en el Perú: una mirada a los límites a la libertad de configuración penal del legislador y los recientes cuestionamientos al fuero militar, En Jus Constitucional No 4 Grijley, Lima, 2008. GUTIÉRREZ, Gustavo. Justicia Militar: una posición en defensa de las competencias del Congreso de la República. En Jus Constitucional No 4. Grijley, Lima, 2008. RAMOS ESPINOZA, Juan Pablo, Derecho Penal y Procesal Militar, Ediciones Jurídicas, Lima, 2005.

11 ORTEGA Y GASSET, José: “España Invertebrada”, Espasa Libros, S.L.U. Barcelona, 176 pp.

ellas todo gran ejército, han impedido más batallas de las que han dado. El prestigio ganado en combate evita otros muchos, y no tanto por el miedo a la física opresión, como por el respeto a la superioridad vital del vencedor” y un buen ejército sólo se puede conseguir con disciplina, para la cual es indispensable contar con una justicia militar sólida.

Ahora bien, ensayar la historia de cualquier disciplina jurídica, si no desea constreñirse a un simple registro de datos o a una superposición organizada de fotos relativas a asuntos del pasado, exige ocuparse de sus distintos escenarios en el marco de una aproximación explicativa, teniendo en cuenta, además, que las instituciones jurídicas no pueden ser entendidas sólo desde un enfoque adjetivo, resulta indispensable integrar el funcionamiento de la institución en la particularidad concreta, no obstante que, por principio, cualquier aporte histórico en general y sobre la jurisdicción castrense en particular, tiene una evidente naturaleza descriptiva. Repensar creativamente lo acontecido obliga a ubicar en contexto, la materia de cara a individualizar aquello a utilizar en orden a tener una correcta inteligencia de lo sucedido. Además, en justicia militar, se evidencian asuntos que son repetitivos y aparecen en épocas de aparente institucionalidad en contextos de cambio previamente contextualizados. Finalmente, la sociedad políticamente organizada es el escenario en el que se desarrolla la jurisdicción castrense cuyas funciones, muchas

veces, les eran delegadas para atender la problemática social, hipertrofiando, de ese modo, sus competencias.

En efecto, como más adelante se expresará, históricamente, la organización de la jurisdicción castrense y de su órgano máximo, ha tenido no sólo distintos nombres, antes bien, tuvo competencias exclusivas de su ámbito militar, asegurando su papel en la organización estatal. A dicha circunstancia se adiciona que, eventualmente, tal justicia involucraba contenidos de naturaleza privada como familia y que eran consecuencia de ese sistema jurídico. El nexo entre el Gobierno y la milicia generó que éste se refugiase en la Fuerza Armada de cara a regular contextos sociopolíticos que se le iban, lo que lamentablemente no fue sólo una práctica propia del siglo XX que desnaturalizó los fines de honda raigambre jurídica e histórica que fundamentan la existencia misma de las Fuerzas Armadas y de la justicia castrense que no se entiende sin ellas.

Lo expresado constituye un muestreo de las transformaciones suscitadas desde el siglo tras antepasado, en que se vislumbra no únicamente un repensar de competencias fácticas, sino también, la transformación cognitiva en la forma de aproximarse a las ciencias jurídicas así como su transformación en el tiempo.

En lo concerniente al Derecho Penal Militar, Casado anota que su desarrollo evidencia avances y retrocesos en función a los valores que, en cada momento, se han estimado necesitados de protección penal¹².

12 CASADO BURBANO, Pablo: “Visión histórica del derecho penal militar español” en BLECUA FRAGA, Ramón y José Luis RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (coords.). “Comentarios al Código Penal Militar” Madrid, Editorial Civitas, 1988, pág. 29.

Las organizaciones de ese entonces se encontraban reguladas por ordenanzas, vale decir compendios de limitada técnica jurídica. Dichas normas regulaban hechos que constituían líneas tendenciales a ser juridizados, que el jurista Hans Kelsen llamaría, “la fuerza normativa de lo fáctico”, lo cual conlleva a la sincronía de un derecho que se mantiene estático y que polariza con una realidad en permanente cambio¹³, que nos obliga a refugiarnos en los textos de la época para tener una correcta inteligencia de la teleología que la anima.

La jurisdicción privativa pre existe al Estado peruano. Sus antecedentes se remontan a la colonia, sustentados en las citadas disposiciones normativas de la madre patria.

En efecto, la Ley I., de Don Felipe, en Buen Retiro, de fecha 23 de abril de 1714, dispuso: “Hallándome informado del abuso que hay en el fuero militar, solicitándoles muchos que no le deben tener, por cuyo medio embarazan el uso a la Jurisdicción ordinaria y a otros, y por consecuencia la buena administración de justicia en grave perjuicio de mi servicio y de la vindicta pública; he resuelto revocar, como revoco, todo el fuero militar concedido hasta ahora; y declarar, como declaro, que los que de hoy en adelante han de gozar del referido fuero, son los militares que actualmente sirven y sirvieren en mis tropas regladas, o empleos que subsistan con ejercicio actual en guerra, y que como tales militares gozaren sueldo por mis Tesorerías de Guerra; todos los Oficiales militares de cualquier grado, que sirvieren en la Marina y Armadas de mar con

patentes mías. Y sueldos por mis Tesorerías; y asimismo los militares que se hubieren retirado del servicio, y tuvieren despachos míos para gozar del fuero”.

Posteriormente, el monarca gaditano Felipe expidió la Ley II, del 25 de mayo de 1716, en Aranjuez, en relación a la justicia militar respecto de los procesos penales; la Ley III, de 29 de noviembre de 1716, en Madrid, dispuso el avocamiento previo del fuero común contra castrenses imputados de algún hecho punible; la Ley IV, del 26 de marzo de 1718, en Madrid, respecto de uniformados a quienes se imputaba defraudación de rentas, resultando inaplicable la jurisdicción privativa y demás normas jurídicas que apartan de la justicia militar a quienes cometan tales delitos.

Es importante mencionar también, las ordenanzas de 1728, cambiadas en forma en 1768, a propósito de la etapa final del “Derecho Indiano”, aplicable a los nuevos estados de esta parte del continente. Estas disposiciones normativas contenían lo relativo al conflicto armado internacional, la disciplina y la jurisdicción. La ausencia de normas puntuales iba en detrimento de las Fuerzas Armadas. En ese año y con ese enfoque, se normaron las funciones del Auditor de Guerra y en 1768 Fernando VI expidió las disposiciones del Derecho Penal y Procesal Penal Militar. Las citadas disposiciones ponen de relieve, tácitamente, la vigencia de un sistema jurídico coherente e inteligible, independiente, de aplicación a los efectivos de las Fuerzas Armadas. Fue a comienzos del 22 de octubre de 1768 cuando empezaron a regir las Ordenanzas de Carlos III, en

13 Ya lo decía el filósofo pre socrático griego Heráclito de Éfeso, “nadie se baña dos veces en el mismo río”.

cuyo octavo tratado, se hacía referencia a la justicia militar. Tales disposiciones perdurarían inclusive con posterioridad a la instauración de las repúblicas.

Javier Alva Orlandini,¹⁴ ex miembro del Tribunal Constitucional, al justificar su posición en la STC N° 0012-2006-PI/TC, anota que hace tres siglos la justicia castrense, por orden del monarca español, fue progresivamente limitada, como se desprende del Tomo III de la “Novísima Recopilación de las Leyes de España”, publicada en España en 1805.

Los textos constitucionales sólo resultan inteligibles al aproximarse a los diarios de debate en los que aparecen los asuntos a discutir. Tales documentos dan cuenta de las posturas de Agustín Argüelles, liberal de 1812 quien encabezó la Comisión de Constitución, en circunstancias que aparecía el constitucionalismo. El proyecto de Carta fundamental contemplaba, para la época, el fuero eclesiástico y militar.

Según su fuente: “... se debe dejar a los militares dentro de su fuero por ser indispensable para la disciplina y la organización, derivando a la ordenanza respectiva su regulación...”. De esa suerte, el texto constitucional enunciaba ciertas tendencias, permitiendo a otras disposiciones normativas regular la estructura y características, que hoy serían por ley, mediante una ordenanza, la cual se ocuparía del asunto de manera reglamentaria. Argüelles apostó por asegurar “...el objeto de la institución militar y el respeto debido a las leyes y a las autoridades...”

Con las transformaciones políticas del siglo tras antepasado, tuvo su apogeo el sistema representativo, con el protagonismo del hombre de ciudad. Hasta ese momento los procesos electorales estaban constreñidos a gremios, ayuntamientos y órdenes religiosas. La nueva concepción de ciudadanía edificada a partir de la vecindad suponía cierto estatuto contrastado (ser alfabeto, tener renta, profesión, arte u oficio y ser mayor de edad), empero, en adición, ciertas obligaciones de las personas frente a su comunidad, entre las que estaba la defensa, de ahí la vinculación del militar, en tanto que vecino armado: “solamente para la defensa de su patria, un ciudadano que suspendiendo la tranquila e inocente ocupación de la vida civil va a proteger y conservar con las armas, cuando es llamado por la ley el orden público en lo interior y hacer respetar la nación...”. Reflexión importante en la conceptualización de la comunidad con el estamento castrense, aceptando, en consecuencia la vinculación de los uniformados al gobierno.

Empero, no fue sino hasta la Carta de Cádiz, que se distinguió la justicia privativa del fuero común, de acuerdo al Art. 250°, que expresa: “los militares gozarán también del fuero particular, en los términos que previene la ordenanza o en adelante previniere”.

Al aludir a un “fuero particular” hacía referencia a que los castrenses no serían investigados por el fuero común¹⁵. La jurisdicción castrense, instalada en la Carta

14 Javier Alva Orlandini fue presidente del Tribunal Constitucional del Perú, político de las canteras de Acción Popular, cuyo fundador fue el arquitecto Fernando Belaunde Terry.

15 La jurisdicción castrense en nuestro medio tiene larga data, ya que nuestras constituciones de antiguo, se ha ocupado de ella.

de Cádiz¹⁶, se mantuvo durante el período republicano. De conformidad con el Reglamento Provisional de 1821, se precisó que la Capitanía General podía conocer delitos de infidencia, traición, espionaje, etc. Ello se corroboró con la Carta del 23, enfatizando en la vigencia de las normas preexistentes a los órdenes civil, penal, mercantil y privativo.

Comenzar en 1821 posibilitó, además del reemplazo de un sistema de poder por otro, percibir las transformaciones producidas a partir del nuevo estado. El texto constitucional pretendió ordenar la vida social y reconocer atributos de la persona. La sociedad políticamente organizada se hacía cargo de la defensa y el orden interno desde aquella época.

Las ciencias jurídicas cambiaron gradualmente en orden a la nueva hora política, sin perjuicio de los contextos existentes no sólo en nuestro país, sino, también en la región andina. Entre tanto, aparecen normas poco duraderas, dadas en función de las coyunturas, que al variar eran cambiadas.

La guerra por la emancipación necesitaba, además de Fuerza Armada, de un aparato administrativo que considerase niveles de control. Tal capitanía como órgano de dirección, conocía de procesos por infidencia, traición y atentados al orden y a las autoridades.

La seguridad jurídica había previsto la vigencia de normas anteriores: "...quedan en su fuerza y vigor todas las leyes que regían en el gobierno antiguo, siempre que no estén en oposición con la independencia del país..."

En lo relativo a los hechos punibles de función, si en el fuero común se preserva la libertad, en la justicia militar se asegura la disciplina. El abandono de guardia, la deserción, el espionaje y la sedición de tropas son hechos punibles que deben ser drásticamente reprimidos. Empero, el militar que cometa delitos contra la vida o el patrimonio, vulnerando las normas legales ordinarias; estaba sujeto al proceso y a la pena que le corresponda según el fuero común, salvo los hechos punibles cometidos en campaña

16 Norma Fundamental aprobada en las intendencias del virreinato y puesta en vigencia parcialmente por el virrey Abascal durante los años 1812 - 1814 y durante la época de los virreyes Pezuela y La Serna (que fue el último) de 1820 a 1824. La trascendencia de dichas Cortes y del código político de 1812 está en servir de fuente para la transmisión de la libertad de pensamiento y el ejercicio de los derechos a elegir y ser elegidos. A propósito del ejercicio del derecho a la difusión del pensamiento por el medio escrito, vieron la luz distintos estudios políticos, difusores de modernas líneas de pensamiento tributarias de la ilustración. Igualmente, a propósito de diversas prácticas electorales para la selección de burgomaestre y concejales parlamentarios provinciales así como congresistas a las Cortes, nuestros representantes comenzaron con el ejercicio de los derechos de ciudadanía y se tenían por "iguales" a los peninsulares. De 1812 a 1814 existieron sendos procesos electorales a fin de escoger a los integrantes de los ayuntamientos constitucionales de las más caracterizadas urbes peruanas (sin perjuicio de las pocas elecciones en los ayuntamientos de los otros pueblos y ciudades). Se efectuaron dos procesos electorales para seleccionar a los representantes peruanos ante las Cortes de Cádiz así como a quienes integraban las Diputaciones Provinciales de Lima y Cusco). Las instituciones de dicha Carta, vigentes en nuestro país, fueron escuela para varios políticos que participarían en la política nacional. De ahí su trascendencia. Por tanto, no debe cometerse la equivocación de tratar de presentar esta Carta como precursora de la del 23, como superficialmente podría hacer pensar una comparación irreflexiva de los contenidos de ambos instrumentos de gobierno. Este parecido guardó distinta racionalidad.

o frente al enemigo, supuesto en el cual las acciones han de dirigirse a asegurar la disciplina.

Fluye, con claridad meridiana, la necesidad de realizar una diferenciación: los hechos punibles ordinarios a cargo del fuero común, mientras que los injustos penales militares a cargo de la jurisdicción castrense.¹⁷

Gálvez,¹⁸ asevera que una primera aproximación al tratamiento de este polémico asunto nos aconseja diferenciar tal jurisdicción en el organigrama estatal, rescatado por nuestra Norma Fundamental, otorgándole autonomía frente a los tribunales comunes. Vigencia preexistente durante la vida del país, desde que el gobernante, al instalar los fundamentos de la tesis ortodoxa de la división de poderes, aceptó la vigencia de los fueros ordinario, militar y eclesiástico a que se contrae el Reglamento de Tribunales aprobado por decreto de 10 de abril de 1822,¹⁹ universitario, de indios y eclesiástico, diferenciación asumida por las cartas magnas postreras, fueros que hoy se baten en retirada pues al ser personales, colisionan con el principio de igualdad ante la ley.

Los fueros corresponden a una forma de organización del poder que es previa al

estado moderno, anterior al constitucionalismo, se sustentan en la organización estamental de la sociedad, donde los derechos y obligaciones de las personas se definían en función de su pertenencia a determinada corporación o estamento y no a su condición de sujetos libres e iguales. El único fuero que ha sobrevivido es el parlamentario y no en todos los países. En Colombia por ejemplo, no existe la inmunidad parlamentaria. Por ello, hoy resulta discutible hablar con propiedad de un fuero militar porque es un concepto medieval, anticuado y poco feliz, pese a que literalmente la Constitución peruana se refiere a él.

Volviendo al tema que nos ocupa, es útil mencionar que de conformidad con el Decreto de 11 de mayo de 1826, fue instalado el “Consejo Militar Permanente”, a fin de procesar sumariamente a los malhechores, antecedente del Inc. 9 del Art.11° del Código de Justicia Militar de 1898 que sometía a la jurisdicción de guerra “el salteamiento, aunque fuere en poblado”, lo que expresó la salida estatal a revueltas sociales que aparecían.

Como dice el jurista, historiador y maestro universitario, José Gálvez Montero²⁰: “Se ha encontrado en la documentación de 1827 un oficio remitido al Congreso General de dicho año, en el cual se indicaba

-
- 17 EXP: 0012-2006-PI/TC. Recoge el voto singular del ex Magistrado del Tribunal Constitucional Javier. Alva Orlandini, p. 47.
 - 18 GÁLVEZ MONTERO, José Francisco. La Reforma de la Justicia Militar al compás de la Constitución. En: La Justicia Militar en el Derecho Comparado y en la Jurisprudencia Constitucional. Palestra. Lima. P. 24. 2009.
 - 19 Este Reglamento Provisional dictado para los tribunales de justicia, en los departamentos libres y examinando el proyecto de reglamento de administración de justicia, en el Art.10 reconoce a la justicia castrense en los siguientes términos: Suscitada la competencia con la jurisdicción, se asociará a la Cámara del Ministro de la Guerra, y dos jefes designados por la suprema autoridad.
 - 20 GÁLVEZ MONTERO, José: “Antecedentes Históricos de la Justicia Militar”, ponencia presentada en el marco del “III Seminario Justicia Militar: propuestas y perspectivas” llevado a cabo en Lima los días 15, 16, 22 y 23 de junio de 2004, páginas 36 y 37.

la confirmación que el nombramiento del personal de los Consejos de Guerra era facultad del Presidente de la República. Ésta proveniente del ex virrey, se mantuvo en el diseño estatal en la rama ejecutiva. Dicha facultad de nombramiento nos plantea la existencia de funciones o atribuciones que han estado presentes y se hallan sujetas al modo de organización estatal, lo cual nos motiva a preguntarnos: ¿De qué cargo formaría parte? ¿Si sería de competencia administrativa o judicial? Ello abre la posibilidad de distinguir cómo se diseñó el llamado orden y qué fue lo que recogió la constitución”.

Asimismo, se otorgó al Jefe de Estado, autoridad para aprobar las resoluciones

expedidas por los entonces Consejos de Guerra Permanentes, lo que no suponía que pudiesen obrar irracionalmente, sea condenando al procesado absuelto o incrementando la sanción penal aplicada por los mencionados tribunales superiores de justicia militar.

Los Arts. 103°²¹ al 131° de la Carta peruana de 1828²² se ocupaban del Órgano Jurisdiccional; los arts. 144°²³ al 148° preceptuaban que la fuerza pública estaba integrada por el Ejército, Milicia Nacional y Marina. En el contexto de la Carta del 23, el 17 de diciembre de 1832 fue promulgada la ley que regulaba la competencia entre los aquos de la justicia privativa y los del fuero común, cuyas contiendas se resuelven por

-
- 21 Art. 103°.- El Poder Judicial es independiente y se ejercerá por los Tribunales y Jueces. Art. 104°.- Los Jueces son perpetuos, y no pueden ser destituidos sino por juicio y sentencia legal. Art. 105°.- Habrá en la capital de la República una Corte Suprema de Justicia, cuyos Vocales serán elegidos uno por cada departamento. Art. 106°.- Habrá en las capitales de departamento Cortes Superiores, y en las provincias Juzgados de Primera Instancia, precediendo para el establecimiento de unos y otros petición de las Juntas Departamentales. Art. 107°.- Habrá Tribunales especiales para el comercio y minería. La ley determinará los lugares donde deban establecer y sus atribuciones peculiares. Art. 108°.- La Corte Suprema de Justicia se compondrá de siete Vocales y un Fiscal, pudiendo el Congreso aumentar su número según convenga.
- 22 El código político de 1828, aprobado por el Congreso General Constituyente el 18 de marzo de 1828 y promulgado por el Presidente General José La Mar, el 20 de abril, en julio de 1833 fue derogado para reformarlo, perdiendo vigencia el 10 de junio de 1834. Fue liberal. Otorgaba el voto a los hombres libres nacidos en el Perú sin excepción, mayores de edad o casados que no hayan sido condenados a sanción penal alguna, ni ejercido cargo en distinto país, ni comercializado con esclavos o formalizado voto religioso. Asimismo, era otorgado este derecho a los no nacionales que hubiesen prestado servicios en el ejército o la marina o estuviesen vecinados desde el año 1820 o que después de un año hubiesen obtenido la carta de ciudadanía (de naturalización), no exigiéndosele para lograr ésta requisito alguno. Los procesos electorales eran llevados a cabo vía sufragio en parroquias y provincias. La elección de Presidente y Vicepresidente era verificada eligiendo cada colegio dos personas de las cuales, cuando menos, una era foránea. La soberanía residía en los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. El Congreso estaba integrado por dos cámaras: senadores y diputados. El Poder Ejecutivo estaba constreñido a las atribuciones relativas a las Juntas Departamentales. El Poder Judicial en el que los magistrados eran inamovibles, salvo destitución por sentencia legal. El Jefe de Estado realizaba los nombramientos, en base a una propuesta en terna que hacía el senado, a los magistrados del Supremo Tribunal y superior y a los jueces de primera instancia, a propuesta en terna de la respectiva Corte Superior.
- 23 Art. 144°.- La fuerza pública se compone del Ejército, Milicia Nacional y Armada. Art. 145°.- El objeto de la fuerza pública es defender al Estado contra los enemigos exteriores, asegurar el orden en el interior, y sostener la ejecución de las leyes. Art. 146°.- La fuerza pública es esencialmente obediente: no puede deliberar. Art. 147°.- La Milicia Nacional se compondrá de los cuerpos cívicos que deban formarse en todas las provincias. Art. 148°.- El Congreso dará las ordenanzas del Ejército, Milicia Nacional y Armada; rigiendo entretanto las que están vigentes.

los correspondientes tribunales superiores; lo que tuvo resonancia en la creación del Consejo Supremo de Guerra por la Norma Fundamental de 1834²⁴.

En esta Carta, se puede vislumbrar un instituto mejor formado. Apareció el Consejo Supremo de Guerra, desarrollado por ley de 26 de junio de dicho año, integrado por tres Oficiales Generales o Coroneles, un alto Jefe de la Marina de Guerra, tres magistrados del Supremo Tribunal así como un Fiscal letrado. Esta composición sugirió la integración de facultades jurisdiccionales, al indicarse la participación de vocales, empero, integrados en el Consejo.

Ello evidencia independencia respecto del Supremo Tribunal. Este Consejo Supremo de Guerra asumió las funciones correspondientes al Jefe de Estado, en lo relativo a la designación de los integrantes de los consejos de guerra y el conocimiento, en segunda y última instancia, de sus sentencias, dándose así el primer paso hacia la autonomía de la administración de justicia castrense. Declaraba quienes deberían ser indultados, tenía competencia para otorgar

permisos matrimoniales a jefes y oficiales y pedir al Ministro de Hacienda, informaciones vinculadas a la contaduría castrense, actos acordes con la administración de justicia. El Consejo Supremo de Guerra operó hasta 1839, pues el instrumento de gobierno de dicho año, al no consignarlo, daba pie a considerar que estaba derogado y, en consecuencia, sus funciones eran asumidas por el Presidente de la República. De otro lado, permaneció el Consejo de Guerra de Oficiales Generales (que procesaba a los Jefes de oficiales) y los ordinarios para quienes prestaban servicio militar obligatorio.

El punto de inflexión de su funcionamiento aparece en 1835, durante el Gobierno del General Felipe Santiago Salaverry, quien había defenestrado al gobernante elegido, el General Luis José de Orbegoso y se alzó en armas contra el Gobierno del General Andrés Santa Cruz.

Los hechos, que muchas veces están sobre los textos, determinaron que la autoridad organizara un colegiado bastante particular, proveniente de la herencia hispana llamado Tribunal de la Acordada. Según

24 Las funciones del Consejo Supremo de Justicia Militar, fueron: 1. Aprobar o reformar las sentencias que se pronuncien por los Consejos de oficiales generales y por los ordinarios y las resoluciones que se den en sumario, en los procesos que se formen contra los oficiales de orden de los coroneles o inspectores generales, según las facultades que les concede la ordenanza. 2. En caso de indultos generales para militares, declarar quienes deben gozarlos con vista de autos. 3. Conocer de los recursos extraordinarios que se interpongan de las sentencias dadas en última instancia en las causas del fuero contencioso militar, según la ley que se expida conforme al párrafo 7, artículo 114 de la Constitución. 4. Hacer las observaciones que juzgue necesarias para la reforma o mejora de los reglamentos o artículos de ordenanzas que convenga variar. 5. calificar las propuestas que conforme a ordenanzas deben hacerse, para llenar los empleos efectivos de oficiales del Ejército y Armada hasta la clase de tenientes coroneles y comisarios y pasarlas al Ejecutivo con informes circunstanciados de sus servicios, instrucción y demás que considere recomendar acerca de los propuestos, admitiendo las reclamaciones que se hagan por protegerlos, sin permitir que se forme instancia. 6. Pasar al Gobierno con informes las solicitudes que los inspectores y jefes de todas las armas deben dirigir al Consejo sobre retiros y licencias absolutas de los oficiales y jefes del Ejército y Armada. 7. Conceder o denegar las licencias que se solicitan para casamiento de generales, jefes y oficiales del Ejército y Armada. 8. Conocer de los expedientes que se formen sobre montepío militar, resolviendo en este caso, y en el de la atribución precedente con arreglo a leyes. 9. pedir informes a las oficinas de hacienda cuando se delibere en el Consejo sobre las ramas de la contabilidad militar.

Gálvez²⁵, se instituyó tanto durante los gobiernos democráticos como por los de facto, en situaciones de inestabilidad política que superaban los niveles de control: incremento de la delincuencia y ante la ineficiencia por parte de los colegiados ordinarios que no se abastecían para ocuparse de los procesos. La particularidad de estos aquos fue su actuación sumaria, que en la hora actual significaría una desviación del juez natural y vulneración del debido proceso.

El Tribunal de la Acordada, por el mantenimiento de la “estabilidad”, utilizó procedimientos represores sin garantías para los procesados al extremo que sus sentencias constituían cosa juzgada, lo que posteriormente fue cambiado por Salaverry. La gravedad de la situación redujo a un día el juzgamiento de los procesados por tumulto, sedición o traición a la patria, sancionándolos con la pena capital. Si los acusados habían sido intervenidos en destacamentos militares eran sentenciados en ciento veinte minutos, al estilo más inquisitivo. Este contexto particular empero generó gran expectativa al percibir cómo la autoridad controló al pueblo utilizando para ello a la justicia militar y es un indicador de que el uso instrumental de la justicia militar para fines, que pudiendo ser de interés nacional, resultaban ajenos a los de su competencia. No es un tema relativamente actual, sino que tiene antecedentes históricos.

Los hechos punibles de función permanecieron con las características jurídicas hispanas, como se evidencia en el Código de Santa Cruz o Código Penal del Estado Nor-peruano, de 1836, pese al prejuicio

antiespañol de esa hora y al ambiente poco propicio a todo aquello que hiciese recordar a la madre patria. Entre ellos destacaban la sedición o levantamiento tumultuario de un cuerpo de tropa y la violación de armisticio celebrado con el enemigo.

Una consulta al Presidente del Tribunal Militar de Segunda Instancia, evidencia que la jurisdicción castrense percibía situaciones militares como de naturaleza civil. Gálvez recuerda²⁶ que quien se aproximara a “El Comercio” de 1839 hallaría el testamento del General Domingo Orué formalizado en la justicia militar, normal en tiempo de paz.

El 5 de noviembre de 1839, el Presidente Provisorio Agustín Gamarra, ordenó por Ley del 2 de Noviembre de ese año, que el más alto tribunal de justicia del país conociese, vía nulidad, los recursos contra las resoluciones expedidas por la justicia castrense. A ese efecto, participaban dos Generales como conjueces, medida que retomaba la integración de los magistrados con oficiales de armas. Asimismo, se expidieron ciertas disposiciones normativas a fin de lograr el correcto desempeño de los consejos de guerra, prosiguiendo con la normatividad hispana, que entraba nuevamente en vigor en 1842 con el General Vidal, entre ellas el cargo de Auditor.

Se pretendió infructuosamente, en 1845, tratar de modo general a la jurisdicción castrense. Por ello, la jurisdicción privativa sólo era regulada por disposiciones normativas de la República, negándose a través de Decreto la fuerza de las ediciones de la Ordenanza General del Ejército

25 Ibídem pág. 38.

26 Gálvez José, ponencia citada, pág.38.

posteriores a 1810 y disponiéndose la dación de ordenanzas militares. Empero, sucedió con ocasión del Gobierno de don Ramón Castilla que se alude a un fuero de guerra, mediante Decreto de 6 de agosto de 1846, disponiéndose, en esa oportunidad, que los magistrados de primera instancia y los secretarios de la justicia ordinaria que ejercían los cargos de auditores, tuvieran el fuero privativo mientras su desempeño.

Posteriormente, estando en vigencia la Norma Fundamental de 1839²⁷, el 23 de noviembre de 1853, el Presidente José Rufino Echenique expidió la Ley de Reglamento de Tribunales, con 461 artículos y una Sección Adicional. El Título V (Artículos 93º y 94º) de esta Sección tuvo por nombre “Delitos cometidos por militares”²⁸.

La Norma Fundamental de 1856 reivindicó la jurisdicción castrense, tratándola como justicia especial en tanto no se aprobasen los correspondientes códigos, lo que ha destacado el joven jurista Christian Donayre Montesinos, aliviando la importancia del espíritu de la disposición normativa, el que posteriormente se consignaría en el efímero código político de 1867. Entre tanto, la Constitución de 1860 marcó una época en el derecho nacional, a saber, dispuso en el Art. 116º que la obediencia castrense estaría

normada con arreglo a las leyes y ordenanzas militares, lo cual fue interpretado como un orden distinto del resto del ordenamiento jurídico, ora sea de las normas constitucionales o de las de la justicia ordinaria. Percepción incorrecta según Rómulo Lanatta.

Pero fue en la gestión del Presidente Pezet, en 1863, que se designó una comisión conformada por los congresistas M. E. Chacaltana, Manuel Arizola, J. Bazo Basombrío, Mariano E. Vega, José María Pérez, Germán Astete y Jerónimo Lama, cuyo propósito fue adaptar las disposiciones castrenses a lo previsto en la Carta de 1860 (la de más larga duración, hasta 1920, con una breve interrupción en 1867) y del Código Penal de 1861. Este colegiado finalizó con el encargo y el proyecto vio la luz por ley de 10 de enero de 1865, ordenándose que la promulgación del Código Militar del Perú se efectuara el 1 de mayo de tal año.

El código era de avanzada. Se aprecian cuatro partes, siendo la tercera la relativa al Código Penal Militar, en la que indicaba los temas de justicia, conteniendo los hechos punibles y las sanciones penales a imponer, la organización judicial militar y la parte procesal. Su elaboración se sustentó en estricta sujeción a los derechos ciudadanos, la pena capital fue eliminada y la justicia

27 Vale decir la «Carta de Huancayo» en honor al lugar de su elaboración, se aprobó por el Congreso Constituyente y promulgó por el Presidente Gamarra el 10 de noviembre de 1839. El código político de Huancayo estuvo vigente durante 12 años, de 1839 a 1842 y de 1845 a 1854. La Convención Nacional luego de la victoria del Mariscal don Ramón Castilla en La Palma, declaró el 22 de octubre de 1855, que estaba abrogado por voluntad nacional.

28 El artículo 93º dispuso que: Los delitos comunes cometidos por militares fueran juzgados, como los de otros cualesquiera ciudadanos, por el juez ordinario; sin otro requisito que el aviso que debe impartir el juez de la causa a la autoridad militar del departamento. El artículo 94º expresó que los delitos cometidos en servicio militar, y los que se cometieren en cuartel, fortaleza, a bordo de los buques de guerra o en campamento, aun cuando fueren delitos comunes por su naturaleza, serán juzgados conforme a las ordenanzas y demás leyes del ejército y por los jueces y consejos establecidos por ellas.

militar sólo abarcaba a militares así como prisioneros de guerra, amén de los eespías. La erradicación de la pena máxima era particularmente relevante, atendida la circunstancia que ésta inscribía en la discusión respecto de si el Estado podía atribuirse dicha potestad.

El proceso penal era análogo al del fuero común, la sanción por las faltas era responsabilidad de los oficiales del grado inmediato superior, no dando lugar a proceso judicial alguno, lo que posteriormente sugeriría la misión militar gala. Empero, frente a estos aciertos habían otras normas que Lanatta anotaba; "... como aquella que considera que es atenuante del delito la circunstancia de no estar el militar pagado con el día o carecer del apropiado vestuario".

Permanecieron los consejos de guerra de oficiales generales y los ordinarios. El Tribunal Supremo de Guerra conformado por uniformados, Vocales de la Corte Superior de Lima así como por el Inspector General de la Guardia Nacional, con lo cual la policía sometida en algunos casos a la justicia militar, integraba el más alto tribunal castrense, el mismo que se ocuparía de la impugnación de las resoluciones de los consejos, tanto a los de oficiales como a los de tropa. Sorprendentemente el código no entró en vigencia atendida la circunstancia que Mariano Ignacio Prado, al relevar al Presidente de la República, bloqueó su sanción.

La involución que suponía ello implicaba formalmente la vigencia de las ordenanzas. Empero, resulta válido plantearse si éstas llegaron a ser efectivas, circunstancia

que en estrictez jurídica evidenciaría solvencia, pero no fue así.

Según la fuente de José Gálvez²⁹, incontablemente citado en esta parte, con la reorganización del Ejército por la misión militar gala, "El Califa" pidió al Coronel Paul Clement su opinión respecto de la organización de la jurisdicción militar en conflicto armado. Luego fueron conformadas sendas comisiones de estudios castrenses, considerándose en la primera el anteproyecto de Código de Justicia Militar, la cual fue conformada por los juristas Miguel A. de la Lama y Alfredo Gastón, el Teniente Coronel Eduardo Dogny y el Mayor Enrique Gonzáles y presidida por el Coronel Julio A. Jiménez.

Dicho colegiado sometió al gobierno de turno un proyecto de código el 19 de Julio del año siguiente. El Parlamento únicamente reemplazó la sanción penal de muerte por veinte años de penitenciaría. La ley se promulgó el 20 de Diciembre de 1898, disponiendo su entrada en vigor luego de treinta días. En lo relativo a la justicia castrense, se le dio competencia en función de la materia, la circunstancia y el lugar; facultades amplias, previstas en los Arts.145° y 146° que comprendieron: salteamiento, destrucción de hilos telegráficos, ataques a los conductores de valijas postales o robo de éstas, levantamiento de rieles o vías férreas, destrucción de puentes, incendio y secuestro de personal. Como no escapará a la comprensión del lector atender, hasta entonces, no se hizo efectiva alguna normatividad relativa a la materia, habida cuenta que recién con la puesta en vigencia de este

29 GÁLVEZ, José: ponencia citada, págs.41 y 42.

primer Código de Justicia Militar, durante el gobierno de Nicolás de Piérola, se incorporaron además, las faltas militares, los aspectos sustanciales y adjetivos del Derecho Penal Militar y la organización de los colegiados militares.

Nuevamente, Gálvez³⁰ recuerda que en la Memoria presentada por el Jefe de la Zona Militar de Lima al Consejo Supremo de Guerra y Marina en 1902, el General César Canevaro consignó que las ordenanzas no eran aplicadas en el proceso castrense, generando impunidad o excesos. Comprobación que invita a la reflexión por conocer la magnitud de la regulación de las ordenanzas.

Normas previas al Código de Justicia Militar de fines de siglo, fueron las Ordenanzas Generales para el régimen de disciplina y servicio del Ejército, de la pluma del General Manuel de Mendiburu. Constaban de cinco corpus: La organización del Ejército; las obligaciones de los jefes, oficiales y tropa en los distintos corpus; la contaduría castrense, normas para el servicio de garantía y la jurisdicción privativa.

Permanecieron los consejos de guerra de oficiales generales y los ordinarios. Los primeros estaban integrados por siete oficiales generales elegidos al azar ante la Corte Suprema y con arreglo a una lista a cargo del Ministerio de Guerra; los segundos presididos por el jefe del cuerpo a que pertenecía el reo e integrados por seis oficiales del mismo, del grado de Capitán. Existía sólo una instancia castrense, ya que no se consideraron tribunales de revisión para la justicia militar. Empero, en los procesos más

delicados, el Supremo Tribunal y las Cortes Superiores se avocaban a ellos. La Suprema conocería las impugnaciones contra las resoluciones expedidas por los consejos de oficiales generales. Cuando la sentencia era emitida por el consejo de tropa, conocía la Corte Superior correspondiente. Los conjuces castrenses aconsejarían a los jueces de una y otras Cortes, en temas relativos a la justicia privativa.

En lo concerniente a las disposiciones normativas relativas al sujeto activo del delito así como al hecho punible castrense, las circunstancias que alteraban la responsabilidad, etc., eran análogas a las contenidas en el Código Penal. Con relación a la organización de la jurisdicción castrense y la de guerra, se ordenó que únicamente comprendiera a los militares y miembros de la guardia nacional, en tanto estuvieran acuartelados. Sin perjuicio del delito de espionaje, la jurisdicción castrense podía comprender a los civiles. La elaboración de este tratado legal fue sustancial para el código de 1898. En esa virtud, arribamos al primer código de justicia militar peruano que jurídicamente va a tener vigencia. Organizó el Consejo Supremo de Guerra y Marina de carácter permanente: Generales, Contralmirantes y 03 magistrados menos antiguos del Supremo Tribunal. La justicia castrense tenía competencia en función de la materia, la circunstancia y el lugar, con facultades amplias.

En el gobierno de José Pardo se expidieron normas con el propósito de lograr la unidad de fuero. Las leyes 272 y 273 de 27 de octubre de 1906 preceptuaban que la Corte Suprema dirimía la contienda de

30 Ibídem p. 40.

competencia entre la justicia castrense y la jurisdicción ordinaria y tenía competencia para resolver en última instancia contra sentencias expedidas por la jurisdicción especial.

De otro lado, después de la Primera Guerra Mundial, el tratamiento de los hechos punibles políticos sociales en el viejo continente tuvo distinto resultado en nuestro país. La autoridad apostó no solamente por sancionarlos, sino habilitar para el enjuiciamiento de civiles a tribunales castrenses. Nuestro país ha sido gobernado durante mayor tiempo por militares y civiles respaldados por militares que por civiles propiamente dichos³¹.

En razón del individuo, la Ley 2442 de 03 de septiembre de 1917, preceptuó que la competencia de la jurisdicción privativa únicamente era para castrenses en situación militar de actividad y con ocasión del servicio.

La Carta del 20 en el Art. 156° determinó la competencia con relación a los civiles en tiempo de paz, atendida la circunstancia que por razón alguna podía la jurisdicción privativa procesar civiles, sin perjuicio del supuesto de conflicto armado internacional. Posteriormente, el Art. 229° del código político del 33 delegó a la ley la organización, funciones de los colegiados castrenses así como de los tribunales y juzgados especiales que se establecieran por la naturaleza de las cosas. Tenor parecido al planteamiento

visto en la Carta de Cádiz de 1812, que remitía ese tratamiento a norma específica.

Durante el gobierno de facto de Luís Miguel Sánchez Cerro, se promulgaron del Decretos Leyes N° 6881 y 6948 del 26 de septiembre y 28 noviembre de 1930, respectivamente, suspendiendo el Art. 156 de la Constitución de 1920 que preceptuaba: “la justicia militar no podrá, por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estén en servicio en el Ejército, a no ser en caso de guerra nacional” así como de la leyes N° 2442 y N° 5862, con lo que extendieron la justicia privativa a civiles, donde los Consejos de Guerra tenían conocimiento de los juicios, sin apelación ni revisión de resoluciones.

En 1939, durante el régimen de Oscar R. Benavides, se promulgó, por ley 8991 de 16 de octubre, un Código de Justicia Militar que colocó a la Corte Suprema como instancia para las impugnaciones. La organización de la jurisdicción castrense comprendía: el Consejo de Oficiales Generales, conformado por nueve magistrados, seis generales, tres contralmirantes y dos abogados: el Auditor General y el Fiscal. Luego, el Jefe de Zona, a cargo de un Coronel o Capitán de Navío, contando con personal permanente. A continuación: cuatro tipos de consejos de guerra (Coroneles, demás jefes, oficiales subalternos y tropa). Abogados: auditor, relator, secretario y defensor. Se mantuvo la competencia a civiles.

31 La historia republicana en el Perú se ha caracterizado por la permanente influencia de los uniformados en la vida política y por caudillaje militar. Sin que figure en el texto de las cartas peruanas, las Fuerzas Armadas constituyen un factor real de poder y tienen una situación de control y de predominio. Los golpes de estado eran un deporte, incluso cuenta Basadre en su Historia de la República que hubo un militar que estuvo a punto de dar un golpe de estado pero que no lo dio por falta de manifiesto. Por otro lado afirma Julio Cotler, en su importante obra sobre clases estado y nación en el Perú, que era normal que un cadete de la Escuela Militar de Chorrillos tuviera como máxima aspiración ser Presidente de la República.

En 1950, por Decreto Ley 11380 de 29 de mayo, ratificado por Ley 11490, se dictó otro Código de Justicia Militar, el cual mantuvo la injerencia de la Corte Suprema en los casos de pena de muerte, así como para sanción penal mayor de cinco años y en sentencias absolutorias.

El Consejo de Oficiales Generales estaba integrado por siete magistrados: tres Generales del Ejército, dos Contralmirantes, un General de la Fuerza Aérea y uno de la Guardia Civil, a los que acompañaban el fiscal letrado y el auditor, designados por el Gobierno. Por otro lado, se crearon los Consejos de Guerra Permanentes y se eliminaron las cuatro clases de consejos previstos en los códigos anteriores.

Con este código del 50³² en el siglo pasado, a decir de José de Rivera Lucero³³, se crea, el cuerpo jurídico militar en las Fuerzas Armadas, al servicio de organismos jurisdiccionales del Ejército, Marina de Guerra, Fuerza Aérea y Guardia Civil y Policía e integrado por oficiales de servicios letrados³⁴. La presencia de los oficiales jurídicos, no obstante dar visos de juridicidad a la labor judicial, era subsidiaria a la de los oficiales provenientes de las escuelas de formación quienes gozaban de la confianza de la Institución Armada y detentaban los cargos judiciales.

En 1963, se aprobó otro Código de Justicia Militar (Decreto Ley No 14613 de 25 de julio de 1963) y la Ley Orgánica de Justicia Militar, que comprendía las disposiciones normativas sobre a la organización y competencia de los Consejos de Guerra Permanentes.

La Constitución de 1979, estableció en los artículos 233°, 235°, 241°, 282° y 235° la justicia castrense como especializada e independiente del Órgano Jurisdiccional, cuya competencia solamente era viable para los integrantes de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en los casos de delitos de función, cuyas disposiciones no serían aplicables a los civiles, salvo en caso de guerra exterior, por traición a la patria, lo que también comprendió a quienes se hallaban cumpliendo el Servicio Militar Obligatorio.

El Gobierno Revolucionario se apresuró en expedir los Decretos Leyes Nos. 23201 y 23214, de 19 y 24 de julio de 1980³⁵, respectivamente, con la lógica militar de esa hora, para formalmente adecuar la Ley Orgánica de la Justicia Militar y el Código de Justicia Militar³⁶ a la nueva Constitución, empero, varias de sus disposiciones resultaban francamente incompatibles con la Carta del 79. Así, por ejemplo, define la falta contra el espíritu militar, tipificada en el Inc. f) del Art. 727° del Código de Justicia Militar,

32 Código de Justicia Militar, Imprenta del Servicio de Prensa y Publicaciones Técnicas de la Policía, Lima, 1952.

33 DE RIVERA LUCERO, José B. "Notas graves y agudas en el piano de mi vida", Departamento de Arte – Carpe Diem Editora, Lima, julio 2013, pág. 41.

34 Este carácter único permitió que en el pasado algunos oficiales pasaran de la policía a algún instituto armado (concretamente a la Fuerza Aérea) e inclusive de un instituto a otro (es el caso del Coronel José de Rivera Lucero (fallecido), quien del Ejército pasó a la Fuerza Aérea e incluso llegó a ascender al grado de Mayor General FAP).

35 Nueva Ley Orgánica y Código de Justicia Militar, Librería, Importadora, Editora y Distribuidora Lima S.A. Lima, 1980

36 Que se basó en el código anterior de 1963.

en entre ellas, embriagarse en público fuera del servicio, familiarizarse los Oficiales con individuos de tropa en forma que afecte su autoridad o prestigio, dar motivo fundado para que se le demande por deudas, también incurrir en esta falta los miembros de la Fuerza Armada o Fuerzas Policiales en situación de retiro y los licenciados de los mismos, que realicen actividades o hagan declaraciones de carácter político, usando o invocando el nombre de cualquier asociación constituida exclusivamente a base de vínculos militares, la concepción que los delitos en estado de guerra, eran también las contravenciones a las disposiciones del Poder Ejecutivo y a las órdenes de los Comandos Militares dictadas con arreglo a sus facultades a que se contrae el Art. 2º del acotado, afectando el principio de legalidad en materia penal. El delito de cobardía tipificado en el Art. 261º que autorizaba al jefe o superior del presunto cobarde a darle muerte en el acto para ejemplo de los demás. De conformidad con el Art. 319º, la jurisdicción militar se ejercía por razón del delito, del lugar y del estado de guerra; de acuerdo al Art. 322º, se asimilaba a la condición de militares a los omisos al llamamiento, al canje e inscripción, al personal civil que laboraba en las Fuerzas Armadas y Policiales e incluso en delitos como insulto al superior según el Art. 142º; no interesaba la situación militar en que se encuentren agraviado o defensor, el Art. 324º establecía que la justicia militar también era competente para conocer de los delitos comunes cometidos en acto de servicio cuando sujeto activo y pasivo eran militares y en esos casos se aplicaban los códigos comunes, por remisión del Art. 744º del Código de Justicia Militar. El Consejo Supremo de Justicia Militar, de conformidad con el Inc. 6 del Art. 12º de la Ley Orgánica de la Justicia Militar, podía trasladar un proceso de una

sede a otra en cualquier estado del procedimiento, afectando con ello el principio del juez natural, el Art. II del Título Preliminar de la citada Ley Orgánica decía que los Tribunales de Justicia Militar, están encargados de mantener en dichas Fuerzas, la moralidad, sin indicar quien decide qué es moral e inmoral. El proceso penal militar era inquisitivo, reservado, el juez tenía facultades de investigación, según el Art. 520 del Código, la detención sólo requería que hubieran suficientes datos para considerar responsable al denunciado, lo cual importaba un prejuzgamiento e inversión de la presunción de inocencia, sin que se requiriese el peligro procesal y la detención llevaba la incomunicación hasta por cinco días. La justicia militar no era una justicia profesional, pues seguía siendo administrada y gobernada por oficiales de armas, quedando los oficiales del cuerpo jurídico como fiscales, asesores (auditores, relatores, secretarios de juzgado). El militar no podía ascender mientras su causa estuviera elevada a proceso, lo que implicaba la fractura del principio de presunción de inocencia. Las sentencias y resoluciones adolecían en su mayoría de falta de motivación.

La Ley N° 23215, de 28 de julio de 1980, devolvió sus derechos a los condenados por el régimen militar, mediante la justicia militar. En ese período tiene lugar la percepción de la vía de evitamiento del sistema de justicia. En los 60-70, se asume la dimensión del problema de la administración de justicia en el Perú y se crean fueros especiales para las áreas de más conflictividad social, vale decir los fueros laboral y agrario, con el argumento de que siendo como es la reforma judicial compleja, onerosa y urgente, resulta imperativo encargarla a los especialistas en áreas que se percibían, de un particular contenido social, retirando del Órgano Jurisdiccional,

el tratamiento de estos conflictos, argumento que sirvió años más tarde para sustraer de la justicia ordinaria la subversión y encargársela a la justicia militar.

El impulsor de la habilitación de la jurisdicción castrense para terrorismo, es un Presidente de la Corte Suprema del año 1983 o 1984, que en declaraciones acepta que el Órgano Jurisdiccional no está capacitado para ocuparse de tales procesos y solicita la participación de la justicia privativa. Cuando luego se le encarga una competencia ajena lo que hay por parte de la sociedad y del legislador, no es un reconocimiento de un tema de especialidad, sino de incapacidad del fuero común, en orden a enfrentar un conflicto social apremiante que en opinión del suscrito no justificaba hipertrofiar la competencia de la justicia militar, sino, más bien, reforzar la gestión del Poder Judicial.

Asimismo, es útil mencionar la Ley N° 24150, cuyo artículo 10° señalaba que los integrantes de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional que sirvan en zonas declaradas en estado de emergencia están sujetos al Código de Justicia Militar, lo que evidenciaría una aplicación ocasional de la justicia militar que polariza con la competencia por delito de función.

Durante la vigencia de la Constitución Política del Perú de 1979, en 1992 el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional aprobó los Decretos Leyes N° 25475 y N° 25659, que instituyeron penalidades determinadas en terrorismo y traición a la patria, facultando a la Jurisdicción castrense el procesamiento de civiles; estableciendo un procedimiento draconiano, sumario e inquisitivo. El citado Decreto Ley posteriormente extendió aún más la competencia de la justicia militar a casos de robo en banda, lo que puso a la Jurisdicción castrense

en cuestionamiento, habida cuenta que se deformó su naturaleza: jurisdicción especializada para procesar solamente a los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, hipertrofiando la parte política sus competencias. Con ello se desnaturalizó esta institución tan preciosa para asegurar la disciplina en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. Posteriormente el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ley 25475 y ordenó nuevos juzgamientos, pero ningún procesado por terrorismo salió de prisión, pues el Tribunal no era ajeno a la realidad por la que atravesaba el país. Un sector ha pretendido justificar esta decisión política como medida de la autoridad por controlar un fenómeno que era desbordante frente a un Poder Judicial, que debido a razones de seguridad física de sus magistrados, no hacía frente al problema en los términos de eficacia que la hora política exigía. En realidad, si esta hubiera sido la razón, lo que se tenía que haber hecho era reforzar al Poder Judicial dotándole de los recursos que necesitaba. Lejos de ello, se le sometió a una Comisión Reorganizadora, lo mismo que con el Ministerio Público, las Universidades, un Tribunal Constitucional cuya Ley Orgánica exigía seis de siete votos conformes para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, lo que imposibilitaba este control ya que entre sus miembros habían dos vinculados al Gobierno, lo que era poco democrático, pues implicaba que la minoría tiene más peso que la mayoría y generaba que el sistema político, en realidad, fuera una apariencia de democracia o como llamaba Karl Schmitt, una democracia de fachada, en la que están las instituciones pero sin ninguna virtualidad, lo que evidenciaba, a su vez, una concentración del poder muy grande en manos del Poder Ejecutivo, para ser más específico, en manos del Presidente de la República y su asesor.

Es útil mencionar además, que la Ley 26171 de 06 de marzo de 1993, estableció que las detenciones y el cumplimiento de penas privativas de libertad por miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional por delitos ajenos al Código de Justicia Militar, se efectuaban en establecimientos penales ordinarios.

La Carta del 93 importó una involución en lo concerniente a las relaciones entre la justicia ordinaria y la jurisdicción castrense. Los procesos relativos a la justicia ordinaria y a la especial. Si bien es cierto en los artículos 139 inc. 1, 173° y 141° se ratificó a la justicia militar como jurisdicción especializada e independiente de la justicia ordinaria, tal como ya lo había recogido, de forma similar, la Constitución Política de 1979, dispuso que el delito de función comprendía a los miembros de las Fuerzas Armadas y a los de la Policía Nacional, los que serían sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste código no eran aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determinase³⁷. La casación era conocida por la Corte Suprema respecto al Fuero Militar sólo cuando se imponía la pena de muerte³⁸.

Esta derivación a la ley correspondiente introdujo cambios en la conceptualización de términos como traición a la patria o guerra y a la extensión de la sanción en materias antes no comprendidas. Pues ya no se aludía a guerra exterior sino en todo caso de guerra, concepto que era comprensivo también de problemas internos o domésticos. La técnica legislativa usada posibilitó la injerencia política del Gobierno en instancias cívico militares, causando distorsiones en su naturaleza. En realidad se hizo para extender la pena de muerte lo cual es incompatible con el Inc. 2 del Art. 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe extender los supuestos de la pena capital en los países que tengan esta sanción penal y además el mismo Art. 140° constitucional lo prohíbe al constreñir al juez a aplicar la pena de muerte conforme a las leyes y los tratados de los que el Perú es parte.

Luego, la Ley N° 26677, de 24 de octubre de 1996, cambió tales preceptos, modificando diversos artículos de la Ley Orgánica y el Código de Justicia Militar y posibilitando que los miembros del cuerpo jurídico militar integraran los tribunales aunque siempre en minoría, recayendo la presidencia en el oficial de armas.

37 La Sentencia 010-2002-AI/TC en los fundamentos jurídicos 103 y siguientes, ha indicado que los civiles, en ningún caso, pueden ser sometidos a la justicia militar. Excepcionalmente el art.173 constitucional autoriza a que por ley se les aplique el código penal militar en lo referido al procedimiento, nunca al órgano.

38 La Convención Americana sobre Derechos Humanos, no había sido ratificada por el Perú cuando el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada expidió el Decreto Ley N° 17388, de 24 de enero de 1969, que modificó los artículos 10°, 197°, 199° y 229 del Código Penal de 1924, así como la Ley N° 12341, y estableció la pena de muerte para los autores de delitos de rapto y contra el honor sexual en agravio de menores de 7 años de edad. En la historia del Perú han sido numerosos los casos en que los gobiernos autoritarios no sólo dictaron disposiciones para establecer la pena de muerte, sino que dicha pena fue aplicada efectivamente a los adversarios políticos. De acuerdo a tratados internacionales, la pena de muerte fue proscrita por el artículo 235° de la Constitución de 1979, excepto por traición a la Patria en caso de guerra exterior. El mismo Gobierno expidió el Decreto Ley N° 18140, de 10 de febrero de 1970, modificando el Decreto Ley N° 17388, por “no haber sido redactado correctamente.”

A continuación se dictó la Ley N° 26926, que califica los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada como delitos contra la humanidad, estableciendo que su juzgamiento corresponde a la justicia común³⁹.

Como dice José Gálvez, las coyunturas de emergencia son recurrentes, lo que exige actuar con autoridad, pero sin desvirtuar el propósito de las instituciones, limitando el espacio político del castrense, reforzando con ello, el papel de la jurisdicción privativa.⁴⁰

Recapitulando, hasta el siglo XX inclusive hemos tenido seis Códigos de Justicia Militar. El de 1865, que no llegó a regir⁴¹, el de 1898, con cuarenta años de vigencia; el de 1939, con once años; el de 1950, con trece años; el de 1963, con diecisiete años de duración, y el de 1980⁴². En el plano constitucional, esta jurisdicción especial, ha tenido presencia en nuestra historia constitucional. Ha sido reconocida en once de los doce textos constitucionales que hemos tenido.

El gobierno del Ingeniero Alberto Fujimori llegó a su fin, luego de una crisis política originada por la aparición de unos videos en los que se visualizaba a su principal asesor

Vladimiro Montesinos entregando dinero al político Kouri, que dio lugar a la aparición de otros videos y que terminó con el abandono del país por el Presidente Fujimori y la asunción al poder del Presidente del Congreso Valentín Paniagua ante la renuncia del segundo Vicepresidente Cuadros.

Durante la gestión de Paniagua, en julio de 2001, el Gobierno envió al Parlamento sendos proyectos de Ley sobre la Nueva Ley Orgánica de Justicia Militar y el Nuevo Código de Justicia Militar, que fueron actualizados el 12 de octubre de aquel año, por el Presidente de la Comisión de Defensa Nacional, de Orden Interno e Inteligencia del Congreso de la República.

En lo que respecta a la reforma constitucional en la que se aborda lo relativo a la jurisdicción castrense, a decir de la Defensoría del Pueblo, en el proyecto de bases del gobierno de don Valentín Paniagua Corazao, en julio del 2001, la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, presentó el resultado del estudio, recomendando la configuración de la jurisdicción castrense en instancia especializada autónoma, respecto del fuero común, a cargo de los injustos castrenses en que incurren los policías, diferente a la

39 DEFENSORÍA DEL PUEBLO: Serie informes defensoriales, Informe N° 6: "Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú", pág. 22 y 23., Trama, Azul, & Editores, Lima, Marzo 1998

40 GÁLVEZ MONTERO, José Francisco: *Ibidem*, pag. 33 a 45.

41 El 19 de enero de 1863, durante el gobierno del General Pezet, el Parlamento encargó una codificación de las ordenanzas militares a una comisión de congresistas que en enero de 1865 presentó su propuesta, la que si bien fue aprobada por ley, no llegó a ser promulgada debido a la insurrección del Coronel Prado en 1865. GONZÁLES LOPEZ, Teobaldo, Prólogo al Código de Justicia Militar de 1950. Lima, 1952, p. XIV; SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos. "El delito militar ordinario". Tesis, Facultad de Derecho de la PUC, 1997, p. 23.

42 ETO Gerardo, César Landa y José Palomino, "La jurisdicción militar en el Perú", en "Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica (Libro Homenaje a Domingo García Belaunde)", Lima: UNMS, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), 1997, p. 365.

preceptuada para los hechos punibles de función,⁴³ prohibida de procesar a civiles y castrenses en retiro, disponiendo que las sentencias del más alto tribunal de justicia privativa debieran ser susceptibles de revisión por el Supremo Tribunal, con arreglo a la normatividad vigente.

La propuesta recomendaba que el nombramiento de magistrados castrenses fuera competencia del Consejo Nacional de la Magistratura. Ello suponía repensar creativamente los principios de unidad y exclusividad de la potestad de administrar justicia en función de la ubicación constitucional de las Fuerzas Armadas. La Comisión de Bases, mantuvo pues a la justicia castrense pero controlada por el Supremo Tribunal. Ello pasó a la Comisión de Reforma del Congreso, en la que se aceptó la postura de la Comisión de Bases.

Igualmente, el 09 de marzo de 2002, se publicó en el diario oficial la Resolución Suprema N° 038 DE/SG, que aprobó el Informe elaborado por la Comisión para la Reestructuración Integral de las Fuerzas Armadas, conformada por el Jefe de Estado. En esa pieza jurídica, se planteó: incorporación de la jurisdicción castrense al Órgano Jurisdiccional, exclusión de los efectivos de la Policía Nacional de su competencia así

como revisión de las sentencias de la jurisdicción militar por el Supremo Tribunal por intermedio del recurso de casación⁴⁴, que es un recurso propio del Estado de Derecho, anterior en el tiempo al Estado Constitucional de Derecho, que es el que se postula para el Perú.

En el sendero de la reforma de la Norma Fundamental, diseñada por Ley N° 27600, la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Parlamento, a cargo del Congresista Henry Pease García, sometió en julio de 2002 a consideración del Primer Poder del Estado, el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución. En el Art. 201° del citado Proyecto se consideró la exclusión de los policías de la jurisdicción militar así como el procesamiento de hechos punibles militares a cargo de magistrados especializados en lo castrense del Órgano Jurisdiccional, que en caso alguno procesaría a quienes no tengan la condición de militares y la revisión por el Supremo Tribunal de las sentencias expedidas por los aquos en lo privativo⁴⁵.

Hay que recordar, sin embargo, que no obstante lo anterior, no existe en la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS)⁴⁶, propuesta seria alguna relativa a la jurisdicción

43 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley No 28665 y Decreto Legislativo No 961. Serie Informes Defensoriales, Informe N° 104 Lima, diciembre 2006, p. 22.

44 *Ibidem*, p. 22

45 *Ibidem*, p. 22.

46 Sobre el tema de la CERIAJUS y la reforma judicial, hay abundante información, sugiriendo ver al respecto enunciativamente, lo siguiente: CERIAJUS, Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia, Lima, CERIAJUS, 2004, pp. 1-83 ("Integrantes", "Presentación", "Democracia es justicia independiente y eficiente: hacia la refundación de la justicia", "Dimensión y alcances del Plan Nacional", "Plan Estratégico"). CERIAJUS: "Capítulo 1. Sobre el carácter sistémico de la justicia en el Perú"; En: "Los problemas de la justicia en el Perú"; Lima: 2004; Secretaría Técnica de la CERIAJUS/Comisión Andina de Juristas; pp. 27-49 "Capítulo IV. Recursos Humanos del Sistema de Justicia; y Capítulo V. Corrupción y Sistema de Justicia"; op. cit., pp. 320-381. pp. 396-410 ("Proyecto de reforma parcial de la Constitución"),

castrense como lo ha recordado su causa eficiente, el Dr. Javier de Belaunde López de Romaña,⁴⁷ propuso sólo una concepción panorámica en la cual ésta constituya competencia especializada del Órgano Jurisdiccional. Lo más que hizo la CERIAJUS fue recomendar por mayoría en el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia, una modificación constitucional para incorporar la Jurisdicción Castrense en el Órgano Jurisdiccional, o tal vez podríamos decir, desaparecerla, justificando que no siga constituyendo una instancia judicial paralela exenta de control, evitando, de esta manera, excesos en el juspuniendi del estado⁴⁸. También se ocupó del asunto relativo a lo disciplinario castrense que se concretaría después con las sucesivas leyes del régimen disciplinario militar y policial, respectivamente. Se postulaba que el asunto relativo al hecho punible de función, permaneciera como especialidad en el fuero común, pues debido al principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, no cabía la

creación de una jurisdicción especializada, sin que haya habido grupo de trabajo alguno que se interese en la implementación de ello, pues la CERIAJUS estaba atada de manos para proponer proyectos de códigos y leyes sobre materias tan puntuales.

Podríamos preguntarnos cuál fue la razón de ese tratamiento tan superficial. Una explicación podría ser que al interior de la CERIAJUS no había especialistas en justicia militar, entonces la interrogante sería, ¿por qué no los había?, creemos que no había voluntad política de ocuparse de la justicia castrense y tampoco interés de los expertos que se dieron cita en la CERIAJUS y es que la justicia militar fue en el pasado el patito feo, el patio trasero del sistema de administración de justicia del Estado y de las Fuerzas Armadas. Eso es a la evidencia penosamente cierto.

En 2002 los citados Decretos Leyes N° 25475⁴⁹ y N° 25659⁵⁰, aprobados en 1992, fueron expulsados del ordenamiento

pp. 577-580 ("Texto propuesto por la Sala Plena de la Corte Suprema sobre la reforma parcial de la Constitución") y pp. 581-592 ("Propuestas del Ministerio Público sobre la reforma parcial de la Constitución"). PÁSARA Luis, "Lecciones ¿aprendidas o por aprender?", en Pásara, Luis (compilador), En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina, Lima, Consorcio Justicia Viva, 2004, pp. 515-570. "Jueces, justicia y poder en el Perú, Capítulo 7 ("28 años después, una reconsideración"), en Id., Tres claves de la justicia en el Perú, Lima PUCP, 2010. Pp. 169-205. Introducción y Capítulo I ("La justicia como problema" y "La justicia recibida" de Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo, Lima, PUCP, 2014, pp. 13-70 y 301-320. Vargas Viancos, "Eficiencia en la justicia", en Pásara, Luis (compilador), En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina, Lima, Consorcio Justicia Viva, 2004, pp. 455-512. DE BELAÚNDE, Javier: "La justicia: ¿hay esperanza?", en Pásara, Luis (ed.), Perú ante los desafíos del siglo XXI, Lima PUCP, 2001, pp. 405-454. JUSTICIA VIVA: "¿Se puede reformar el Poder Judicial?; Ensayo elaborado para la LXI Conferencia Anual de Ejecutivos (CADE) "Institucionalidad: Reglas Claras para la Inversión".

47 DE BELAÚNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier: "CERIAJUS: Principales propuestas para la reforma de la justicia. La propuesta sobre justicia militar", en "III Seminario Justicia Militar: Propuestas y perspectivas" 15, 16, 22, 23 de junio de 2004, Publicación del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, Lima, 2004, p. 112 a 123.

48 Ibídem, p. 22.

49 Este Decreto Ley, expedido durante el gobierno del ingeniero Alberto Fujimori, referido a los delitos de terrorismo.

50 Decreto Ley dado durante el gobierno del ingeniero Alberto Fujimori, referido a los delitos de traición a la patria.

constitucional por el Tribunal Constitucional, en la resolución recaída en la causa N° 010-2002-AI/TC.

El Ombudsman peruano presentó sendos procesos constitucionales de inconstitucionalidad, el primero el 16 de septiembre de 2003 contra el Art. 10° de la citada Ley N° 24150, modificada por el Decreto Legislativo N° 749 (Exp. N° 0017-2003-AI/TC) y el segundo, el 10 de diciembre de 2003 contra la Ley Orgánica de la Justicia Militar (LOJM) Decreto Ley 23201, Código de Justicia Militar (CJM) Decreto Ley 23214 una disposición normativa de la Ley 27860 del Ministerio de Defensa (Exp. N° 0023-2003-AI/TC).

Observó el Art. 10° de la Ley 24150, que precisaba el injusto de función con arreglo a criterios de lugar de comisión del hecho punible y fuero personal. Se criticó asimismo el Art. II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar según el cual la finalidad de los tribunales era proteger la moral, el orden y la disciplina castrense y policial. ¿A qué moral se refería? Igualmente, se pretendió la inconstitucionalidad del Art. 269° del Código de Justicia Militar que penalizaba las prácticas homosexuales, aún

si tuvieran lugar fuera de los establecimientos castrenses.

Empero, no es sino hasta el 30 de octubre del 2004, cuando nuestro Guardián de la Constitución resolvió por la inconstitucionalidad de no pocas disposiciones normativas de la Ley Orgánica de la Justicia Militar y del Código de Justicia Militar, de suerte que se ubica en el centro de la discusión la reforma de la Justicia Castrense en el Perú, llegando el citado Órgano de Control de la Constitución a recomendar al Parlamento que norme al respecto en 365 días que por resolución aclaratoria fue prorrogado hasta el 7 de enero de 2006, en que se publicó la Ley N° 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en materia Penal Militar Policial, siguiendo al modelo español y el 11 de enero de dicho año, se publicó el Decreto Legislativo No 961, que aprobó el nuevo Código de Justicia Militar Policial.⁵¹

El 24 de enero de 2006, el Ministerio Público propone la declaración de inconstitucionalidad de ciertas disposiciones normativas de la Ley 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar

51 La reforma de la Justicia Militar dispuesta por el TC peruano, fue asumida por la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Inteligencia, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas del Congreso de la República, cuya presidencia corrió a cargo del Parlamentario Luis Iberico Núñez. En marzo de 2005 se instaló un Grupo de Trabajo para elaborar los pre dictámenes de la Ley Orgánica de Justicia Militar y el Código de Justicia Militar. Esta comisión estuvo en primer lugar integrada por sendos representantes del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la República, la Fiscalía de la Nación, los ministerios de Defensa y el Interior, dos del entonces Consejo Supremo de Justicia Militar y dos del Centro de Altos Estudios Nacionales. El 06 de Diciembre del 2005, se publicó la Ley N° 28636 – delegando facultades legislativas al Ejecutivo, para que apruebe el Nuevo Código de Justicia Militar Policial; un día después la Resolución Suprema N° 701-2005-DE/SG que nombra la Comisión encargada de la elaboración del Código de Justicia Militar Policial. La conformaron un representante del Ministerio de Justicia, quien la presidía, el Dr. Jaime Reyes Miranda; dos del Ministerio de Defensa, Dr. Felipe Villavicencio Terreros y Gral. Brig. SJE (r) Abraham Talavera Delgado; dos del Ministerio del Interior, Crl. PNP Enrique Hugo Müller Solón y Dr. Rafael Donayre Otárola; y dos del Consejo Supremo de Justicia Militar, Gral. Brig. SJE (r) Roger Araujo Calderón y Dr. Francisco Carruitero Lecca, quien actuó como Secretario Técnico.

Policial, de 7 de enero del 2006, debido a que violaban los principios constitucionales de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, autonomía del Ministerio Público, independencia e imparcialidad e igualdad ante la Ley (Exp: 004-2006-PI/TC), demanda que fue publicada el 18 de abril de 2006 y fue declarada fundada en parte, y estableció un plazo de *vacatio sententiae* de seis (06) meses desde su publicación, vencido el cual, esta sentencia produciría efectos jurídicos. Expedida dicha resolución, el apoderado del Parlamento presentó ante el Guardián de la Constitución, un escrito de aclaración de 25 de abril de 2006, que generó la Resolución Aclaratoria de 13 de junio de dicho año, que amén de precisar que en rigor la fecha de la sentencia no era 29 de marzo de 2006 sino 17 de abril del mismo año, expresó que la *vacatio sententiae* se computaba desde la fecha de notificación de dicha resolución aclaratoria.

Por su parte, la acción planteada por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima contra la Ley N° 28665, se resolvió fundada en parte por el TC en su resolución de 13 de

junio de 2006 (Expediente N° 0006-2006-PI/TC), la que fijó un plazo de *vacatio sententiae*, que vencía el 31 de diciembre de 2006. El Colegio de Abogados de Lima volvió a presentar acción de inconstitucionalidad contra ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar Policial, la que generó la resolución del TC de 15 de diciembre de 2006⁵².

En ese contexto se inició un nuevo proceso de reforma de la jurisdicción castrense, en organización, competencia y codificación.

En agosto de 2006, por Resolución Suprema N° 362-2006-DE/SG, el Gobierno designó una Comisión AD-HOC presidida por el jurista Domingo García Belaúnde, a fin que realice un diagnóstico de la organización jurisdiccional especializada en materia penal militar-policial y formule las propuestas y proyectos normativos que correspondiesen.⁵³

La Ley N° 28934⁵⁴ prorrogó el plazo establecido en las resoluciones expedidas por el Guardián de la Constitución.

52 Expediente N° 00012-2006-AI/TC.

53 La propuesta final de la Comisión Domingo García Belaúnde, fue incorporada en parte toda vez que se aprobó luego en diciembre de 2006 la Ley N° 28934, en virtud de la cual se prorrogó la vigencia del marco normativo existente que fue declarado inconstitucional –sin modificación alguna– hasta que el Congreso apruebe una nueva ley de justicia militar policial, y subsane los vacíos normativos generados en el Código por la inconstitucionalidad declarada por el TC.

54 Ley N° 28934 que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la Justicia Militar Policial. Esta consistió de dos artículos: Artículo 1°.- Vigencia Temporal de la actual Justicia Militar Policial. El Consejo Supremo de Justicia Militar Policial, continúa ejerciendo sus funciones, atribuciones y competencias con la misma estructura organizativa señalada en la Novena Disposición Transitoria de la Ley N° 28665, hasta la aprobación de la ley que subsane los vacíos normativos que se generarán al quedar sin efecto los artículos declarados inconstitucionales de la Ley N° 28665 por sentencias del Tribunal Constitucional 4-2006-PI/TC y 6-2006-PI/TC o de la dación de una nueva ley que regule la justicia militar.

Artículo 2°.- Vigencia del Código de Justicia Militar Policial. En concordancia con el artículo anterior, la parte procesal y de ejecución penal del Código de Justicia Militar Policial, aprobado por Decreto Legislativo N° 961, entrará en vigencia en un plazo de dieciocho (18) meses contados a partir de la promulgación de la ley que subsane los vacíos normativos que se generarán al quedar sin efecto los artículos declarados inconstitucionales de la Ley No. 28665 o de la dación de una nueva ley que regule la Justicia Militar.

El Colegio de Abogados de Lambayeque, presentó una demanda de inconstitucionalidad, contra la Ley N° 28934, en sus dos artículos, Exp. N° 00005-2007-AI/TC, que dio lugar a resolución de 26 de agosto de 2008, por la que el Guardián de la Constitución se pronunció sustentando que el Art.1° de la Ley N° 28934 fue derogado por Ley N° 29182, de 11 de enero de 2008, empero, de acuerdo al fundamento 6, dicha disposición normativa continúa generando consecuencias, razón por la cual debe resolverse por la inconstitucionalidad de dichos efectos, haciendo írrita la capacidad reguladora de la citada norma legal. Por último, en lo relativo al Art. 2° de la Ley N° 28934, el TC anota que carece de objeto pronunciarse por haberse generado la sustracción de la materia, habida cuenta que dicha disposición normativa fue abrogada por Ley No 29182, no evidenciándose que al momento de resolver, se encontrase surtiendo efecto alguno. Por todo ello, la demanda presentada por el Colegio de Abogados de Lambayeque contra la Ley N° 28934, solamente resultó fundada en parte.

El APRA, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 107° del Instrumento de Gobierno, teniendo en cuenta lo dispuesto en el numeral 2 del Art. 76° del Reglamento del Congreso de la República, propuso el Proyecto de Ley N° 1421-2006-CR, anotando que la jurisdicción castrense, por mandato constitucional está vigente a fin de procesar sólo a militares y policías en situación de actividad por delitos de función, con arreglo al Código Penal Militar Policial.

El APRA argumentaba, no sin razón, que los Poderes del Estado y los órganos constitucionales tienen la obligación de cumplir con tal precepto constitucional, en un contexto de respeto mutuo y relaciones recíprocas con la citada justicia castrense,

contribuyendo al fortalecimiento del sistema democrático y la institucionalidad del país. Anota que en esa línea el Parlamento está llamado a discutir y eventualmente sancionar la nueva Ley de Organización de la justicia privativa, que reemplazase a la Ley N° 28665, en estricta sujeción a la Norma Fundamental, levantando las deficiencias planteadas por el órgano Jurisdiccional, el Ministerio Público así como por el Consejo Nacional de la Magistratura y las observaciones formuladas por el Guardián de la Constitución y, a su vez, el Supremo Intérprete debe tener en cuenta la Nueva Ley de la justicia castrense, reconociendo, como lo ha hecho antes, la existencia de dicha justicia especial, haciendo prevalecer el mandato constitucional sobre cualquier postura, rechazando cualquier intento de obstaculizar su aplicación y que las Fuerzas Armadas y Policía Nacional deberán adecuar sus disposiciones normativas y reglamentos internos a fin de cumplir y responder a las exigencias de la jurisdicción castrense en lo jurisdiccional y administrativo, en el marco del Sistema de Seguridad y Defensa Nacional contemplado en la Norma Fundamental. Por último, invoca que la jurisdicción privativa tiene que difundir los dispositivos que la regulan así como las actividades que efectúa, para que la ciudadanía tenga una correcta inteligencia sobre el particular, para asegurar su reconocimiento como institución tutelar del Perú.

El 15 de noviembre de 2008, el Poder Legislativo sancionó la ley de la jurisdicción privativa. En efecto, el Gobierno el 11 de enero de 2009 promulgó la Ley N° 29182 Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar. Empero, dicha Ley mereció diferentes críticas en los frentes interno y externo, particularmente por el Organismo No Gubernamental Instituto de Defensa Legal

“IDL” y el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, que interpuso acción de inconstitucionalidad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos infelizmente citó a Audiencia Pública al Estado peruano para que sustentase esta ley, desconociendo que aún no se había agotado en la vía interna su cuestionamiento, razón por la cual este organismo internacional carecía de competencia.

El Tribunal Constitucional, con fecha 22 de diciembre de 2009, en el expediente N° 0001-2009-PI/TC, resolvió ratificando la constitucionalidad de la Ley No 29182 y delimitó aspectos controversiales.

En virtud de ello, se promulgó el 31 de agosto de 2010 el Decreto Legislativo 1096, siendo publicado en el Diario Oficial “El Peruano”, el 01 de septiembre de ese año, norma legal modificó parcialmente la Ley 29182. En esa misma fecha, también se publicó el Decreto Legislativo 1094, que aprueba el Código Penal Militar Policial el cual, con todos sus defectos, tiene un contenido rico, pleno de sapiencia jurídica y expresado de manera elegante.

Por último, el 06 de diciembre de 2012, dio la luz la Ley N° 29955 que modifica la Ley 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, en los Arts. 10° y 23° que establecen: Art. 10° El Presidente de la República nombra a los vocales del Tribunal Superior Militar Policial, previa evaluación de méritos.

Cuando cesa un vocal de la Sala Suprema Revisora, es reemplazado por un vocal supremo u oficial general o almirante en situación de actividad o en retiro.

Art. 23° El Presidente de la República nombra a los fiscales supremos militares policiales, previa evaluación de méritos.

Cuando cesa el Presidente de la Fiscalía Suprema Militar Policial es reemplazado por un fiscal supremo u oficial general o almirante en situación de actividad o en retiro.

Podrán designarse fiscales adjuntos cuando la función fiscal así lo requiera”.

No obstante que el Art. 138° constitucional, dispone que la potestad de administrar justicia emana del pueblo, en consecuencia es indispensable para efectos de legitimidad política que las autoridades sean directa o como sucede en el presente caso, indirectamente elegidas por el pueblo. Empero, la circunstancia de que el nombramiento de los vocales ante la Sala Revisora y del Fiscal ante dicha Sala, que son precisamente quienes gobiernan el Fuero Militar dependa única y exclusivamente del Poder Ejecutivo sin pasar por la propuesta del Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial como era con la ley 29182, puede politizar a la justicia militar y afectar la independencia de los magistrados, lo cual puede generar una involución de la justicia militar hacia etapas ya superadas. Ello resulta cuestionable.

Sin perjuicio de lo expresado, es importante mencionar que la independencia del magistrado, sea civil o militar, tenemos que encontrarla antes que en los sistemas que son siempre imperfectos, en su propia conciencia y en la rectitud de ánimo de las fuerzas políticas, que deben encontrar en ese magistrado, el último baluarte en la supervivencia del Estado Constitucional de Derecho que se postula para el Perú. Debe entenderse también que dentro de la sociedad civil en la que opera el juez de la libertad, se encuentra la sociedad militar que es básicamente una sociedad de la obediencia y en la que opera el juez militar, que es el juez de la disciplina, pero ambos deben ser

escrupulosos en el respeto a las notas características del debido proceso legal, sin el cual nunca puede hacerse realmente justicia.

Finalmente, por sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 08 de julio de 2015, recaída en el expediente 022-2011-AI-TC, se declaró la inconstitucionalidad de algunos tipos penales militares instalados en el código penal militar policial, aprobado por Decreto Legislativo 1094, vinculados al Derecho Internacional Humanitario y otros, algunos de los cuales ya habían sido declarados inconstitucionales en la sentencia 0012-2006-PI-TC y algunos artículos del Decreto Legislativo 1095, que aprueba las reglas de empleo y uso de la fuerza por

las Fuerzas Armadas. En nuestra opinión, esta sentencia lejos de afectar el funcionamiento de la justicia militar (hubieron sólo dos procesos que estaban en trámite que se vieron afectados), resulta positiva puesto que no sólo ha salvado, vía interpretación normativa, la constitucionalidad de algunos delitos declarados inconstitucionales por la Sentencia 0012-2006-PI/TC, sino que además, ha venido a poner punto final a la discusión a ese respecto, con lo cual ya no cabe con seriedad, cuestionamiento jurídico alguno a la justicia castrense. La circunstancia que en total hayan sido nueve las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre la justicia militar subraya lo polémico y controvertido de la materia⁵⁵. La justicia

55 Las sentencias son, las siguientes:

Expediente N° 0005-2001-AI/TC: El Defensor del Pueblo impugnó la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 895, referido a los delitos de Terrorismo Agravado. El Tribunal Constitucional señaló que a la Jurisdicción Militar no le corresponde juzgar el delito de Terrorismo Agravado, pero sí el juzgamiento de los delitos de Traición a la Patria y Terrorismo (simple) de conformidad con el artículo 173° de la Constitución.

Expediente N° 0010-2002-AI/TC: Cinco mil ciudadanos impugnaron la constitucionalidad de la Ley N° 25659, referida al delito de Traición a la Patria. El Tribunal Constitucional -cambiando su criterio anterior- señaló que la Jurisdicción Militar no es competente para juzgar a civiles, aun cuando éstos cometan los delitos de Terrorismo (simple) y Traición a la Patria.

Expediente N° 0017-2003-AI/TC: El Defensor del Pueblo impugnó la constitucionalidad de la Ley N° 24150, referida a los Estados de Excepción y Fuerzas Armadas. El Tribunal Constitucional señaló que no constituyen delitos de función los ilícitos cometidos por un militar o policía, en situación de actividad, dentro de establecimientos castrenses, si es que dicho ilícito no guarda relación con el servicio.

Expediente N° 0023-2003-AI/TC: El Defensor del Pueblo impugnó la constitucionalidad del Decreto Ley N° 23201 (Ley Orgánica de Justicia Militar) y del Decreto Ley N° 23214 (Código de Justicia Militar). El Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

Los Magistrados del Fuero Militar Policial no pueden ser militares ni policías que sean “oficiales de armas” en situación de actividad, pues ello vulnera los principios de independencia e imparcialidad judicial.

- El Poder Ejecutivo no puede nombrar a los Magistrados del Fuero Militar Policial, pues atenta contra la independencia e imparcialidad judicial.
- No puede existir una Fiscalía adscrita al Fuero Militar Policial, dado que las atribuciones del Ministerio Público no pueden ser ejercidas por ningún otro órgano.

Observación: A raíz de esta sentencia, se dictaron nuevas normas. Así, el Congreso de la República emitió la Ley N° 28665 (Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Penal Militar Policial) que sustituyó al Decreto Ley N° 23201, y el Poder Ejecutivo dictó el Decreto Legislativo N° 961 (Código de Justicia Militar Policial) que reemplazó al Decreto Ley N° 23214.

Expediente N° 0004-2006-PI/TC: El Fiscal de la Nación impugnó la constitucionalidad de la Ley N° 28665. El Tribunal Constitucional repitió lo señalado en la sentencia N° 0023-2003-AI/TC y agregó además que:

militar policial peruana no es la creación de genio alguno, no es minerva armada del cráneo de júpiter. Lo nuestro es un largo proceso con marchas y contramarchas.

Por último, quisiera poder hacer la narración histórica de esta epopeya, con función higiénica como diría Macera, con el valor purificador de una confesión, pero ello excede largamente las limitaciones de un estudio de esta naturaleza; además ni la ocasión ni el espacio asignado me permiten tal engolosinamiento.

En opinión del suscrito si la justicia militar peruana no ha desaparecido como

ha ocurrido con muchas justicias militares del continente (Argentina, Ecuador, etc.) es porque ha podido cambiar a tiempo y es que las instituciones, a diferencia de los satélites, rara vez se quedan en el lugar que su creador los colocó y la justicia militar peruana es un buen ejemplo de esa dinamicidad que nos muestran las instituciones del derecho público en su afán por adecuarse a los nuevos roles de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en el marco del Estado Constitucional de Derecho que se postula para nuestro país.

En efecto, resulta evidente que la justicia militar policial peruana ha sufrido un

- Los Magistrados del Fuero Militar Policial no pueden ser militares ni policías en situación de actividad, aún cuando sean “oficiales de servicio” que son Abogados asimilados.
- El Consejo Nacional de la Magistratura debe ser el encargado de nombrar a los Magistrados del Fuero Militar Policial.

Expediente N° 0006-2006-PI/TC: El Colegio de Abogados de Lima impugnó también la constitucionalidad de la Ley N° 28665. El Tribunal Constitucional repitió lo que sostuvo en la sentencia N° 0004-2006-AI/TC.

Expediente N° 0012-2006-PI/TC: El Colegio de Abogados de Lima impugnó la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 961. El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional de casi la totalidad de los delitos de función tipificados en dicho Código, con el argumento de que éstos tutelaban bienes jurídicos que ya estaban protegidos por el Código Penal (común).

Expediente N° 0005-2007-PI/TC: El Colegio de Abogados de Lambayeque impugnó la constitucionalidad de la Ley N° 28934, la cual amplió temporalmente la vigencia de la Ley N° 28665 y del Decreto Legislativo N° 961 que habían sido derogados mediante las sentencias antes mencionadas. El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la Ley N° 28934, con el argumento de que la referida ampliación de normas derogadas era un abierto desacato a cumplir con las sentencias de inconstitucionalidad emitidas.

Observación: A raíz de esta sentencia, el Congreso de la República emitió la Ley N° 29182 (Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial) que reemplazó a las Leyes N° 28665 y N° 28934.

Expediente N° 0001-2009-PI/TC: El Colegio de Abogados de Lima (CAL) impugnó la constitucionalidad de la vigente Ley N° 29182. El CAL fundamentó su demanda con los siguientes argumentos (que repiten lo señalado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias anteriores respecto a la justicia militar):

- Los Magistrados del Fuero Militar Policial no pueden ser militares ni policías (de armas o de servicio) en situación de actividad.
- No puede existir una Fiscalía adscrita al Fuero Militar Policial.
- El Consejo Nacional de la Magistratura debe ser el encargado de nombrar a los Magistrados del Fuero Militar Policial, y no el Poder Ejecutivo.

El Tribunal Constitucional, cambiando su jurisprudencia anterior, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0001-2009-PI/TC, dijo:

- Los Magistrados del Fuero Militar Policial sí pueden ser militares y policías (abogados) en situación de actividad.
- Si puede existir una Fiscalía adscrita al Fuero Militar Policial.
- El Presidente de la República si puede nombrar a los Vocales y Fiscales Supremos, etc.
- Sentencia 022-2011-AI-TC ya comentada.

cambio de 180 grados, tanto en su concepción como en su procedimiento de aplicación, en orden a hacerla más respetuosa de los derechos fundamentales de militares y policías procesados, pero más rigurosa contra aquellos malos militares y policías, que afortunadamente son los menos, quienes animados por propósitos subalternos, ajenos a la moralidad o a la defensa de la legalidad, no dudan en usar las armas, los grados, el poder que nos da la nación para abusar o enriquecerse al calor de enardecidas pasiones, desvirtuando los fines de honda raigambre jurídica e histórica que fundamentan la existencia misma de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional y la Justicia Militar Policial que no se entiende sin aquellas, pero cuya imagen jamás podrá ser dañada por esos oscuros personajes que la historia no recuerda, traidores a la patria, fariseos, hijos del averno, negación de toda afirmación positiva en bien y provecho de la colectividad peruana, que pululan como roedores por el patio trasero de la historia y que merecen su desprecio y olvido y que deberán ser condenados al ostracismo perpetuo, perdiendo los honores así como los emolumentos que el país les haya asignado y deberán quedar sujetos al proceso y eventual sanción penal que les corresponda según las leyes respectivas.

El problema hoy es que si bien el proceso penal militar ha cambiado a uno acusatorio adversarial o garantista, muchos operadores del sistema, formados en la lógica del sistema inquisitivo, no han variado su esquema mental y no creen en el nuevo sistema, añoran los días en que la justicia militar procesaba civiles, con el pretexto de salvar al Estado, porque el país y esa hora política así lo exigían y es difícil que quien no cree en el actual sistema, lo pueda aplicar adecuadamente. Ello es a la evidencia penosamente

cierto y queda en la responsabilidad del Centro de Altos Estudios de la Justicia Militar (CAEJM), revertir esta situación con el propósito de evitar retrasos innecesarios y perder el liderazgo que tenemos en la Región Andina, en la que hay países que ya no tienen justicia militar como Argentina y Ecuador u otros en los cuales ésta se bate en retirada, como Uruguay u otros en los que su justicia militar está al nivel de la justicia militar peruana de los ochenta como Chile e incluso Centro y Norteamérica nos contemplan con encanto porque la supervivencia de la justicia militar en América es la esperanza de todos, ya que en gran medida ella implica la supervivencia de las instituciones castrenses y no los podemos defraudar.

Finalmente, siendo como es el mandato a término así como la efectiva responsabilidad de quienes vestimos uniforme, no sólo el fundamento mismo de una de las instituciones básicas del sistema democrático, sino aspiración proclamada en la Constitución, resulta indispensable que todos, profesionales, estudiantes, estudiosos, militares, policías, etc., nos preocupemos en asegurarle al país y a nuestro estado, una justicia militar policial sólida, que sea salvaguarda de la moralidad en los cuarteles, en resguardo del pleno imperio de la Constitución y en pro de la consolidación de un real estado constitucional de derecho para el Perú, en el cual no haya necesidad de callar las leyes para mantenerlas como sostenía Vidaurre a la sazón Ministro de Gamarra en el siglo antepasado y en el que la relación poder libertad que en última instancia se resuelve en el código político, sea de diálogo y no de imposición de este sobre aquella.

El pretexto del “interés nacional” puede hacernos creer que es “más patriótico silenciar nuestras debilidades o” cuando menos reservar la discusión para una época

más lejana”⁵⁶. Tal época es hoy, pues como dice el mordaz Ricardo Palma⁵⁷ en sus *Tradiciones Peruanas*, concretamente en “Don Dimas de la Tijereta” que es un “cuento de viejas que trata de como un escribano le ganó un pleito al diablo”, “no hay plazo que no se venza ni deuda que no se pague” y por eso, como se dice en las misas, “es justo y necesario, es nuestro deber y salvación”, quitar los velos, aceptar la historia como es, con lo que nos agrada y disgusta: la hora actual impone consistentes bases para la justicia militar policial y no se obtendrán ocultando nuestras deficiencias, bajo el tapizol, antes bien, aspirando nuestra historia, es decir, llevando a cabo lo que el autor de “Las furias y las penas”, llama la función higiénica de la Historia⁵⁸, pues la justicia militar que somos, lleva indeleble el sello de lo que fuimos, que fue un ingrediente relevante de cara a la edificación de nuestra jurisdicción castrense, vale decir que somos una evolución de lo que antes fuimos y no se entiende la justicia militar hoy, sin comprender su pasado.

Si pretendemos hacer la historia de esta forma, no basta la memoria fría, racional; hay que procesar la información con la inmunidad que nos impone la academia y la indispensable objetividad a la que nos afiliamos, a decir de Luis Góngora y Argote, agregando pasión a pasión, memoria a memoria y dolor a dolor. La historia recuerda Trazegnies⁵⁹, no es el pasado de otro sino de

nosotros. La historia es una investigación de la Institución, de sus fortalezas y debilidades, de sus hazañas y de sus horas negras. Es por ello que el descubrimiento emocionado de hechos oscuros en cualquier época, nos escarapela el cuerpo; porque nos enfrenta con nuestra realidad.

Estas reflexiones pretenden develar, con la ayuda del Derecho, parte de la historia de nuestra justicia militar. Pero lo mostrado por éste se vuelve contra el mismo Derecho, le imputa su posibilidad de haber sido, lo critica y obliga a evidenciarse, más allá de lo aparente.

Las fuentes jurídicas (expedientes judiciales, normas legales, documentos administrativos, análisis de relaciones jurídicas), facilitan grandes cantidades de información con el propósito de tener una correcta inteligencia de esta época que las generaciones actuales obvian en los libros de Historia de la Justicia Militar, pero que, a decir de Félix Cipriano Coronel Zegarra, citado por Trazegnies, “es una mancha que desdice de nuestro carácter, que no está autorizada por nuestras leyes”⁶⁰. Por ello el interés que es prioritario, se ubica en la frontera entre la Historia y el Derecho, en la que el Derecho devela a la Historia y donde la Historia develada impone a la justicia militar a repensarse a sí misma, a percibirse honestamente.

Al principiar estas reflexiones que no tienen pretensiones académicas, se pensó

56 Misión Peruana a los Imperios de Japón y China: Cartas de Aurelio GARCÍA y GARCÍA a S.E. Don Manuel Pardo, Presidente de la República, Libro copiador de cartas. Manuscrito. 1873-1874. Carta desde Shangai de 11 de Octubre de 1873, pp.

57 PALMA, Ricardo: “Tradiciones Peruanas”, Cátedra Letras Hispánicas, Quinta Edición Madrid, página 92.

58 MACERA, Pablo: “Las Plantaciones Azucareras Andinas”, en *Trabajos de Historia Instituto Nacional de Cultura*. Lima, 1977. T.IV, pág. 210.

59 Tomo I *Ibidem*, pag. 26.

60 *Ibid*, Tomo I, pág. 27.

en realizar una veloz penetración en terreno inhóspito con una tónica sustancialmente depredatoria, pues a decir de José de Rivera Lucero, “es con el pasar de los años que se tiene la capacidad objetiva de hacer un balance de lo vivido⁶¹”, se pretendía capturar al tiro aquello de la Jurisdicción militar que estuviera a mano y fuera relevante y volver raudamente al presente con el propósito de organizar el material. Siendo esto así, en no pocos casos la osadía ha reemplazado al conocimiento en la pretensión de descubrir algunas situaciones relevantes. Porello, lo más probable es que estas reflexiones sean francamente insuficientes, evidencien fallas y sean susceptibles de hacerse varias observaciones.

Empero, pensamos que es preferible hacer errados planteamientos que no hacer ninguno. Total, lejos está de nuestro ánimo pretender o imaginar que se deban compartir estas reflexiones; en todo caso, no hay delito de opinión y siempre existe la posibilidad que en el camino nos corriamos. Quienes no piensan como nosotros tienen expedito el camino democrático y alturado de refutarnos. En el primer caso, se alberga la esperanza, que dicho sea de paso, es lo último que se pierde, que alguien se atreva a tratar estos contenidos, motivado por el deseo de explicitar las fallas y de esta manera, habremos también aportado a promover el curso a la verdad.

En todo caso, pensamos que el esfuerzo no es ocioso, pues el estudio de la historia de la justicia militar peruana posibilitará percibir qué hubo de efímero y qué de continuo en la jurisdicción castrense, su origen, significado y evolución, el juego de las diversas

influencias que en una vida nacional (de la que surge la Jurisdicción castrense), se suscitan y en las que la realidad pone luego el sello de su jerarquía. Se aprende a entender y a amar mejor a un país en general y a una institución en particular y, si ese país e institución son los propios, se aprende a quererlos con cariño consciente, voluntario y generoso. De eso se trata todo esto. Los protagonistas de la historia de la justicia militar no son las leyes y los sistemas, sino los operadores que los aplican y eventualmente, los sufren, pues lo que toca directamente a las personas, lo que ellas hacen y sienten, sus objetivos, éxitos y errores, resulta insuficiente describirlo con aseveraciones teóricas: urge dejar sentada su humanidad que huye, se esfuma a través de la lupa académica del hombre de derecho.

De otro lado, lejos está de nuestro ánimo efectuar un estudio moral, antes bien, pretendemos comprender sin acusar.

Jung sostenía que crecimiento y madurez no son factibles, en tanto no reconozcamos nuestro oscuro que no solamente está ahí sino que su presencia encubierta nos perturba, resulta indispensable, sacarlo a flote y enfrentarlo.

Ello resulta cierto para las instituciones, pues en ellas, los individuos se identifican con aspectos de su personalidad histórica y dejan otros en el pasado. Empero, en las instituciones como en los seres humanos, nada queda totalmente enterrado, sigue viéndose inconscientemente en nosotros: lo que rehusamos sigue siendo parte de nosotros mismos y nos acompaña aunque no lo queramos aceptar.

61 DE RIVERA LUCERO, José, Ob. Cit. Pág. 61.

El peligro es como diría Trazegnies⁶², “que esas sombras que nos persiguen puedan intentar controlarnos desde el otro lado de nuestra conciencia o provocar acciones y reacciones aparentemente inexplicables que escapan a un control racional. En ciertos momentos de crisis, cuando nuestra buena conciencia fracasa, reaparecen esos lados negativos como fantasías infantiles que intentan apoderarse de la actitud” institucional: idealismos que conducen al error, frustraciones y resentimientos, generadores de distancias y desunión.

Por eso la esperanza de una mejor justicia castrense no es posible si no edificamos nuestro sentimiento institucional sobre consistentes bases, si no nos liberamos de los resentimientos subalternos. De nuevo Trazegnies⁶³: “para tener una auténtica salida hacia el futuro, debemos previamente asumir nuestro pasado, con sus elementos buenos y malos: es preciso que comprendamos” lo sucedido con el propósito de que no se repita.

El pasado no es sólo un atrás, que puede cultivarse u ocultarse, según sea bueno o malo; hay que procesarlo y asumirlo voluntariamente, pues es parte de nosotros y exige asumir una postura frente a él.

Estudiar la historia de nuestra justicia militar es también analizar la parte oscura de nuestra psicología institucional y dar pasos seguros para exorcizarla.

Empero, tal aceptación resulta tarea difícil. La sombra, anota Jung, constituye

un problema moral que pone en entredicho nuestra personalidad consciente, porque no se puede tener consciencia de la sombra sin un esfuerzo ético. Implica aceptarlos aspectos oscuros de la personalidad y sentir su actualidad. Tal acto resulta siendo requisito indispensable del autoconocimiento⁶⁴.

Tal esfuerzo ético no se debe impedir. La salud institucional solamente puede ser mantenida en un ambiente de honestidad, de reconocimiento de nuestros errores y horrores, de ventilamiento de nuestros reproches. La identidad institucional debe ser la lógica consecuencia de la integración.

Trazegnies⁶⁵, incontablemente citado en esta parte, anota: “En esta historia no hay héroes ni villanos: todos somos una mezcla de héroes y villanos, y podemos jugar uno u otro papel según las circunstancias. Lo importante es que sepamos que hacemos mal cuando hacemos mal, y que seamos conscientes y valientes para escoger el papel que queremos desempeñar”.

Por eso una Historia de la justicia castrense que únicamente evidencie aspectos heroicos y vibrantes del pasado, hoy resulta largamente insuficiente, debido a que será sindicada como mentira o media verdad; y sobre la mentira y las medias verdades, no se pueden edificar solidesces y mucho menos cohesión institucional. A decir de Trazegnies⁶⁶, “como tampoco la Historia puede consistir en revolcarse en el lodo que todo pasado esconde y pretender ensuciar usando ese fango como arma de lucha social”.

62 TRAZEGNIES, ob. Cit. T.II pag. 782.

63 Ibid.

64 G.G.JUNG: *Anion. Rescarches into the Phenomenology of the Selt*. 2ª. Ed. Bollinbgen Series. Princeton University Press. New Jersey, 1978, p. 8.

65 Ibid., pág. 783.

66 Ibid.

Solamente de esta manera, la historia puede constituirse en lo que debe ser, un ejercicio de esperanza.

Finalmente, terminamos parafraseando al Historiador peruano de la República

Jorge Basadre⁶⁷ cuando dice “Hay temas para ser planteados y temas para ser agotados, temas que se horadan y temas que se vacían”. Sin duda que los de este artículo, son del primer grupo.

67 BASADRE, Jorge: Conversación con un grupo de profesores y alumnos del Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el 25 de Junio de 1974.

EL ÓRGANO DE CONTROL DE LA MAGISTRATURA MILITAR POLICIAL

*Contralmirante CJ (r) Hernán Ponce Monge**

“Si pudiéramos conocer primero dónde estamos y hacia donde tendemos, podríamos entonces juzgar mejor qué hacer y cómo hacerlo”

Abraham Lincoln

El Órgano de Control de la Magistratura Militar Policial (OCMAG-MP) fue creado por el artículo 33° de la Ley N° 29182, “Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial” y cuenta con un Reglamento Interno de Organización y Funciones. Otras normas que regulan su funcionamiento son el “Código de Ética del Magistrado Militar Policial” y el “Código Penal Militar Policial”.

El OCMAG – MP, conjuntamente con la Inspectoría General del Fuero Militar Policial y la Oficina de Control Institucional (OCI), integran los organismos de control del Fuero Militar Policial. El OCMAG-MP, es un órgano que goza de autonomía funcional, tiene competencia nacional y desarrolla sus actividades de control preventivo, concurrente y posterior con independencia. Su misión primigenia es fiscalizar la conducta funcional, idoneidad y desempeño de los señores Vocales y Fiscales Supremos, Superiores, Jueces y Fiscales Militares Policiales, así como del Personal Auxiliar de Apoyo (Adjuntos de Juzgados y Fiscalías, Relatores, Secretarios, entre otros).

* Jefe del Órgano de Control de la Magistratura Militar Policial, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

El Jefe del Órgano de Control de la Magistratura Militar Policial es un Oficial del Cuerpo Jurídico del grado de General o Almirante, con rango de Vocal Supremo, nombrado por el Presidente de la República, a propuesta del Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial, siendo su designación por un plazo de dos (2) años.

Las faltas en que incurren los funcionarios del Fuero Militar Policial, en el ejercicio de la función jurisdiccional o fiscal, están tipificadas en el Reglamento Interno del OGMAG-MP y se aplican previa denuncia y luego de una seria investigación, sujeta a un debido proceso, recayendo, según corresponda, las sanciones disciplinarias de amonestación verbal o escrita, suspensión del cargo sin goce de haber hasta por 90 días, destitución o separación definitiva del cargo.

La función disciplinaria del OCMAG-MP conlleva una acción permanente de control, supervisión y vigilancia de los operadores judiciales y fiscales, para que actúen con independencia e idoneidad en el desempeño de sus funciones y naturalmente, con sentido ético. Se busca consolidar un Fuero Militar Policial que inspire confianza, legitimidad y transparencia en el ejercicio de la administración de la justicia militar policial en el país, más aun hoy, que en la jurisdicción militar policial se aplica el proceso penal acusatorio, que exige de los jueces y fiscales el cabal conocimiento de sus roles y el cumplimiento de principios como los de celeridad, oralidad, intermediación, plazo razonable, entre otros. Los fallos deben ser justos, motivados y adecuados a la Ley, cumpliendo con el debido proceso y en los plazos establecidos, con estándares internacionales, procurando la excelencia de un eficiente servicio de la administración de justicia militar policial.

Puntualizando diremos que la misión del OCMAG – MP es, en principio, fortalecer la conducta ética e idoneidad profesional de sus integrantes, la transparencia de los actos jurisdiccionales y fiscales, el cumplimiento de las normas legales y administrativas, investigar y sancionar las inconductas funcionales de los Magistrados y Auxiliares jurisdiccionales y fiscales del Fuero Militar Policial.

La visión del OCMAG – MP es ser una organización moderna, con elevado nivel de credibilidad, accesible, justa, eficaz, eficiente y respetada, en el cumplimiento de sus funciones disciplinarias de control y supervisión de las actuaciones de los operadores jurisdiccionales y fiscales, para contribuir a una moderna y recta administración de justicia en el Fuero Militar Policial.

Sus objetivos son los siguientes:

- 1.- Empezar políticas de prevención que fomenten la lucha contra la corrupción en el ámbito de competencia del Fuero Militar Policial;
- 2.- Identificar las áreas críticas en el servicio de la Justicia Militar Policial, para erradicar las malas prácticas;
- 3.- Establecer mecanismos de transparencia y publicidad;
- 4.- Verificar el estricto cumplimiento de las acciones de control y supervisión, orientadas a evaluar la conducta funcional de los Magistrados y Auxiliares jurisdiccionales y fiscales del Fuero Militar Policial;
- 5.- Determinar mecanismos de buenas prácticas judiciales, incentivando el trabajo ético, los valores morales, los estándares internacionales de excelencia profesional e independencia de los Magistrados y Auxiliares; y,

- 6.- Lograr una estructura organizacional, cuyas labores se encuentren orientadas a fortalecer la transparencia, la ética y el control judicial, mediante acciones de prevención, investigación de las conductas funcionales de los Magistrados y Auxiliares.

Finalmente, es nuestra aspiración, que los jueces y fiscales de la jurisdicción militar policial reúnan los conocimientos y habilidades suficientes para el cumplimiento de su labor con éxito, sean proactivos, comprometidos con su trabajo, identifiquen claramente sus roles, en fin, un grupo humano camino a la perfección, líderes de su tiempo.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y REPROCHE PENAL EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

*Julián Sánchez Esteban**

1. DE LA ÉTICA DE LOS CONFLICTOS ARMADOS AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Considerando en términos generales las guerras como actos de violencia de una comunidad contra otra, puede decirse que han tenido lugar desde que existe la Humanidad. Tan importante es su presencia en la historia que la mayor parte de los pensadores se han acercado a ellas, viéndolas unos como algo consustancial a la naturaleza humana y otros, en cambio, como un elemento cultural común a todas las civilizaciones.

Ahora bien, del mismo modo que se ha asumido que la guerra es prácticamente la negación del Derecho y de la convivencia de los hombres, a lo largo de la historia, muchos han intentado justificar el uso de la fuerza. El mismo Montesquieu llegó a decir que la guerra es el esfuerzo de todos hacia la paz¹, auspiciando, así, la idea de que si la causa es justa, el uso de la violencia también debe serlo. Posteriormente Le Bon fue

* Julián Sánchez Esteban es Licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca y Diplomado de la Escuela de Práctica Jurídica por la misma Universidad, en la que obtuvo el premio extraordinario. Abogado en ejercicio especializado en temas de Derecho Militar, ha sido Suboficial del Ejército de Tierra español, con especialidad TEDAX. Es igualmente profesor y secretario de la cátedra extraordinaria “Almirante Martín Granizo” de la Universidad de Salamanca, en la que imparte materias de Derecho Militar. Candidato a doctor en Medicina Legal, su línea de investigación es el Derecho Internacional Humanitario y particularmente el estatuto jurídico de heridos, enfermos y personal sanitario en los conflictos armados.

1 MONTESQUIEU: Del espíritu de las Leyes. Libro I.

más allá, afirmando que las civilizaciones se forjan con ideas pero todavía se defienden con cañones, justificando con ello el uso de la violencia en el avance social.

La pregunta de si existen o no las guerras justas no es nueva ni aparece con el padre de la división de poderes. Desde los primeros siglos de nuestra era se ha intentado darle respuesta. Si bien Platón y Aristóteles ya trataron el tema, la teoría de la guerra justa surge con San Agustín, que califica de justas las guerras que se hacen para vengar las injusticias y aporta una muy interesante relación de actos ilícitos en una guerra, de lo que no se puede consentir ni aunque el conflicto sea lícito, y que incluye el deseo de dañar, la crueldad en la venganza, el ánimo no aplacado e implacable, la ferocidad de la rebelión, la pasión de dominio y cosas semejantes². Por tanto, es San Agustín el que primero habla de la crueldad innecesaria o excesiva en la guerra.

Mucho después, Santo Tomás de Aquino profundiza en esta línea de reflexión, determinando que para que la guerra sea justa, deben concurrir tres condiciones: que la guerra se libe bajo la autoridad del príncipe; que exista justa causa, esto es, que los atacados lo merezcan; y que la intención sea promover el bien o evitar el mal.

Respecto a la forma de hacer la guerra, Santo Tomás es claro: se debe luchar con lealtad al enemigo, lo que lógicamente implica que como el enemigo es prójimo, no debe utilizarse con él engaños o

estratagemas³. Actualizando esta doctrina, puede decirse que Santo Tomás prohíbe el maltrato al enemigo y, sobre todo, al enemigo herido, así como la utilización de armas y medios prohibidos.

De esta forma vemos que, sin citarlo, los dos doctores de la Iglesia distinguían en la guerra justa dos parcelas bien diferenciadas: de una parte la justificación del uso de la fuerza (*ius ad bellum* o derecho a la guerra), y de otra, la justificación de la forma en que se usa de la fuerza (*ius in bello* o derecho en la guerra). Ambas tendrán una completa formulación en la doctrina del padre del Derecho Internacional, Francisco de Vitoria.

El dominico Francisco de Vitoria fue catedrático de Teología en la Universidad de Salamanca a principios del siglo XVI. Formado en París, introdujo en el Alma Mater la *Summa Teológica* tomista como texto básico de Teología, que además inspiró su gran libro *Relectiones Theologicae*, parte de las cuales las dedicó a reflexionar sobre si las guerras son lícitas o ilícitas y sobre el justo título de conquista, llegando, entre otras cosas, a la conclusión de que no hay guerra lícita cuando el territorio tiene ya un soberano y que la única guerra justa es la que se hace contra el invasor que te ataca, inaugurando con ello la negativa moderna a la guerra de agresión y, consecuentemente, la exclusiva licitud de la guerra defensiva que hoy proclaman muchas constituciones del mundo, entre ellas, la española⁴.

2 SAN AGUSTÍN: Obras Completas Tomo XXXI Escritos antimaniecos (2º). Réplica a Fausto, el maniqueo. Libro XXII. Biblioteca de autores cristianos. Págs. 430 y ss.

3 AQUINO, Tomás de: Suma Teológica. Biblioteca de autores cristianos. Vol. III, Parte II-II a. Págs. 337-341.

4 ABRISKETA Joana: Derechos humanos y acción humanitaria. Alberdania S.L. Págs. 39-40.

También en sus escritos acuñó el concepto de lo que hoy conocemos como comunidad internacional, que él lo llamaba “*totus urbis*”, evocando la idea de universalidad y a la que sometía al Derecho de Gentes. Precisamente de aquí arranca el principio de universalidad tan arraigado en el moderno Derecho Humanitario.

En lo relativo a la forma de hacer la guerra, Francisco de Vitoria siguió a San Agustín y en mayor medida a Santo Tomás, matizando y perfeccionando su pensamiento. Así, postuló sin ambages la ilicitud de matar, deliberadamente, a inocentes en una guerra, como tampoco permitía su injuria o castigo por los delitos “de los malos”. Es más, aunque permitía su expolio en algunos casos, ponía como límite la innecesariedad. Es decir, para Francisco de Vitoria no sería lícita la incautación de los bienes de los inocentes si la guerra pudiera conducirse sin ello con la requerida eficacia⁵.

En definitiva, Francisco de Vitoria actualiza la doctrina sobre la guerra justa de los dos Doctores de la Iglesia y perfila, con mayor claridad, el *ius in bellum* o Derechos en la Guerra, suponiendo sus tesis un gran avance en el reconocimiento de los derechos de los combatientes y no combatientes del bando enemigo. Por ello puede considerarse un personaje avanzado a su época y uno de los primeros intelectuales en aproximarse de verdad al sufrimiento de las guerras, en las que intentó incardinar un componente moral desconocido hasta entonces, ya que escritores y pensadores se acercaban a ellas con un tono casi exclusivamente épico.

Tras él, muchos pensadores se han ocupado del tema, habiéndose acuñado una auténtica ética de los conflictos armados. Y aunque ciertamente el factor más decisivo puede haber sido el temor a la violencia sin límite, por la nueva dimensión de destrucción que la guerra ha alcanzado en nuestros días, no cabe duda que la percepción actual de los conflictos tiene que ver con los conceptos de guerra acuñados por estos pensadores.

La posibilidad de someter la guerra a normas éticas encuentra otra vía en la denominada humanización del conflicto, que en contraposición a la tesis de la guerra total, impone límites al uso de la fuerza. El respeto a los civiles, a los combatientes heridos o enfermos y en general a los no combatientes, está ya perfectamente definido en el pensamiento de Grocio, que expresa una muy especial sensibilidad por el dolor ajeno y el rechazo de la crueldad contra los más indefensos cuando proclama el respeto por niños, ancianos y muertos, al igual que por las personas entregadas al culto o al cultivo de la tierra, condena el asesinato por fuera de combate o la eliminación de los prisioneros y prohíbe cualquier riña con los vencidos⁶.

En definitiva, desgraciadamente es innegable que la guerra como acto violento es un fenómeno propio de la condición humana, y que una guerra libre de crueldad y violencia es prácticamente imposible, como lo es hoy por hoy poner fin a su práctica. Ahora bien, no es ni mucho menos descabellada su humanización, por lo que siguiendo a Kant, el esfuerzo por someterla a normas jurídicas y éticas debe ser una realidad poco

5 VITORIA, Francisco de: *Relecciones sobre los indios y el Derecho de la Guerra*. Colección Austral. Espasa Calpe. Págs. 132 y ss.

6 GROCIO, Hugo: *Del derecho de la guerra y de la paz*, Tomo I, Libro 1º, Págs. 127-146.

grata pero inevitable en la condición actual de las relaciones internacionales. Ése es según el autor alemán el primer paso para una paz duradera, que junto con el respeto de la dignidad del enemigo, acaba por allanar el camino hacia el reconocimiento futuro entre las partes enfrentadas⁷.

Pues bien, en ese contexto regulador de los conflictos se enmarca el Derecho Internacional Humanitario, que con una base ética inspirada en el pensamiento cristiano a que nos hemos referido, surge de una parte de la firme decisión del suizo Henry Dunant de mover las conciencias de las naciones para aprobar un cuerpo de Derecho que conformara un *ius in bellum*, que protegiera primero a los heridos y enfermos y cobijara más tarde a los que no participan de las hostilidades, y de otra de la preocupación del zar Alejandro II por el empleo por parte de los británicos de un nuevo tipo de bala hueca rellena de material inflamable y su decisión de convocar a una conferencia internacional para prohibir su uso. Con ambas iniciativas nacieron los Convenios de Ginebra y de La Haya, que conjuntamente formaron un cuerpo de derecho positivo: el Derecho de la Guerra, que desde su nacimiento tuvo amplio refrendo de la comunidad internacional⁸.

En los años cincuentas del siglo pasado, el concepto de Derecho de la Guerra evolucionó al más amplio de Derecho de los Conflictos Armados, como conjunto de

normas internacionales e internas que tienen por objeto proteger a las víctimas de las crisis internas o externas que cursan con violencia, hasta que, finalmente, hoy en día, la doctrina acuñó el de Derecho Internacional Humanitario (DIH), cuyo ámbito es mucho más extenso que el de los conflictos, y comprende desde la asistencia a las víctimas de guerras, a las necesitadas de ayuda por causas distintas a confrontaciones como catástrofes, epidemias, etc. Con ello, como dicen Kalshoven y Zegveld, no se ha pretendido nunca hacer de la guerra una actividad de buen tono, sino mitigar el sufrimiento que causa, impidiendo que las partes en un conflicto armado actúen con una crueldad ciega e implacable, y proporcionando protección a quienes más lo necesitan⁹.

Evidentemente el núcleo central del Derecho Internacional Humanitario se integra por los Convenios de Ginebra para la protección de heridos, enfermos, náufragos, prisioneros y personal civil en caso de conflicto armado; y los de la Haya para la conducción de las hostilidades y protección de bienes, textos que también prevén de una parte, que las infracciones por su vulneración, y de otra que los Estados Parte fijen “las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves” a los propios convenios¹⁰.

7 KANT, Immanuel: Sobre la paz perpetua. Segundo artículo definitivo de la paz perpetua. Alianza Editorial. Pág. 38.

8 BUGNION, Francois: El Derecho de Ginebra y el Derecho de La Haya. Revista Internacional de la Cruz Roja n° 844 de diciembre 2001. CICR.

9 KALSHOVEN Fritsy ZEGVELD Liesbeth: Restricciones en la conducción de la guerra. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. Pág. 12.

10 Artículos 49 del Convenio I de Ginebra, 50 del II, 129 del III y 146 del IV, ampliada por el 86.1 del Protocolo Adicional I.

2. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

En cumplimiento de esos mandatos, la mayor parte de los países firmantes han tipificado en sus legislaciones internas los delitos contra el DIH. En España, tanto el Código Penal Militar de 1985, como el Ordinario de 1995, incluyeron como conductas típicas una serie de supuestos que extrapolaban al derecho interno las prescripciones de los Convenios y Protocolos, dando así cumplimiento a los compromisos adquiridos, aunque diferenciando claramente entre ilícitos militares y civiles. El sistema de incriminación mixto elegido, muy similar en ambos compendios, es sin duda el de mayor perfección técnica, ya que establece una descripción exhaustiva de las conductas criminales, completada con un tipo residual más general y algunas disposiciones comunes, y fijando igualmente las penas de cada delito, con una adecuada dosimetría, que cumple la exigencia de una ley penal *previa, certa, scripta y stricta*¹¹.

La ratificación posterior por España del Estatuto de Roma, el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto y otras normas internacionales, hizo necesaria la adaptación de la normativa ordinaria. Primero, en el año 2003, se llevó a cabo una reforma del Código Penal, que fue completada en el año 2010, tanto en lo relativo a la introducción de nuevos tipos o la extensión a todas las personas de algunos que antes estaban

reservados a los militares, como en la exclusión del régimen general de imprescriptibilidad, de los actos contrarios o simples infracciones de la normativa prevista en los tratados, esto es, de las acciones más leves que no tienen la consideración de crímenes de guerra.

No obstante, la promulgación del nuevo Código Penal Militar, de tan reciente publicación que ni siquiera ha entrado en vigor, ha supuesto una importante modificación en lo relativo a la responsabilidad de los uniformados, toda vez que se ha suprimido la definición específica de los delitos militares contra las leyes y usos de la guerra, manteniéndose tal condición para los descritos en el Código Penal Ordinario. Así, el artículo 9 del nuevo texto establece que son delitos militares los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado tipificados como tales en el Código Penal, asignándoles, además, un plus de sanción, dado que incrementa en un quinto el límite máximo de las penas establecidas en la compilación ordinaria, “salvo cuando la condición de autoridad o funcionarial del sujeto activo de la infracción penal ya haya sido tenido en cuenta por la ley al describir o sancionar el delito”. En definitiva, el nuevo Código Penal Militar unifica los ilícitos militares con los civiles, aunque mantiene su consideración específica y agravación por razón de la condición militar del autor, y su enjuiciamiento sigue residiendo en la jurisdicción militar.

El modelo de imbricación en la legislación interna, que resulta de la modificación

11 PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel y RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO: Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. En “Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas”, Lecciones y Ensayos n.º 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador), Lexis Nexis Abeledo Perrot, págs. 415 a 447.

de la norma castrense, respeta la tradición dual del modelo español, unifica el régimen punitivo de civiles y militares, además, mantiene el plus de reproche que deben tener en estos últimos los comportamientos delictivos que nos ocupan, precisamente por ser el último instrumento del Estado para hacer respetar la Ley en situaciones extremas y de conflicto.

3. LA LEGISLACIÓN PENAL ORDINARIA DEL PERÚ

Centrándonos ya en el modelo peruano, la primera nota que destaca es la corta regulación que se aprecia en el Código Penal Ordinario, que limita su alusión a este tipo de ilícitos en el Título XIV-A sobre “Delitos contra la humanidad”, incorporado al texto por la Ley 26926 y que recoge los delitos de genocidio, tortura y desaparición forzada, dejando fuera de la regulación interna la mayor parte de los delitos contra el DIH. Pese a ello, los intentos por incorporarlos han sido importantes. Así, en el año 2002 se presentó una primera propuesta de incorporación al Código de un tercer Libro, que bajo el título de “Delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”, adecuara la legislación penal a los tratados suscritos por el Perú. Y aunque el proyecto no llegara a ser debatido en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos de la Cámara, sirvió de modelo al que se presentara más tarde en 2007, que tras la correspondiente tramitación llegó a convertirse en un

Pre-dictamen en 2009, que desgraciadamente tampoco vio finalmente la luz¹².

Sin embargo la intención del legislador es dotar a la Nación de un nuevo Código Penal que actualice sus preceptos, para lo que se han aglutinado en un único proyecto nada menos que 152 proyectos de ley. Tras una amplia tramitación parlamentaria y haberse aprobado en Comisión un texto sustitutorio que se espera sea el definitivo, el proyecto está a la espera de su votación en Pleno.

En cuanto al contenido concreto del texto sustitutorio a que nos referimos, destaca, en primer lugar, la importancia que se quiere dar a la incorporación de la represión de los delitos relacionados con el DIH, ya que se colocan en la primera sección del Libro Segundo del nuevo Código. El esquema que sigue es muy similar al de otras compilaciones modernas para regular los supuestos punibles en caso de conflicto armado, como la española a que nos hemos referido, concretando quienes son las personas protegidas y los delitos que pueden cometerse contra ellas, los delitos contra el patrimonio, contra operaciones humanitarias y emblemas, así como los que se cometen con la utilización de métodos y medios prohibidos en la conducción de las hostilidades, terminando con la regulación del delito de agresión y una disposición común de pena accesoria de inhabilitación para los autores de estos delitos. Y es de destacar que los distintos tipos no excluyen, en ningún caso ni de forma alguna, a los militares, que si realizaran alguno de los comportamientos

12 Informe de fecha 7 de mayo de 2015, sobre Dictamen de un texto sustitutorio mediante el cual se propone la Ley del Nuevo Código Penal, elaborado por la Comisión de Derechos Humanos, Amnistía Internacional, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos Parlamentarios para la Acción Global y Coordinadora Regional para las Américas de la Coalición por la Corte Penal Internacional.

proscritos, cometerían un ilícito ordinario y no uno militar. Ésa es precisamente la diferencia que a grandes rasgos encontramos con la regulación española, en la que los militares cometen un delito militar, que tiene una pena agravada, pero que, por el contrario, sería juzgada por el orden jurisdiccional militar. Sí sería interesante realizar un estudio comparado entre ambas regulaciones, que derivamos a un posterior trabajo, una vez que el texto peruano se apruebe definitivamente.

4. EL DIH EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 8 DE JULIO DE 2015

Mas si en el Código Penal la actual regulación del DIH es muy parca, no podemos decir lo mismo del Código Penal Militar Policial. En dicho texto, aplicable como se sabe únicamente a los militares y a los policías en servicio activo, por actos cometidos en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de él, se recogen prácticamente todas las conductas contrarias al DIH.

En efecto. El Título II del Libro Segundo recoge, bajo el epígrafe de “Delitos cometidos en estados de excepción y contra el Derecho Internacional Humanitario”, el compendio de ilícitos que pueden cometerse en caso de conflicto armado, ya sea interno o internacional. Partiendo de la clásica descripción de las personas protegidas y de la definición de una serie de conceptos fundamentales como el de órdenes de superiores, jurisdicción universal o responsabilidad del Estado, se tipifican las conductas reprochables en cualquier conflicto en modo muy similar al apreciado en el Proyecto de nuevo Código Penal o en el

derecho comparado, aunque eso sí, con una referencia excesiva –casi única– a los conflictos internos.

Esta regulación del DIH fue cuestionada por un grupo de ciudadanos que interpusieron demanda de inconstitucionalidad contra la ley habilitante núm 29548, mediante la cual se confirió al Poder Ejecutivo competencia para legislar, delegadamente, en diversas materias asociadas al derecho penal militar, así como contra parte del articulado del Código aprobado por Decreto Legislativo N° 1094 y contra otros preceptos del Decreto Legislativo N° 1095, que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional. El Tribunal, en sentencia de 8 de julio de 2015, ha resuelto, por un lado, declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo único de la Ley N° 29548, declarar constitucionales los artículos 91, 92, 95 y 96 del Código, y los artículos 4.3, 5.1, 7, 8.1, 9, 13.2 y 23 del Decreto Legislativo N° 1095. Y además, proclamar inconstitucionales, por no constituir delitos de función según lo establecido en el art. 173 de la Constitución, los ilícitos recogidos en los artículos 81 (devastación), 82 (saqueo), 83 (confiscación arbitraria), 84 (confiscación sin formalidades), 85 (exacción), 86 (contribuciones ilegales), 87 (abolición de derecho), 88 (afectación de personas protegidas), 89 (lesiones fuera de combate), 90 (confinación ilegal), 93 (medios prohibidos en las hostilidades), 97 (daños graves al medio ambiente), razón por lo que deben ser expulsados del ordenamiento jurídico.

Así, pues, lo primero que destaca en la sentencia indicada, es la declaración del Tribunal Constitucional de que la delegación legislativa que con la ley 29548 se realizó al Poder Ejecutivo, respeta absolutamente

la Constitución del Perú. Mediante Ley, el Congreso puede atribuir al Gobierno la potestad de dictar normas con el mismo rango en determinadas materias, precisamente porque el artículo 104 de la Carta Magna lo prevé expresamente. Por tanto, si la delegación está jurídicamente bien construida y si la norma resultante respeta los límites de la habilitante, ninguna objeción constitucional puede oponerse a la aprobación del Código Militar Policial, porque con ello no se ataca la potestad legislativa del Congreso de la Nación.

Y esto es lo que ha sucedido, y así lo reconoce la reciente sentencia, que afirma, muy acertadamente por cierto, que el ejercicio de la potestad legislativa delegada no tiene por qué ser excepcional, sino que debe sujetarse a una serie de límites, que en este caso se han respetado escrupulosamente. Entre ellos se encuentran, de una parte, la obligación de especificar la materia sobre la que debe versar la delegación, y, de otra, que no se trate de temas que estén sujetos a la reserva absoluta de ley. En este caso, el Tribunal reconoce que ninguno de los dos límites se ha traspasado.

Además, en los fundamentos se argumenta que la falta de exposición de motivos es un asunto irrelevante a efectos de constitucionalidad de la ley y que el cuestionamiento constitucional, en modo alguno, puede alcanzar a lo que concretamente pueda o no regular la norma delegada, ello en relación con el reproche que los recurrentes hacían respecto a que con la delegación de la facultad de dictar normas procesales, se estaba permitiendo que el Ejecutivo pudiera amnistiar al personal militar, policial o paramilitar, responsable de crímenes contra los derechos humanos o disponer la prescripción de algunos de estos delitos. La delegación no abstrae las

normas delegadas del respeto a la Carta Magna, porque el mismo control que se ejerce sobre la habilitante puede ejercerse a posteriori sobre el Decreto Legislativo, que es precisamente lo que hacen los recurrentes en el recurso, dado que recurren no uno sino los dos decretos legislativos dictados en el uso de tal habilitación.

Sin duda acierta, pues, la Corte Constitucional en sus apreciaciones. La delegación legislativa es una técnica que adoptan la mayoría de las constituciones democráticas, y que no supone la transferencia al Gobierno de la potestad legislativa que ostenta el Congreso, sino la atribución al Ejecutivo de una potestad formalmente nueva, la potestad delegada, que está vinculada a la materia objeto de delegación y a los límites propios de la misma. Y como quiera que en este caso se han fijado con precisión la materia y los límites, tal delegación es ajustada a la Constitución. Por tanto la aprobación del Nuevo Código Penal Militar Policial y del Decreto Legislativo 1095 que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, queda absolutamente respaldada.

Respecto al Código Penal en sí, la sentencia declara inconstitucionales los artículos anteriormente citados por no constituir delitos de función. Es decir, no es que la Corte Constitucional entienda que el Ejecutivo pretenda amparar conductas irregulares de policías o militares o que intente que queden impunes o sean juzgadas de modo más laxo, sino que proclama que lo que realmente no tiene encaje constitucional es la tipificación como delito especial de determinadas conductas que aunque sean cometidas por militares, no pasan de ser ilícitos comunes y como tales deben enjuiciarse. Para el Tribunal, la jurisdicción penal

militar sólo puede regular y conocer de aquello que pertenece estrictamente al ámbito castrense¹³ y por ello condiciona su intervención a la estricta dimensión del delito de función, que en anteriores sentencias ya relacionaba con el cumplimiento de los ya clásicos tres requisitos, el personal, el ocasional y el objetivo-material, que exigen que el sujeto activo sea un militar o policía en situación de actividad, que el hecho tenga lugar durante un acto de servicio o con ocasión de él y que la conducta atente contra un bien jurídico que guarde relación con las finalidades, organización y funciones que constitucionalmente les corresponden a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional.

Entendemos, por tanto, que la sentencia vuelve a utilizar la noción del delito de función, no para hurtar el conocimiento de los analizados del orden jurisdiccional militar policial, sino para delimitarlos convenientemente. En este sentido, el Tribunal Constitucional se refiere al Fuero Militar Policial como un orden especial, dado que se trata de una derivación del Derecho Penal Ordinario o Común por razón de materia, que no puede confundirse con un ordenamiento excepcional, que se acercaría más a la idea de privilegio que erróneamente pretenden atribuirle los recurrentes. En términos generales las órdenes jurisdiccionales militares encuentran su razón de ser no en el trato de favor a los militares, sino en la disciplina como principio inspirador básico de la organización militar y por eso el Estado confía su mantenimiento a la propia organización militar, que lo lleva a cabo por

medio de unos órganos propios, que son los tribunales militares¹⁴.

Si ahora nos centramos en los delitos contra el DIH que recoge el Fuero y que desbroza la sentencia, concluiremos en que acierta una vez más el Tribunal al suprimirlos del catálogo porque ciertamente no cumplen los requisitos del delito de función que, según el artículo II del Título Preliminar del Código, es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto del servicio o con ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. Tal definición casa con lo dispuesto por la Corte IDH, que mantiene que para que la jurisdicción militar tenga competencia sobre delitos que tengan origen en el fuero ordinario, es necesario que cuando sean cometidos por militares en activo y que se establezca la relación directa y próxima con la función militar o con la afectación de bienes jurídicos propios del orden militar¹⁵.

Pues bien. Los artículos 81 a 90, 93 y 97 no son delitos de función porque no protegen bienes jurídicos específicamente militares, sino absolutamente comunes. En la devastación, saqueo, confiscaciones exacciones o contribuciones ilegales, el bien protegido es la propiedad o el patrimonio, mientras que en la abolición de derechos, lesiones, confinamientos, son los derechos fundamentales como la vida, la integridad física, salud, libre circulación, etc. En ningún caso los delitos afectan al orden, la

13 Sentencia Tribunal Constitucional 8 de julio de 2015, Fundamento 339.

14 Serrano Alberca, José Manuel y Arnaldo Alcubilla, Enrique, Comentarios a la Constitución (dirección de Fernando Garrido Falla). Civitas. 2001. nota 12, p. 1903.

15 Sentencia Tribunal Constitucional 8 de julio de 2015, Fundamento 70.

jerarquía o la disciplina, por lo que no pueden ser tenidos como delitos de función. Y en ello no influye que el conflicto sea o no internacional, porque aunque los ilícitos declarados inconstitucionales se refieran a conflictos internos, bien podrían extenderse a cualquier enfrentamiento.

Por último y en relación con el Decreto legislativo 1095, el Tribunal ratifica la constitucionalidad del empleo de las Fuerzas Armadas en el mantenimiento del control del orden interno en casos de necesidad, por cuanto que la intervención de las Fuerzas Armadas en tales supuestos no es habitual y requiere de una previa declaratoria de emergencia por parte del Presidente de la República. La sola participación de los ejércitos en situación de tensión interna para restablecer el Derecho y el orden, no convierte ésta en un conflicto armado¹⁶, aunque para restablecer el orden sea admisible que el marco jurídico interno se complemente con las disposiciones fundamentales del DIH para, en palabras del propio Tribunal, enriquecer y clarificar el estándar de protección al ser humano¹⁷.

En definitiva, la sentencia del Tribunal ratifica la constitucionalidad de la ley habilitante y en consecuencia refrenda la mayor parte del Código Penal Militar Policial, así como del Decreto Legislativo N° 1095, declarando inconstitucional una pequeña parte del articulado, por entender que los delitos que tipifica, no son delitos de función. De igual modo, entendemos que la trasposición al derecho interno de las disposiciones

del DIH quedan salvadas en el proyecto de nuevo Código Penal, aunque de lege ferenda podría en un futuro incluirse algún artículo en el Código Penal Militar Policial que en lo no previsto remitiera a la legislación ordinaria.

Ya hemos dicho que la razón de ser del ordenamiento jurisdiccional militar es el mantenimiento de la disciplina en el seno de la organización militar, de ahí que el lema que adorna el Fuero Militar Policial del Perú, *“Justicia que forja Disciplina”*, adquiera todo su sentido tras la ratificación que ha supuesto la declaración de constitucionalidad que hace la sentencia que hemos comentado, y que ahora, para finalizar, queremos complementar con el artículo 14 de las antiguas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas españolas, vigentes hoy con rango de Real Decreto, que establece que *“la Justicia debe imperar en los Ejércitos de tal modo que nadie tenga nada que esperar del favor ni temer de la arbitrariedad”*. Pues bien, ese *“nadie”* a que se refieren las Ordenanzas citadas, comprende tanto a los propios militares como a la sociedad civil, que debe confiar en que los Tribunales Militares de la Nación están para impartir Justicia pronta y adecuadamente. Ambas frases, por tanto, encuadran perfectamente la jurisdicción militar como una institución que ejerce sus funciones con independencia, imparcialidad y equidad, valores imprescindibles para que en definitiva cumpla su alta misión de garantizar la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos en el Estado de Derecho.

16 Op. Cit., fundamento 372.

17 Op. Cit., fundamento 371 y nota 135.

ALCANCES Y LÍMITES DE LA ANALOGÍA EN EL DERECHO PENAL MILITAR POLICIAL PERUANO

*Capitán EP Emiliano Fernández Díaz**

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende desarrollar el tema de la analogía, aplicada al Derecho penal militar policial, toda vez que no existe dentro de la doctrina jurídica militar policial estudios relacionados al mismo. Trataremos sobre los límites y alcances de la analogía desde la doctrina penal común, dado que la analogía es una de las fuentes indirectas del derecho penal común y militar policial (solo la ley penal es fuente directa), resaltando que no estamos exentos de ingresar en tal esfera. Pretendemos, además, poner el tema en discusión, para que otros colegas, interesados en la materia, den sus puntos de vista.

II. GENERALIDADES

La analogía es un término que se originó en Grecia, significando en ese entonces: una proporción, semejanza o relación de semejanzas entre cosas distintas o parangón entre cosas semejantes¹. Asimismo, es un punto oscuro en la aplicación de la norma penal² pues no suena como palabra

* Abogado por la Universidad “Señor de Sipán” de Lambayeque. Ha cursado una Maestría en Ciencias Penales en la Universidad Nacional “Pedro Ruíz Gallo” y es Licenciado en Educación por la Universidad César Vallejo. Es profesor universitario y Oficial del Ejército.

1 BUSTAMANTE LINO, Rodríguez Arias. Ciencia y Filosofía del Derecho. Buenos Aires, 1961.p. 645.

2 PUIG PEÑA, Federico. Derecho Penal. Parte General. 5ta Edición. Barcelona, 1959, p 228.

proscrita, cuyos efectos no ha podido penetrar en la parcela propia del derecho punitivo, a pesar que la doctrina ha esbozado un catálogo de definiciones tales como: “*aplicación de la ley en los casos en ella no previstos, pero semejantes a base de procedimientos intelectivos*”. Tradicionalmente se les conoce en el derecho penal en dos vertientes: en su primera faceta como la analogía *in malam partem*, que es la decisión de un caso por el argumento de la semejanza recurriendo al espíritu de la ley (analogía legis) y, en caso extremo, la analogía *in bonam partem*, siendo esta el fundamento de todo el derecho vigente, por ser aplicada cuando le es favorable al reo (analogía juris)³.

En el caso peruano la prohibición de la analogía la encontramos prevista en el Artículo 139.9 de la Constitución Política, en el Artículo V del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial y en el Artículo III del Título Preliminar del Código Penal Común. Ello ha servido de base para que un respetable catedrático nacional afirme que, “*se ha optado básicamente por la interpretación literal de la norma*”⁴, ergo, es precisamente el verdadero significado que se ha de dar a “*la prohibición de una materia en discusión*”. Se presentan de manera general dos formas de entenderla: para la primera de ellas constituirá un rechazo al tratar como

iguales casos que presentan “*idéntico merecimiento de pena*”, y en una segunda lectura, se entiende que la “*prohibición*” significa que *el legislador penal solo quiere que se trate igual a las acciones declaradas punibles*”.⁵

Otro tema de discusión sin respuesta absoluta es, si su uso, cuando no se trata de una analogía *in malam partem*, es posible lícitamente en un sistema penal liberal, donde esto último dependerá en la práctica de “*la opinión que le merezca al intérprete la exactitud del texto de la norma penal*”.⁶

Puede encontrarse en los motivos anteriores una de las explicaciones del porqué en la doctrina se han manifestado tres posturas respecto a la “*proscripción de la analogía en el ámbito punitivo*”⁷, desde la absoluta defensa de la prohibición, que no admite ni siquiera *im bonam partem*, hasta el rechazo de la prohibición pasando por la postura que la acepta para determinados supuestos:

Para la primera postura, sostenida por la doctrina tradicional, es de necesidad mantener y defender la interdicción de la analogía, señalando para ello, los siguientes argumentos a favor: a) admitirla significaría “*involucionar a un derecho histórico abandonado y superado*”⁸, donde el derecho libre podría fácilmente enmascarse, lo cual sería una inaceptable amenaza a las garantías

3 JIMÉNEZ DE ASÚA, José Luis. “El Criminalista”, Tomo 5to., 1945, p. 241-242.

4 VILLA STEIN, Javier, Derecho Penal Parte General. San Marcos, Lima, p. 103.

5 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Manual de Derecho penal, p. 88.

6 “Donde el intérprete piensa que ya no se trata de la interpretación de la ley sino de la analogía, tendrá que admitir la existencia de una laguna en la ley y, en consecuencia, la sanción del autor es inadmisibles. Allí donde el intérprete, por el contrario, opina, según su consiente convicción, que la vinculación a la ley hace esta interpretación necesaria, entonces la prohibición jurídica así entendida tendrá la conciencia de que él (como juez) deberá sancionar al autor” STRATENWER, Strafrecht, ciÉ., 1, n0 100, citado por BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Opus Citatus, p. 89.

7 PUIG PENA, Federico, Derecho penal, Tomo 1. Parte General, p. 231.

8 FLORIAN, E. Prime impression sub C. P. sovieta ruso. Génova, Positiva, 1.022, p. 518. citado por PUIG PENA, Federico, Opus Citatus, p. 231.

de los derechos individuales; b) dificultaría la separación de los ilícitos civil y penal así como el peligro de confundir el derecho con la moral, permitiendo agregar los delitos señalados por la doctrina o los contemplados en la legislación comparada; y, c) terminaría por socavar la tipicidad y antijuridicidad, cimientos de la moderna dogmática jurídica, donde el territorio jurídico penal cavaría su tumba para dar paso a la tiranía judicial, llevando al traste toda garantía y seguridad del ciudadano.

La segunda postura, propia de sistemas totalitarios, en abierto enfrentamiento con la primera, exige un uso extremo de la analogía, pues consideran que el principio del “*nullum crimen*” es el principal obstáculo que deben destruir para poder echar mano de la pena como arma eficaz en la defensa del Estado contra cualquier ataque que pudiera surgir contra su soberanía o autoridad. Para arremeter con este cometido, han sabido recurrir a argumentos de justicia tratando de demostrar “*la necesidad o justicia de la analogía*”. Señalan que cuando surgió el principio de legalidad el poder del Estado superaba ampliamente al de cualquier ciudadano, pero con el paso del tiempo han surgido individuos que solos o agrupados, detentan aun mayor poder que el propio Estado, por lo cual entienden que debe tratar de protegerse contra aquellos. También suele argumentarse sobre la impunidad de muchas conductas, apelando entonces a una legitimación social más que a la legal, señalando que “*al ser imposible preverse la multiplicidad de los hechos delictivos [por lo*

tanto], muchos serán los casos que escapen a la ley”, dando a las palabras un “*sentido incorrecto*”, pues por definición antes de una ley que lo crea, hablar de delitos es “*hablar de algo que no existe*”.

Finalmente, el tercer criterio, rechaza la prohibición, ya sea siguiendo la postura de HASSEMER que considera que la analogía es inherente al pensamiento humano, o la óptica de Gunther JAKOBS que prefiere dejar el término prohibición por generalización. Sin embargo el sector mayoritario apela por su uso, con carácter intermedio, admitiéndola con cautela para determinados supuestos. En esta última línea tenemos a CARRARA, que la admite siempre que resulte beneficiado al reo. BATAGLINI, entendía que se puede recurrir a ella “*en la técnica de la parte General*”⁹ o finalmente para casos más específicos de atenuación o eximencia.

En dicho contexto, nuestro Código Penal Militar Policial (Decreto Legislativo N° 1094), al igual que el Código Penal Común, contempla varios tipos penales abiertos que podría (digo podría porque para evitarla dependerá de su preparación profesional) inducir a una interpretación extensiva o elástica de la norma, cuáles “*tipos cauchos o elásticos*”, considerándosela como “*la técnica que peor cumple la condición de lex certa*”, pero ello no debe constituir una justificación de los operadores de justicia militar policial para ingresar a la esfera de la analogía in malam partem, figura proscrita en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro. Hago estas aseveraciones, porque

9 Para este autor, así como para otros, la parte general de los códigos “no contienen normas penales verdaderas y propias” citado por PUIG PENA, Federico, Opus Citatus, p. 231.

es preocupación de los justiciables el alcance del tipo penal contemplado en el artículo 117°, referido al delito de Desobediencia¹⁰, el mismo que por su naturaleza, puede subsumir, aparentemente, diversos hechos a dicho tipo penal, extremos que no son ciertos, salvo que exista la voluntad del operador de justicia en estirar la norma, ya sea para beneficiar o para perjudicar al investigado, lo cual es muy peligroso para el debido proceso, dado a que dicho tipo penal es claro si el incumplimiento de funciones del efectivo militar o policial no está contemplado en las leyes, reglamentos o cualquier otro documento¹¹, que norma las funciones de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, siempre que atente contra el servicio. Además de ello, como otro factor coadyuvante de control de legalidad, debe verificarse que los imputados de Desobediencia hayan firmado dichos documentos, sin dejar de considerar la calificación previa de la denuncia y el cumplimiento de las características del delito de función.

La Constitución Política del Perú, en su artículo 139.9, establece: *“El principio de inaplicabilidad por analogía de la Ley Penal y de las normas que restringen derechos”*.

En el Artículo V del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial se determina: *“No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito de función militar o policial, ni para definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad por aplicarse”*.

Además, el Artículo III del Título Preliminar del Código Penal Común, precisa: *“Que no está permitida la analogía: 1. Para calificar el hecho como delito o falta; 2. Definir un estado de peligrosidad o, 3. Determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde”*.

La prohibición de la analogía afecta, sin lugar a duda, a todas aquellas disposiciones penales perjudiciales para el reo, es decir a la denominada analogía *“in malam partem”*. Esto en consecuencia directa garantiza el principio de legalidad, que actúa como límite a la intervención punitiva del Estado y significa que no pueden aplicarse analógicamente las normas penales que fundamentan la responsabilidad penal, que definen las conductas punibles, ni tampoco que la agravan, en función de determinadas circunstancias.

El principio de legalidad conlleva, de otro lado, la prohibición de castigar aquellas conductas que no estén estrictamente contenidas en la ley penal. Como consecuencia de ello, el juez penal no puede utilizar la analogía para considerar una conducta constitutiva de delito, mientras que en otras ramas del ordenamiento jurídico, la analogía es utilizada por el juez como método de integración del derecho para completar las lagunas legales.

La prohibición de la analogía supone la imposibilidad no solo de extender a supuestos no contemplados en la ley un precepto

10 Decreto Legislativo 1094, Código Penal Militar Policial: *“Artículo 117.- El militar o el policía que omite intencionalmente las disposiciones contenidas en las leyes, reglamentos o cualquier otro documento que norma las funciones de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, siempre que atente contra el servicio, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años”*.

11 Cuando hace referencia cualquier otro documento se tendrá que verificar si las funciones incumplidas están contempladas en el MOF, MAPRO, Plan u Orden de Operaciones, Hoja de Ruta, consignas generales y particulares, Directivas, Oficios, Memorándums.

que castiga casos similares, sino también la de restringir o negar la aplicación de un precepto que contiene previsiones favorables para el reo a un caso incluido en dicho precepto pero que es similar a otros no contemplados en el mismo.

La creación de delitos, así como la fundamentación de la pena, únicamente puede realizarse mediante una ley previa, escrita, estricta y cierta. En consecuencia, no es admisible la “analogía in malam partem”, como se puede apreciar en los siguientes casos:

- El CP en su art. 409° considera que incurre en delito aquel testigo que falta a la verdad en causa judicial. Si faltase a la verdad en declaraciones ante la policía, tal conducta no encuadraría en el mencionado artículo, por más que se aprecie una similitud entre ambas situaciones. De lo contrario, estaríamos aplicando analogía in “malam partem”.
- El Código Penal Militar Policial, en su artículo 74°, prescribe que el militar o el policía que vilipendie o menosprecie públicamente de obra, palabra, por escrito o por cualquier otro medio a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con sesenta a ciento veinte días multa; verbigracia, si un efectivo militar o policial, en una reunión privada, en su domicilio, efectúa comentarios ofensivos que vilipendian o menosprecian a las FFAA o a la PNP, no obstante se filtren a los medios de comunicación, no será considerado co-

mo delito de función, toda vez que no la ha efectuado públicamente. Contrario sensu, se estaría aplicando la analogía in “malam partem.”

La analogía “in bonam partem”, autoriza la interpretación de la ley penal, en el sentido que puede ser usada en ciertos casos que la norma no establece su desarrollo, y aplicar dicho caso a otro similar.

Como ejemplo de “analogía in bonam partem” se puede citar el art. 81 del CP, según el cual los plazos de prescripción ordinarios de la acción penal se reducen a la mitad tratándose de imputables restringidos (de 18 a menos de 21 años de edad y mayores de 65 años). Sin embargo, respecto a los plazos de prescripción de la pena, el CP guarda silencio, por lo que vía “analogía in bonam partem”, también sería aplicable lo señalado en el art. 81 de este corpus iuris sustantivo, para el caso de los plazos de prescripción ordinarios de la pena; siendo que donde existe la misma razón existe el mismo derecho (argumento analógico a pari o a simili).

III. LÍMITES INTERPRETATIVOS

a. Origen legislativo peruano del “nullum crimen sine previa lege poenali”

Este principio, que históricamente surgió para “poner freno al poder ejecutivo”¹², ha encontrado aceptación general en la legislación hispana sustantiva y adjetiva.

En el Perú, en sus inicios, el principio legalista se limitaba, exclusivamente, a la

12 “Las garantías individuales no nacieron como resguardos de los derechos e intereses subjetivos contra las acciones ilegales de los particulares.” NÚÑEZ, Ricardo C., Derecho penal Argentino. Tomo Primero. Parte General. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, p. 93.

actividad procesal, siendo su antecedente más remoto la Constitución española de 1812, limitando la legalidad únicamente a la actividad procesal:

- Art. 242°.- [los tribunales] no podrán suspender la ejecución de las leyes; ni hacer reglamento alguno para la administración de justicia.
- Art. 247°.- Ningún español podrá ser juzgado en causa (...) criminal (...) sino por el tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley.
- Art. 286°.- las leyes arreglarán la administración de justicia en lo criminal (...).

La Constitución peruana de 1823, no reveló mayor cambio:

- Art. 15°.- La fidelidad de la constitución, la observancia de las leyes y el respeto a las autoridades, comprometen de tal manera la responsabilidad de todo peruano, que cualquiera violación de sus respetos lo hacen delincuente.

La Constitución de 1826, representa el primer atisbo del principio legalista en el Perú:

- Art. 97°.- los tribunales y juzgados no ejercerán otras funciones que la de aplicar las leyes existentes.

La Constitución de 1828 se diferencia de las anteriores con cambios significativos, resultado ser la primera norma constitucional que usa en suelo patrio el "*nullum crimen*":

- Art. 126°.- ningún tribunal o juez puede abreviar ni suspender en caso alguno las formas judiciales.
- Art. 150°.- ningún peruano está obligado a hacer lo que no mande la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

- Art. 151°.- ninguna ley puede tener efecto retroactivo.

La Constitución de 1860, desestima la nueva redacción y reincorpora la fórmula primigenia y a su vez muestra una mejor técnica en la garantía de legalidad procesal.

- Art. 14°.- nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
- Art. 15°.- ninguna ley tiene efecto retroactivo.
- Art. 124°.- la justicia será administrada por los tribunales y los juzgados, en el modo y la forma que las leyes determinan.

La Constitución de 1979 es la primera que se manifiesta expresamente contra la analogía de la ley penal y apuesta por la aplicación de lo más favorable al reo, cuando se sucedan temporalmente las normas penales.

- Art.-24°. a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

d) nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley.

I) ninguna persona puede ser sometida (...) a procedimientos distintos al previamente establecido (...)

- Art.233°.- 8) la inaplicación por analogía de la ley penal.

La Constitución de 1993, amplía la anterior prohibición a todas las normas que restrinjan derechos.

- Art. 24° a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
d) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley.
- Art. 139°.- 3) Ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos (...)
9) El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.

b. Principio de legalidad

Uno de los límites para la aplicación de la analogía es el principio de legalidad, tal como lo prescribe el artículo IV¹³ del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial.

Es el principio más importante y tiene su base en la frase de FEUERBACH: “Nullum crimen, nullum poena sine lege”, que quiere decir: No hay delito, no hay pena sin Ley. Sólo se considera como delito el hecho y sólo se puede aplicar una sanción penal si está establecido previamente en la Ley. Este aforismo es una seguridad para la sociedad, el cual dentro de nuestro ordenamiento jurídico común tiene su asidero en el art. 2° inc. 24 literal “d” de la Constitución, que señala: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de

cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”, concordado con el Artículo IV del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, referido al Principio de legalidad, el cual prescribe que ningún militar o policía podrá ser investigado, juzgado o sancionado por un acto u omisión que no esté previsto de modo expreso e inequívoco como delito de función militar o policial por la ley penal vigente al momento de su comisión. No podrá ejecutarse pena o medida de seguridad en otra forma que la prevista en la ley y los reglamentos de la materia, Artículo II del Título Preliminar del Código Penal Común que establece: “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”.

La principal fuente del Derecho Penal es la Ley, la cual debe cumplir tres requisitos:

- Debe ser escrita (*nullum crimen lege scripta*).- es decir, se descarta el Derecho Consuetudinario. De esta forma también se excluye la analogía.
- Debe ser previa (*nullum crimen sine lege previa*).- es decir, debe ser anterior a la comisión del hecho delictuoso. Las leyes no tiene efectos retroactivos.
- Debe ser estricta (*nullum crimen sine lege certa*).- es decir, los delitos deben ser descritos de la manera más precisa posible.

13 Decreto Legislativo 1094 “Código Penal Militar Policial”. Artículo IV referido al Principio de Legalidad, el mismo que prescribe que, ningún militar o policía podrá ser investigado, juzgado o sancionado por un acto u omisión que no esté previsto de modo expreso e inequívoco como delito de función militar o policial por la ley penal vigente al momento de su comisión.

Los requisitos imprescindibles para que exista analogía son:

- Existencia de una laguna normativa.
- Existencia de una norma jurídica análoga.
- Existencia de semejanza de casos e identidad de razón.

IV. CONCLUSIONES

La legislación penal militar policial no ha prohibido la aplicación de la analogía in *bonam partem*. Lo que prohíbe es el uso de la analogía in *malam partem*, para calificar un hecho como delito de función militar

o policial, para definir el estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad por aplicarse.

El juez, adecuadamente preparado e instruido, es la mejor garantía de las libertades ciudadanas y de la proscripción de la analogía. En tal razón los operadores judiciales deben limitar su actuación a los alcances de la norma, valorando con objetividad los hechos a fin de emitir un pronunciamiento motivado, sin caer en pasiones e influencias de ningún tipo que afecten su imparcialidad; resaltando que sobre sus mentes descansa los propósitos más supremos de la justicia.

LA PENA DE MUERTE EN EL PERÚ

*Ernesto Jorge Blume Rocha**

La pena de muerte en el Perú, como medida que protege en las Fuerzas Armadas la disciplina de sus tropas, se dispuso en la Constitución de 1979 sólo para el caso de traición a la patria en caso de guerra exterior. Este supuesto se contempla en el artículo 58° del Código Penal Militar Policial, concordado con el artículo 140° de la Constitución Política del Perú actualmente vigente. No se puede aplicar pena de muerte por ningún otro supuesto que el establecido por el artículo 235° de la Constitución de 1979: “No hay pena de muerte sino por traición a la patria en caso de guerra exterior”.

Según Jorge Basadre Ayulo: “El sistema jurídico peruano no acepta la regulación de la pena de muerte, de acuerdo a razones constitucionales, a convenios internacionales y a otros motivos doctrinales por lo que la sanción capital ha quedado proscrita del Código Penal patrio”¹.

Para que se aplique la pena de muerte en el Perú, debe promulgarse una norma que desarrolle dicha pena, teniendo en cuenta lo contemplado por la Constitución Política del Perú, en su norma pertinente, además de tener el Perú que violar lo acordado por la Convención Americana

* Es abogado por la Universidad de Lima, grado que optó con la tesis: “La justicia militar en la historia del Perú”, que se ha publicado como libro por la Editorial ADRUS, S.R.L., cuya primera edición es de enero de 2010. Tiene estudios de Maestría en Historia por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1 BASADRE AYULO, Jorge. “La pena de muerte en el sistema legal peruano” EN: ABOGADOS DIRECTORIO JURÍDICO DEL PERÚ 1998. Publicación de la Asociación Diálogo Jurídico. Año 1. N° 1, p. 200.

sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, que se suscribió en el año 1969, en la que se acordó que la pena de muerte no podrá extender su campo de cobertura a ilícitos penales en los que no tenga vigencia en la actualidad.

De acuerdo a lo mencionado por Jorge Basadre Ayulo: “Se aplicarán a los reos las penas de multas hasta la cadena perpetua pero resulta inaplicable la pena capital aun cuando se produzcan hechos execrables como sucedió con el dinamitazo de Oklahoma plantado por Timothy Mc Veigh o el envío de encomiendas provistas de cargas de dinamita que hacen detonar el artefacto cuando se abre el paquete”².

La pena de muerte como medida que por su carácter drástico no repara la falla producida por el magistrado al dictar su sentencia y suprime cualquier opción de que el condenado pueda reinsertarse a la sociedad, debe ser abolida en todos los Estados; por cuanto de esta forma se protege de una manera más efectiva el derecho a la vida y al libre desarrollo de la persona contemplado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú de 1993.

Se ha demostrado que no hay una relación directa entre el crecimiento del número de crímenes con la aplicación de una manera más extendida de la pena de muerte. Al contrario, hace al Estado actuar con mayor autoridad y arbitrariedad, pudiendo este comportamiento producir mayores amenazas y actitudes más violentas que van de la

mano con un comportamiento claramente intimidatorio, y, así, alentar conductas como el temor o la aversión hacia la bondad.

El Informe Jurídico elaborado para el Colegio de Abogados de Lima sobre la Pena de Muerte, señaló en su primera conclusión: “Muy a pesar de la equívoca redacción del artículo 140° de la actual Constitución Política, en la actualidad, el único supuesto que admite la posibilidad de sancionar con la pena capital la comisión de un delito en el Perú, sigue siendo el de traición a la patria en caso de guerra exterior”³.

Sobre la oposición de los sistemas legales peruano y norteamericano para el caso de la aplicación de la pena de muerte, Jorge Basadre Ayulo señala lo siguiente: “Y los autores de los hechos criminales no son juzgados por un jurado de doce personas, quienes establecen la veracidad o falsedad de los hechos que se le imputan, ni un juez unipersonal aplica el derecho vigente. En medio de esta búsqueda y sed de justicia, el sistema jurídico peruano resulta opuesto al norteamericano, sustentado en el common law generalmente no codificado y basado en los precedentes judiciales”⁴.

Se contradice el argumento de que puede aplicarse la pena de muerte por el delito de traición a la patria en caso de guerra exterior con el del espíritu establecido por la norma antes referida del Pacto de San José de Costa Rica de 1969, al no permitir que se restablezca en los Estados que ya no se aplica. Esto llevaría a una confusión respecto

2 Loc.cit.

3 ALBÁN PERALTA, Wálter, GAMARRA HERRERA, Ronald y otros. “La Pena de Muerte. Informe Jurídico elaborado para el Colegio de Abogados de Lima”, en HURTADO POZO, José (dir.). Pena de muerte y política criminal. Anuario de Derecho Penal 2007. Lima, Friburg: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Friburgo, 2007, p. 244.

4 BASADRE AYULO, op. cit., p. 200.

al tiempo de aplicación de la ley penal si tenemos en cuenta que la primera regla se promulgó antes de la vigencia de la actual Constitución y la última ejecución por la comisión de este delito en el Perú fue en 1979, de acuerdo a la Constitución de 1933. En ese momento el Perú no había suscrito el Pacto de San José, pero la pena de muerte estaba perfectamente reglamentada por el Decreto Ley N° 10976 del año 1949.

Sobre la erradicación de la pena de muerte en el sistema legal del Perú, Basadre Ayulo sostiene lo siguiente: “Esta erradicación de la pena de muerte dentro del ordenamiento legal peruano debe rastrearse en los hechos de las historias externa e interna que ocurren en el sistema codificador en el siglo XIX”⁵.

Hay una tendencia a nivel global de la abolición de la pena de muerte a la cual el Estado Peruano no debe ser ajeno, que se complementa con los informes de Amnistía Internacional sobre este tema, en el que se señalan los países que la han abolido, los que la contemplan sólo para acciones delictivas ordinarias, los que la han abolido en la práctica y los que la mantienen.

Los estudios abolicionistas que sostienen que la sanción de pena de muerte debe derogarse, señalan que no produce una inhibición en las personas por cuanto propicia en ellas una conducta que exalta el carácter motivador en muchas de ellas para la comisión de los delitos.

Sobre la aplicación de la pena de la muerte en el Perú en la etapa de la emancipación, Basadre Ayulo afirma: “Obtenida

la emancipación frente a España, en el Perú continuó vigente la vieja legislación castellana y la pena de muerte quedó válida siendo usada para eliminar al rival político de turno y sacarlo fuera del camino en su lucha hacia la obtención del poder. No faltaron así las ejecuciones en la añeja Plaza de Armas que cortaron la hasta entonces meteórica causa política del fusilado”⁶.

Los estudios que buscan aplicar la pena de muerte señalan que lo que se busca es la supervivencia de la comunidad humana al aplicar la medida más drástica en su rango a los peores casos delictivos que puede haber en nuestra sociedad. Se piensa de esa manera, que al aplicarla y contrastarse el número de fallecidos con el número de condenados a la pena capital, puede llegarse a un equilibrio en el control de los problemas sociales, lo cual estimo que es falso.

En cuanto a lo contemplado sobre la pena de muerte en 1856, Basadre Ayulo señala: “La remisión a la ley castellana en plena era independentista sufrió un cambio notorio cuando la Convención Nacional de 1856 fue a la eliminación de la pena de muerte y que después sólo quedó vigente para el homicidio calificado”⁷.

En el Perú la ejecución por pena de muerte está regulada en el Título III, Capítulo I, del Libro Cuarto sobre Ejecución Penal del Código Penal Militar Policial, el cual paso a transcribir textualmente para una mejor comprensión de que el fusilamiento fue el único medio de ejecución de la pena de muerte en nuestro país hasta el año 1979, último año de su aplicación.

5 Loc.cit.

6 Loc.cit.

7 Loc.cit.

“Artículo 470.- Aislamiento del condenado

El condenado a pena de muerte será aislado en el centro de reclusión militar policial. Dictada la sentencia en última instancia, el jefe del centro de reclusión facilitará al condenado los auxilios religiosos que necesite, así como los medios necesarios para otorgar testamento y otras facilidades compatibles con su situación

Artículo 471.- Designación de lugar y fecha

Para la ejecución de la pena de muerte, la Comandancia General de la Unidad Militar o Policial, o el Comandante del Teatro de Operaciones, designará el lugar, día y hora.

Artículo 472.- Notificación de la ejecución

El juez militar policial de ejecución notificará al condenado la fecha de ejecución de la pena de muerte en el centro de reclusión militar policial.

Artículo 473.- Ejecución de la pena de muerte

A la hora designada, el condenado será conducido por un piquete al sitio de la ejecución. Frente al piquete ejecutor se le vendará los ojos e inmediatamente será fusilado

(...)

Artículo 475.- Verificación de deceso

Realizada la ejecución, el oficial que manda el fuego ejecutará el tiro de gra-

cia. El cadáver podrá ser entregado a sus deudos si lo solicitan, prohibiéndose toda pompa en el entierro.

(...)⁸”

Sobre el restablecimiento de la pena de muerte en el Perú en 1860, Basadre Ayulo sostiene: “La Constitución de 1860 restableció la pena de muerte sólo para este homicidio calificado especificándose por ley del año 1861 los catorce tipos de agravantes en este delito: por recompensa prometida, o por precio recibido, agregando el escarnio y la ignominia a los efectos naturales del delito, ejecutándolo a través de la inundación, el incendio, el veneno u otros medios de igual gravedad; aprovechando deliberadamente los conflictos por naufragio, terremoto, tumulto popular u otra calamidad o desgracia; empleando indebidamente el ofensor la autoridad por él ejercida sobre el ofendido; abusando de la confianza depositada por éste sobre aquél; tomándolo como medio para cometer otro delito; sirviéndose de la cooperación de una o más personas con el fin de asegurar la ejecución del crimen o de proporcionarse la impunidad; perpetrándolo en despoblado o en los caminos; llevándolo a (sic) cabo a lugar sagrado o donde la autoridad estuviese ejerciendo sus funciones; buscando deliberadamente al ofendido en su morada sin que hubiese provocación de éste; reincidiendo en el homicidio voluntario después de una legal condenación; haciendo víctima a la persona del padre, madre o hijo a la de cualquier (sic) de los ascendientes, descendientes o hermanos o a la cónyuge, cometiendo el acto con

8 LEGISLACIÓN DEL FUERO MILITAR POLICIAL. Código Penal Militar Policial. Decreto Legislativo N° 1094. Tercera Edición. Lima: Oficina de Relaciones Públicas e Imagen Institucional del Fuero Militar Policial, 2011, pp. 206 – 207.

premeditación manifiesta por actos preparatorios para llevarlo a cabo, con alevosía o a traición, o por medio de disfraz, astucia o fraude. El cuadro conceptual del homicidio calificado fue introducido así al Código Penal Peruano de 1862 y quedó su marco expuesto en este siglo XIX y en el inicio del posterior”⁹.

En el Perú la aplicación de la pena de muerte se estableció en los textos constitucionales siguientes:

- La Constitución de 1823 promulgada por el Congreso de la República el 12 de noviembre de ese año
- La Constitución de 1839 promulgada por el Congreso de la República el 10 de noviembre de ese año.
- La Constitución de 1860 promulgada por el Presidente Ramón Castilla el 13 de noviembre de ese año.
- La Constitución de 1933 promulgada por el Presidente Luis Sánchez Cerro el 18 de enero de ese año.
- La Constitución de 1979 promulgada por la Asamblea Constituyente, reunida en el local del Congreso, el 12 de julio de ese año.
- La Constitución de 1993 promulgada por el denominado Congreso Constituyente Democrático (CCD) reunido en el local del Congreso, el 29 de diciembre de ese año.

En nuestro país no se estableció la aplicación de la pena de muerte en los textos constitucionales siguientes:

- La Constitución de 1826 promulgada por el Presidente Andrés de Santa Cruz el 09 de diciembre;
- La Constitución de 1828 promulgada por el Presidente La Mar el 18 de marzo;
- La Constitución de 1834 promulgada por el Presidente Luis José de Orbego-so el 10 de junio;
- La Constitución de 1856 promulgada por el Presidente Ramón Castilla el 19 de octubre; y,
- La Constitución de 1920 promulgada por el Presidente Leguía el 18 de enero.

Marcial Rubio señala que: “El último sentenciado a pena de muerte en el Perú fue Julio Alfonso Vargas Garayar, el 20 de enero de 1979, por traición a la Patria”¹⁰.

Según Raúl Alfonso Valdez Roca, la pena de muerte está regulada en los países de la Comunidad Andina en los que está incluido el Perú de la manera siguiente:

“Bolivia

Artículo 17.- No existe la pena de infamia, ni la de muerte civil. En los casos de asesinato, parricidio y traición a la patria, se aplicará la pena de treinta años de presidio, sin derecho a indulto. Se entiende por traición la complicidad con el enemigo durante el estado de guerra extranjera.

Chile

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

9 BASADRE AYULO, op.cit., pp. 200-201.

10 RUBIO CORREA, Marcial Antonio. “Organización del Estado”. En: *Enciclopedia Temática del Perú*. Tomo IV. Lima: Empresa Editora El Comercio, 2004, p. 46. Vid. CARETAS 8 de enero de 1979, Edición histórica reproducción facsimilar (en la carátula se menciona a Julio Vargas Garayar, el ejecutado. Espionaje y muerte)

1. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.

Colombia

Artículo 11.- El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

Ecuador

Artículo 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

1. La inviolabilidad de la vida. No hay pena de muerte.

Perú

Artículo 140.- La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y en el de terrorismo, conforme a las leyes y a

los tratados de los que el Perú es parte obligada.

Venezuela

Artículo 43.- El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte ni autoridad alguna aplicarla”¹¹.

En conclusión, la pena de muerte no puede aplicarse en el Perú porque eso implicaría dejar de reconocer los acuerdos internacionales suscritos por el Perú como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos que se estableció también ese año 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica de 1969, entre otros. También el texto constitucional de 1993 al haber ampliado los supuestos de aplicación de la pena de muerte a traición a la patria cuando hay guerra interna y terrorismo hace inaplicable dicha medida; por cuanto ha incumplido el artículo 2 inciso 1 del Pacto de San José de Costa Rica que prohíbe su aplicación para conductas delictivas en las cuales no se aplicaba al momento de su suscripción.

11 VALDEZ ROCA, Raúl Alfonso. La pena de muerte en el Perú. Primera edición. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Alas Peruanas, 2007, pp. 110-111.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR ESPAÑOLA

*Francisco Carruitero Lecca**

1. JUSTIFICACIÓN

Decía el Quijote, que la historia es émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo de lo pasado, ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo por venir.¹ Estas frases resumen la intención de lo que queremos lograr a lo largo de este ensayo.

En tal sentido, Sánchez Albornoz² afirma que debemos buscar la clave de la historia de España por los caminos complejos, zigzagueantes, misteriosos, entrecruzados y procurar escudriñarlos por sendas elegidas como resultado de la difícil conjunción de las fuerzas que ha ido haciendo y rehaciendo la historia: a) la herencia temperamental de la comunidad, que es siempre una potencialidad de acción hacia el futuro, no un enrejado cautiverio; herencia que viene de muy lejos, que ora se firma, ora se dilapida, ora renace y se exalta a cuya acuñación contribuyen factores económicos, geográficos, psíquicos; b) el azar muchas veces invencible y

* Doctor en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha, —Sobresaliente Cum Laude— Licenciado en Derecho y Magister por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Master Oficial en Teoría de las Organizaciones por la Université Montesquieu Bordeaux IV Francia. Profesor Ordinario e Investigador de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en Pre y Post Grado, Profesor Visitante del Doctorado en Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de Trujillo.

1 M. CERVANTES SAAVEDRA, *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*, Ediciones SM, 2005, Madrid, pág. 366.

2 C. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Estudios polémicos*, Madrid, 1979, pág. 32.

a veces cruel; y, c) los dispares talantes y talentos de los hombres de carne y hueso rectores de la vida histórica de los pueblos; a veces geniales, a veces torpes; capaces de adivinaciones luminosas o sólo de estultas decisiones; firmes o débiles, empecinados o flexibles.

En lo referente a la jurisdicción militar, Gil García³ encuentra que “[...] las razones de peso y que condicionan de sobremanera la jurisdicción militar española van a ser los vaivenes históricos y su utilización para contener los diferentes desórdenes políticos y sociales que han acontecido en la historia española, además de la configuración del Estado y su reflejo en el Ejército de cada etapa.”

Al respecto, explica Casado Burbano⁴ que la evolución que puede observarse en la historia española contemporánea es similar a la de los países de su entorno europeo y a la multiplicidad y variedad de los sistemas políticos que se han sucedido. Su repercusión hace que la aproximación histórica al mismo tiempo en España revista un especial interés. Todas las Constituciones monárquicas decimonónicas españolas consideraron al Rey como Poder Ejecutivo, por lo que, en tesis de principio, habría que estimar que a él se atribuía la efectiva dirección política de las Fuerzas Armadas. Los distintos textos legales, sin embargo ofrecen ciertas matizaciones.

En opinión de Parada Vásquez⁵, la justicia militar es, sin duda, tan vieja como la existencia misma de los Ejércitos y un

instrumento fundamental para mantener en ellos, y desde dentro de los mismos, la disciplina. En consecuencia, la autoridad judicial se concentra de forma absoluta en quien ejerce el mando militar, dando lugar a la regla, esencial en la justicia castrense, de que quien manda debe juzgar. Este es el precio que hay que pagar para que las hordas se conviertan en una institución controlada, en un Ejército.

En esa misma óptica, Artola⁶ sostiene que, tradicionalmente, la Justicia Militar española ha estado íntimamente unida a la idea misma de disciplina, para lo cual las sanciones que pudieran imponerse debían ser ejemplares e inmediatas. Esto justifica que la organización de justicia fuera muy cercana al mismo mando militar, a quien se confiaban también las funciones jurisdiccionales, según el aforismo de que “quien manda debe juzgar” o la idea inglesa de la “justiceunderfire”. En los asuntos corrientes, ejercía la justicia el mismo oficial que estaba al mando de la unidad, normalmente el Capitán de la compañía, si bien en los casos de delitos de mayor gravedad se reservaba la justicia al Capitán General, quien actuaba asistido de su auditor, es decir de un letrado.

Particularmente, nosotros consideramos que la historia no debe ser percibida únicamente como un relato; una narración descriptiva de acontecimientos que ocurrieron en un pasado lejano o cercano; una materia que debe conocerse por “cultura general” o para contar con una mayor diversidad

3 O. GIL GARCÍA, *La Jurisdicción militar en la etapa constitucional*, op.cit., pág. 56.

4 P. CASADO BURBANO, *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, pág. 62.

5 R. PARADA VÁSQUEZ, “Toque de silencio por la Justicia Militar”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 127, Madrid, 1992, pág. 32.

6 M. ARTOLA, *La monarquía de España*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, pág. 36.

de temas de conversación. La historia, que rescata del pasado aquellos acontecimientos más relevantes de la humanidad, nos permite comprender el presente y poder proyectarnos hacia el futuro, corrigiendo algunos errores del pasado.

Efectivamente, una aproximación histórica de las instituciones jurídicas, como por ejemplo, la jurisdicción militar, nos permitirá apreciar cómo surgió, qué motivó dicho surgimiento y, desde luego, cómo ha sido regulada con el transcurso del tiempo.

Ahora bien, este análisis histórico de la jurisdicción militar no solo debe ser *positivo*, en el sentido de que deba circunscribirse a meros elementos normativos, a Leyes o decretos. Para nosotros, una mejor comprensión de la jurisdicción militar, debe atender también a los elementos *extra-jurídicos*, a las coyunturas sociales y políticas que rodearon y —por qué no decirlo— moldearon e influyeron directamente en la regulación y reformas normativas de la jurisdicción militar.

Así, podremos determinar si es que aquellos elementos —que legitimaron en su momento un determinado modelo de jurisdicción militar, especialmente en lo que se refiere a su organización y materias que son de su competencia— subsisten hasta la actualidad. Solo así, desde nuestro punto de vista, podremos contar con todas las

herramientas necesarias para diseñar una propuesta de regulación de la jurisdicción militar que se adecúe a las necesidades de los tiempos actuales y, si resulta viable, obtenga una proyección hacia el futuro; máxime si, como suele decirse, *la historia es cíclica*.

En esta perspectiva, compartimos las apreciaciones de Doig Díaz cuando sostiene que “[...] quien quiera tener una visión integral del estado actual de la justicia castrense deberá recurrir a la historia para entender ciertos aspectos, más o menos polémicos, de su actual configuración.”⁷

1.2. La jurisdicción militar en la Edad Antigua

La jurisdicción militar tiene sus orígenes remotos en la Edad Antigua, en Roma y los pueblos germánicos. Si bien no existían ejércitos permanentes, podríamos sostener con Jiménez y Jiménez⁸ que fue “[...] en Roma donde floreció lo que hoy constituye el Derecho Penal Militar.”

Con relación a la España *romana*, González-Deleito y Domingo⁹ sostiene que:

La organización militar de los primeros habitantes de la Península era, en extremo, rudimentaria. Los jefes estaban investidos de poderes absolutos y las penas más rigurosas y crueles eran impuestas sin

7 Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho...*, op.cit., pág. 27. De similar parecer es S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., pág. 69, quien sostiene lo siguiente: “En los casi dos siglos que transcurrieron desde la Constitución de 1812 hasta la actual Constitución, la organización y competencia de la jurisdicción militar no puede comprenderse sin tener en cuenta el papel decisivo que el Ejército ha asumido en la vida política española a lo largo de este tiempo.”

8 F. JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, *Introducción al Derecho Penal Militar*, Editorial Civitas, Madrid, 1987, pág. 178.

9 N. GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 38, julio-diciembre de 1979, pág. 14.

previo enjuiciamiento. Los historiadores de nuestro Derecho hacen referencia a un régimen de clientela militar, caracterizado por la obediencia ciega al jefe, por la obligación de éste de alimentar a la hueste y la desaparición de las tropas a la muerte del jefe (a quien sus soldados no pueden sobrevivir).

En Roma, a su vez, se entendía que los delitos militares giraban en torno al bien jurídico protegido *disciplina*, un elemento trascendental para mantener el orden al interior de los ejércitos. Así, la transgresión de la disciplina castrense —con delitos como la desertión, el abandono del puesto o la desobediencia al alto mando militar— podía ser sancionada hasta con pena de muerte al infractor.

Esto último —la imposición de la pena de muerte por la comisión de un delito militar así como la imposición de penas como la flagelación— suponía en sí mismo, un distanciamiento de los delitos que serían conocidos por la jurisdicción ordinaria y que eran sancionados con pena privativa de la libertad. Ello no permitía apreciar, con claridad, la gravedad de la infracción y la consecuente necesidad de salvaguardar, a través de las sanciones ejemplares, el respeto a dicha disciplina.

Pero ¿cómo se desarrolló la jurisdicción militar en la España *romana*? Gonzáles-Deleito y Domingo¹⁰ menciona al respecto lo siguiente:

— Teodoro Mommsen, en su Derecho Penal romano, afirma que la jurisdicción militar era ejercida por los Tribunos de las legiones y estaba delegada de una manera general en los Oficiales. Los

Generales, en caso de convicción personal de delitos, podrían castigar sin ninguna forma de proceso. La jurisdicción militar se basa en la necesidad de reprimir *secundum disciplinam militarem*, estando dotada de preferencia para juzgar el Tribunal del lugar del delito. Los Tribunales militares conocen y juzgan de los delitos de desertión, abstención de concurrencia a alistamientos para el servicio militar, desobediencia, huida del campo de batalla, tránsito a zona ocupada por el enemigo y delitos perpetrados por soldados en el servicio o con ocasión de él, salvo si la víctima del hecho criminoso era persona civil.

— Bajo la República —prosigue dicho autor— los cónsules reciben el nombre de *praetores* y ejercen alto mando, y los comandantes en jefe pueden imponer castigos capitales, como también los Tribunos (por sí, en casos leves y, con autorización del General, en los graves). En el Imperio, la jurisdicción capital (*Ius gladii, potestas gladii*) sobre los soldados corresponde al Senado; aunque, de hecho, la ejerce el Príncipe —en cuyo nombre actúan los gobernadores de provincias imperiales, a partir del siglo I, y los de todas las provincias o territorios por igual, desde el siglo III—. También ejercen jurisdicción, en delitos no capitales, el *Legatus legionis* y los Comandantes de los *Auxilia* (cohortes de Infantería, alae de Caballería y cohortes mixtas de Infantería y Caballería, o *cohortes equitatae*). Finalmente, en el Bajo Imperio, Diocleciano separa el poder civil del militar y aparecen los

10 N. GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO. “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, *op.cit.*, pág. 18.

magistri militum y los *magistri equitum*, jefes supremos, salvo el poder imperial, de la Infantería y la Caballería, respectivamente. Y Constantino despoja de atribuciones militares jurisdiccionales al prefecto del Pretorio y encomienda la jurisdicción a los *magistri armorum* o *magistri militum*.

Cabe mencionar que los pueblos germánicos —sucesores de Roma— concentraron o circunscribieron la regulación y alcances de la jurisdicción militar a la solución y sanción de los problemas que se presentaban con el reparto de los botines, no profundizando ni ampliando, en ese sentido, en la regulación o innovación de la jurisdicción militar.

1.3. La jurisdicción militar en la Edad Media

La jurisdicción militar registra, como uno de sus antecedentes, el Fuero Juzgo. En el Libro IX de este se puede apreciar una institución similar al servicio militar obligatorio.¹¹

En la Edad Media —caracterizada por la teología y los conflictos bélicos¹²— se consideraba como un delito de singular gravedad la desertión, la cual podía ser sancionada, dependiendo del grado del infractor, con el azotamiento o la pena capital. Adicionalmente, se tipificaba como delito la omisión de auxilio a quienes peleaban contra

los enemigos y, como fraude, el que no se otorgasen las provisiones requeridas y necesarias para el Ejército.

En este mismo periodo, destacan dos instrumentos normativos que se encargarán de establecer regulaciones en torno a la “jurisdicción militar”: a) Los fueros municipales; y, b) Las partidas.

Respecto de los fueros municipales, conviene mencionar que cada uno de ellos contaba con sus propias normas sobre Derecho Militar; especialmente, las referidas al ámbito penal. Por ejemplo, el Fuero de Usagre penaba con la muerte a todo aquel que, a pesar de encontrarse de guardia, se durmiese y, como consecuencia de ello, se produjera algún daño.

González-Deleito y Domingo¹³ ha efectuado un estudio sumamente completo e interesante sobre el particular, identificando y sistematizando —por siglo y ubicación geográfica, así como por materia— los fueros municipales. Si bien resulta extensa la referencia, consideramos que amerita reproducir textualmente parte de esta valiosa sistematización:

[...] es preciso puntualizar que las normas de Derecho Militar de los Fueros Municipales suelen referirse a servicio militar, a tributos de índole castrense (*fonsado*), a exenciones de deberes militares y a penas imponibles a desertores y otros delincuentes. Reglas de Derecho judicial militar, de

11 F. JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, F., *Introducción al Derecho Penal Militar*, Editorial Civitas, Madrid, 1987, pág. 180.

12 N. GONZÁLEZ-DELEITO y DOMINGO, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, op.cit., pág. 19. Explica este autor que “La Edad Media española —como la europea en general— es una era caracterizada por el prevailecimiento de las empresas bélicas y de las manifestaciones teológicas.”

13 N. GONZÁLEZ-DELEITO y DOMINGO, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, op.cit., págs. 25-29.

organización de la Jurisdicción marcial no se encuentran en ellos, tal vez por no ejercerse por Jueces especiales, sino por los mismos de la Jurisdicción ordinaria.

Basta un examen de los principales fueros para acreditar lo expuesto:

Siglo XI

- a) Privilegio de Población dado en el año 1100 a *Barbastro* por Pedro I de Aragón. Exime a los habitantes de la ciudad de ir a la guerra, al no haber batalla campal, y en tal caso, sólo por tres días.
- b) Fuero otorgado a *Nájera* el año 1020 por el Rey de Navarra, Don Sancho el Mayor. Concede privilegios y exención de muchos tributos militares y señala la pena de diez sueldos de multa al Infanzón de Náreja que no fuere al *fonsado*.
- c) Fuero otorgado a la villa de *Yanguas* en 1045 por don Iñigo Ximénez, tercero señor de los Cameros. Establece reglas y preceptos militares, pero no de carácter jurisdiccional-castrense.
- d) Fuero otorgado a la ciudad de *Jaca* por el Rey Don Sancho Ramírez el año 1074, eximiendo a sus habitantes de ir a la *hueste*, salvo el caso de batalla campal o de estar cercado el Rey por sus enemigos. Y,
- e) Fuero otorgado por el Rey Don Alfonso VI en 1076 a la villa de *Sepúlveda*, eximiendo a sus habitantes de ir a la guerra e imponiendo 60 sueldos a los de anejos del término de Sepúlveda que no vayan al *fonsado*.

Siglo XII

- a) Fuero de *Zaragoza*, otorgado en 1115 por Alfonso I el Batallador. Señala como obligación de sus vecinos la de ir a

batalla campal y a sitio de castillo con pan para tres días. Y establece la pena de muerte para el infante que no acuda.

- b) Fuero de *Escalona*, dado en 1130 en virtud de orden del Rey Don Alfonso VII, por los hermanos Diego y Domingo Álvarez, concediendo exención de la contribución militar llamada *anubda* e imponiendo sólo un *fonsado* al año. El no ir al *fonsado* se pena con diez sueldos, si no existe legítima excusa.
- c) Fuero otorgado en 1130 a la villa de *Marañón* por Alfonso I el Batallador, eximiendo de *fonsado* a sus caballeros por cierto tiempo.
- d) Fuero de *Calatayud*, otorgado por Alfonso I el Batallador en 1131, disponiendo que en caso de batalla campal, acuda la tercera parte de los caballeros, con pena de un sueldo al que no fuere a la hueste.
- e) Fuero de *Logroño*, otorgado por Alfonso I el Batallador en 1132, hallándose en dicha ciudad, a favor de la Villa de Asín, cuyos habitantes quedan dispensados por siete años de ir en hueste.
- f) Fuero otorgado por Alfonso I el Batallador a *Mallén* en 1132, concediendo a los pobladores *mozárabes* la exención de ir en hueste.
- g) Privilegio otorgado por el Rey Don Alfonso VI el año de 1113, concediendo a los caballeros de *Guadalajara* ciertas exenciones y determinando cómo han de ir en hueste y parte que les corresponde en las presas de la guerra.
- h) Fuero otorgado en *Burgos* a la Villa de *Balbás* el año de 1135, para que sus habitantes no paguen más que una *fonsadera*, eximiendo de este tributo a los carentes de heredades.

- i) Fuero otorgado a la villa de Lara en 1135 por el Rey Don Alfonso VII, eximiendo de abnuda a sus moradores.
- j) Fuero otorgado por el Rey Don Alfonso VII el año de 1139 a los pobladores del Castillo de Aurelia, hoy Colmenar de Oreja, eximiéndoles de algunos tributos militares.
- k) Fuero otorgado por Don Ramón Berenguer, Conde de Barcelona, el año de 1142, al Concejo de Daroca, para que sus pobladores no fueren al ejército contra su voluntad y para que conservasen los castillos aquellos que los conquistasen.
- l) Fuero de Molina, dado por el Conde Don Manrique de Lara el año de 1152, estableciendo varias disposiciones militares y otorgando al Juez la posesión de las llaves de Molina.
- m) Confirmación de los Fueros antiguos de Toledo por el Rey Don Alfonso VIII el año de 1155, concediendo a sus caballeros el ir entre los peones y ejercer autoridad sobre ellos.
- n) Fuero otorgado por el Rey Don Alfonso VIII a Ocaña en 1156, para que sus vecinos sólo fueran a la hueste en caso de ir en ella el Rey contra los sarracenos.
- o) *Privilegio* otorgado en Benavente a la Villa de Llanes por el Rey Don Alfonso VIII en 1168, eximiendo a los habitantes de la Villa de Madrigal de la obligación de ir en hueste.
- p) *Fueros* dados por el Obispo de Burgos, Don Pedro, y confirmados por el Rey Don Alfonso VIII en 1168, eximiendo a los habitantes de la Villa de Madrigal de la obligación de ir en hueste.
- q) *Fuero de Teruel* dado por el Rey Don Alfonso II de Aragón el año de 1176, estableciendo reglas y exenciones militares. Se atribuyen al Juez —al Juez ordinario, único existente— las funciones de juzgar a los sospechosos en el orden militar y de acordar, con el Concejo, quiénes han de custodiar la Villa al salir de ella la hueste. Contiene este Fuero reglas de Derecho penal sustantivo: fijación de tipos delictivos (como el del centinela que se duerme) y señalamiento de penas. En campaña, el delito contra la propiedad es castigado con doble multa que en época de paz. Y quien cometía hurto o robo de víveres era sancionado con mutilación de las orejas. Como observa Martínez de la Vega, la Jurisdicción ordinaria juzgaba los delitos propios de la situación de guerra.
- r) *Fuero de Uclés* otorgado en Toledo por el Maestre de la Orden de Santiago don Pedro Fernández, el año de 1179, eximiendo de tributos militares a los moradores del citado pueblo.
- s) *Fuero de Cuenca* otorgado por el Rey de Castilla don Alfonso VIII el año 1180. Su Capítulo XXX contiene reglas atinentes al gobierno y régimen de los *ejércitos* o *huestes*. Concede a Jueces y Alcaldes la guarda de la ciudad. Y dicta normas sobre jurisdicción, considerando al Adalid como Juez especial en contiendas relacionadas con las *cavalgadas* (III; XIV, 37). Los aspectos procesales y judiciales de este Fuero han sido estudiados por el profesor Alcalá-Zamora y Castilla.
- t) *Fuero de San Sebastián de Guipúzcoa* otorgado el año de 1180 por el Rey de Navarra Don Sancho el Sabio, concediendo a sus vecinos la exención de ir en hueste.

- u) *Fueros de Salinas de Añana*, en Alava, otorgados por el Rey de Castilla, Don Alfonso VIII, en 1192, concediendo liberación de la *fonsadera* por dos sueldos. Y,
- v) *Privilegio* otorgado por Don Alfonso VIII a los vecinos de Ávila el año de 1193, liberándoles del pago de la quinta parte de las presas si el Rey no estuviere en la hueste.

Siglo XIII

Los Fueros dados a Alcalá de Henares (año de 1208), Cáceres (1229), Baeza (1241), Córdoba (1241), Tuy (1250), Carmona (1252) y Soria (1294) —el primero, por el Arzobispo Ximénez de Rada; el segundo, por Alfonso IX de León; el tercero, cuarto, quinto sexto, por Fernando III el Santo; y el séptimo, por Alfonso X el Sabio— contienen reglas similares a los citados con anterioridad de los siglos XI y XII. Solo tiene un especial relieve, a los efectos del presente estudio, el Fuero de las Leyes, dado a Cáceres, por establecer reglas sobre sumisión de alcaldes y adalides al Juez, y por fijar tipos de delitos militares, como el que quien levare pan a tierra de moros que fagan dél iustitia— se añade.

Por su parte, respecto de Las Partidas, cabe mencionar que, de acuerdo con Jiménez y Jiménez¹⁴, “[...] son Las Partidas el Cuerpo legal de nuestro Derecho histórico donde más ampliamente e incluso con independencia de otras materias, se contienen normas penales castrenses dictadas en la Edad Media”.

Aquí nos encontraremos con una regulación dirigida a los ciudadanos en periodo

de guerra; pero, también, tenemos una normatividad especialmente dirigida a tipificar las infracciones cometidas por militares, tales como las irregularidades en el reparto del botín (influencia de los pueblos germánicos), la desobediencia o el uso indebido de insignias militares.

Merece destacar dentro de *Las Partidas* la distinción entre el castigo y el escarmiento, siendo este último más propio de los delitos castrenses. Adicionalmente, *Las Partidas* contemplan delitos militares vigentes como traición, espionaje, sedición y desobediencia, entre otros.

Otro elemento rescatable es en el que se establecen parámetros para graduar las sanciones. Así, la gravedad de la infracción vendrá dada por la categoría o jerarquía militar del infractor; y la reincidencia y participación o beneficio económico, con la comisión del delito (robo, por ejemplo).

Las Partidas otorgaban competencia a los Almirantes de Marina para impartir justicia sobre su flota, lo cual tiene lógica si tomamos en cuenta que se tenía que salvaguardar la disciplina militar al interior de las embarcaciones. Ello no podía esperar hasta que termine una expedición o se arribe a tierra.

Atendiendo a lo expuesto —respecto de la regulación de la *jurisdicción militar* en la Edad Antigua y en la Edad Moderna— podríamos sostener que, debido a que no existía un Ejército permanente, no era necesario contar con una regulación específica, extensa y autónoma del Derecho Militar. Era suficiente, en consecuencia, con las referencias tangenciales que se realizaban en las Leyes ordinarias.

14 F. JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, *Introducción al Derecho Penal Militar*, op.cit., pág. 182.

En esa misma lógica, tampoco era necesario contar con una estructura orgánica autónoma que se encargase de aplicar dichas normas penales, procesales ni orgánicas.

Así las cosas, el derecho militar circunscribía sus alcances a situaciones de conflicto; específicamente, a lo que ocurría en los campos de batalla y en el caso de supuestos que revistieran singular gravedad. Por ello es que se requería de un procedimiento sumario, de una sanción ejemplar y, en consecuencia, severa.

1.4. La jurisdicción militar en la Edad Moderna

El surgimiento del Estado moderno —y, consecuentemente, el establecimiento de los Ejércitos permanentes en España— se produce, coincidiendo con San Cristóbal Reales¹⁵, durante el reinado de los Reyes Católicos y de Carlos V.

En este respecto, Canosa Usera¹⁶ manifiesta que la importancia de lo militar en el siglo XVI justificó y explica la creación de una Administración de justicia dentro de los Ejércitos, cuando estos tan profusamente, se utilizaron durante el reinado de Felipe II en la política exterior de la Corona. Desde entonces quedó configurada una justicia castrense cuyas características, con las adaptaciones propias de cada época histórica, llega a nuestros días con los elementos distintivos de los que se hace referencia:

- a) Unidad de mando y de jurisdicción, es decir, quien ostenta el mando militar administra también justicia;
- b) Los superiores juzgan a los inferiores y se respeta así el principio jerárquico, consustancial a los Ejércitos;
- c) Asesoramiento de auditores, letrados que aconsejaban al mando. Y, por último;
- d) Plenitud de competencia de los Jueces militares no solo en la esfera penal, también en la civil e incluso en la administrativa.

Este autor, asimismo, explica que, de las características citadas, una de ellas es del todo incompatible con el Estado de Derecho y no resulta aceptable, ni siquiera como excepción. Nos referimos a la amplísima competencia de la que históricamente disfrutaban los mandos militares investidos de función judicial en ámbitos diversos.

En España, el establecimiento de los Ejércitos permanentes, según señala Rojas Caro¹⁷, se debió a tres acontecimientos históricos:

1. La implantación del servicio militar con carácter general y obligatorio en 1496, a fin de nutrir el Ejército Real.
2. La creación del cargo de Capitán General en 1480, el cual, dependiente de la Corona, ostentaba el mando supremo del Ejército, y en cuyo cuartel general se crea más tarde, (concretamente

15 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., pág. 24.

16 R. CANOSA USERA, “Configuración constitucional de la Jurisdicción militar”, op.cit., pág. 9.

17 J. ROJAS CARO, *Derecho Procesal Penal Militar*, Barcelona, Bosch, 1991, pág. 83, citado en S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., pág. 27.

en 1553), el cargo de Auditor General, encargado de los servicios de justicia; el cargo de Preboste, encargado de la policía militar; y el de Maestre de Campo General, especie de Jefe de Estado Mayor.

3. La aparición de los Tercios en 1534, que pocos años después, en 1547 obtienen una resonante victoria militar en la batalla de Mühlberg contra los príncipes alemanes agrupados en la Liga Smakada.

La creación de los Ejércitos permanentes acarreará también la necesidad de contar con una regulación normativa más estable de la jurisdicción militar, en lo relativo a sus competencias y estructura orgánica. Así, durante este periodo, surgen los órganos o tribunales de administración de justicia especiales, sea por la condición de sus integrantes o por su ubicación fuera de la estructura orgánica de la jurisdicción ordinaria. En tal contexto advienen los tribunales militares que dependían del rey; y, como consecuencia de ello, la jurisdicción militar —aquella que pretendía regir los recientes Ejércitos permanentes— surge con procesos distintos a los que se tramitaban ante la jurisdicción ordinaria.

Así, pues, dado que se trataba de una jurisdicción militar especial, contaba con

particularidades; por ejemplo, el privilegio para el acusado de ser juzgado por Jueces del mismo rango, lo que conllevó a que un mismo delito pudiera ser conocido por distintos tribunales militares, dependiendo del grado o jerarquía del imputado.

San Cristóbal Reales¹⁸ señala al respecto que “[...] en el Estado absolutista, teóricamente existió unidad en la Administración de justicia (unidad jurisdiccional en sentido abstracto), porque en los asuntos civiles y criminales, el rey era el máximo titular.” Y, efectivamente, las apelaciones podían ser interpuestas, eventualmente, ante el rey o un órgano instituido y presidido por él. En esta instancia, debe precisarse que tanto los Jueces ordinarios como militares no eran sino delegados del rey y que, por lo tanto, su cargo era revocable y temporal.

Durante esta etapa, hallamos las primeras ordenanzas generales promulgadas por Alejandro de Farnesio, gobernador y capitán general de los Estados de Flandes en 1587. Estas ordenanzas, si bien circunscribieron sus alcances a los Países Bajos, tuvieron una singular importancia y trascendencia en lo que se refiere a la regulación de la estructura orgánica de la jurisdicción militar¹⁹. Ello en razón de que otorgó a órganos específicos competencias jurisdiccionales. El mencionado autor²⁰, identifica las siguientes:

18 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., pág. 30.

19 N. GONZÁLEZ-DELEITO y DOMINGO, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, op.cit. pág. 36. Este autor le atribuye una importancia medular a estas ordenanzas promulgadas por Felipe II, al mencionar que “aunque las Ordenanzas de Farnesio sólo se promulgan para los Estados de Flandes, fueron observadas en todos los ‘Ejércitos’ de España. Montserrat Alsina (63) lo atribuye a tres circunstancias: primera, la presencia en Flandes de la inmensa mayoría de las fuerzas militares españolas disponibles, dada la permanente situación de rebeldía de aquel territorio; segunda, la extraordinaria difusión alcanzada por las referidas ordenanzas en todos los medios castrenses; y la tercera, la inexistencia de otras normas legales similares que regulasen estas materias (las de Justicia Militar)”.

20 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., págs. 32-33.

1. Al Auditor General, que es el asesor del Capitán General y que ejerce por delegación la administración de justicia que correspondería a éste.
2. El Auditor Particular, que es el asesor del Maestre de Campo (Jefe militar del tercio, Cuerpo o Regimiento) y que ejerce, por delegación, la administración de justicia en su Cuerpo, Tercio o Regimiento.

Estas ordenanzas, como puede apreciarse, confieren carácter permanente al cargo de auditor (que podría ser general o particular²¹) de tal manera que se tuviese por autoridad judicial.

Luego de esta etapa nos encontraremos con las dos ordenanzas promulgadas por Felipe V:

[...] la Real Ordenanza de 18 de diciembre de 1701, en que se concede a los Regimientos los Consejos de Guerra, y trata de la subordinación y disciplina de las Tropas, su Fuero, Desertores, Revistas, castigo para las plazas supuestas, asistentes, Duelos, Desafíos y casamientos de Oficiales y soldados; y las “Reales Ordenanzas de 12 de julio de 1728 para la Infantería, Caballería y Dragones, que constituyeron un perfeccionamiento de la primera.”²²

Estas ordenanzas no solamente sistematizan la tipificación —tanto de los delitos militares que anteriormente habían sido regulados como de la desobediencia

o el insulto al superior— sino que, además, disponen que periódicamente se informe a las tropas sobre las Leyes penales, no solamente para que cumpliesen las mismas sino para que no pudiesen alegar ignorancia o desconocimiento por la infracción de estas.

Sobre estas normas, convendría destacar el establecimiento de causales de responsabilidad colectiva y objetiva al interior de las Fuerzas Armadas por la comisión de algún delito militar. En torno a ello, Jiménez y Jiménez²³ opina que el primer supuesto —el de responsabilidad colectiva— se presentaba cuando “[...] se rindiere algún destacamento por no defenderse bien y la culpa sea de los soldados”, siendo la pena el fusilamiento por el número de estos que el Consejo de Guerra determinaba.

El supuesto de responsabilidad objetiva se presenta cuando se previene el caso de la voz sediciosa o desobediente estando la tropa en batalla o formada, disponiendo se escoja por sorteo a uno de los del grupo próximo a donde aquella hubiere surgido y, si no aparece el culpable, se le fusile.

Atendiendo a ello, las competencias de los órganos jurisdiccionales militares se distribuyeron en función del tipo de delitos cometidos. Si se trataba de delitos militares, el órgano competente para conocerlos era el Consejo de Guerra; si de delitos ordinarios o de causas civiles, el juzgado de guerra.

21 N. GONZÁLEZ-DELEITO y DOMINGO, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España...”, *op. cit.* pág. 37. “Los Auditores son de dos clases: el General y el Particular. El primero, a la inmediación del Capitán general, como asesor y delegado suyo en materias de Justicia. Y el Auditor Particular, como encargado de los negocios judiciales en su Cuerpo, Tercio o Regimiento”.

22 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, *op. cit.*, pág. 36.

23 F. JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, *Introducción al Derecho Penal Militar*, *op. cit.*, 1987, pág. 186.

En lo que respecta a la regulación de la estructura orgánica de la jurisdicción militar en las Ordenanzas Generales del Ejército de 1728, corresponde destacar la sistematización realizada por González-Deleito y Domingo²⁴:

- a. El Sargento Mayor (o, en su caso, el ayudante del Regimiento) con funciones de Instructor y Fiscal.
- b. El Gobernador o Comandante de la Plaza (o, en Campaña el General en Jefe) a quien compete autorizar la constitución del Consejo de Guerra.
- c. El Consejo de Guerra, que se compone de todos los capitanes. Si se trata de delitos cometidos en el seno del Cuerpo, el Consejo se llama Consejo de Guerra de Cuerpo y está constituido por trece o quince capitanes. El Presidente del Consejo es el Gobernador o Comandante de la Plaza, el Coronel o Teniente Coronel del Regimiento o el Comandante del Cuerpo.
- d. El Preboste, ejecutor de la sentencia del Consejo (o de la que el mismo pudiera dictar en ciertos casos, previa formación de proceso, asistido de escribano, en causas por delitos flagrantes u otros especialmente graves).
- e. La defensa se confía a un Oficial del Regimiento.
- f. El Capitán General, que puede suspender la ejecución del fallo, si lo estima injusto, en cuyo caso ha de dar cuenta al Rey, pero no conmutar ni indultar.

Finalmente, con relación a las ordenanzas emitidas por Felipe V, conviene mencionar que estas constituyen los pilares que justifican la creación del Consejo de Guerra. Así lo ha entendido González-Deleito y Domingo²⁵, quien sostiene lo siguiente:

“Tanto en las de 1701 como en las de 1728, se exponen los motivos de la institución del Consejo de Guerra; expresión que desde la Casa de Borbón es susceptible de dos acepciones: a) Supremo órgano consultivo o Consejo de Estado castrense, como venía siendo desde la Edad Media el Real y Supremo Consejo de Guerra, a veces simplemente denominado Consejo de Guerra; b) Órgano jurisdiccional integrado por Oficiales que ejercen, a un tiempo, mando y jurisdicción sobre sus soldados, constituyendo un escabinato marcial, acorde con la tesis francesa de ser necesario, para el mantenimiento de la disciplina militar, el temor del soldado al Oficial, al concurrir en éste la potestad de mando y el ejercicio de jurisdicción.”

Posteriormente, Carlos III emitirá las Ordenanzas de 1768 por las que se atribuye a los Capitanes Generales la competencia para conocer las causas civiles y criminales que supongan la intervención de oficiales en delitos que no guardan vínculo con el ejercicio de los deberes o funciones militares.

El Supremo Consejo de Guerra se dividió, de conformidad con dichas ordenanzas, en varias Salas:

24 N. GONZÁLEZ-DELEITO y DOMINGO, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, *op.cit.*, pág. 18, en S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, *op.cit.*, págs. 36-37.

25 N. GONZÁLEZ-DELEITO y DOMINGO, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, *op.cit.*, pág. 46.

- La Sala Primera (Sala de Gobierno), tiene competencia para resolver los expedientes civiles y criminales, así como funciones consultivas. Tiene también encomendada las labores de inspección del Consejo que puedan determinarse por las Ordenanzas. Se compone de los Consejeros militares, del Togado más antiguo, los Intendentes y Fiscales con el Secretario.
- La Sala Segunda (Sala de Justicia), presidida por el Subdecano y en su defecto por el General que le siga en grado o antigüedad, más los tres Ministros Togados. Tiene competencia para conocer todas las causas civiles o militares de aquellos que posean el fuero militar.
- También puede hablarse de una Tercera Sala, que podríamos denominar, según el lenguaje moderno, (Sala de lo contencioso-administrativo), para cuando la calidad de los negocios exija la concurrencia del Fiscal Togado, por tratarse de intereses Reales en asientos u otros puntos semejantes.²⁶

Con el Supremo Consejo de Guerra se tiene también al Consejo de Guerra Ordinario, al que se le encarga ejercer función jurisdiccional y conocer de los delitos militares. Sin embargo, dicha función jurisdiccional no era plena, habida cuenta de que sus decisiones debían ser aprobadas por el Capitán o Comandante General.

Se contemplaba, igualmente, un Consejo de Guerra de Oficiales Generales que

se encargaba de juzgar a los oficiales por la comisión de delitos militares, no requiriendo la aceptación o aprobación previa de la Autoridad Militar, como ocurre con el Consejo de Guerra Ordinario.

Seguidamente, encontraremos las Ordenanzas de 13 de octubre de 1748, dadas por Fernando VI, quien regula la estructura orgánica de la jurisdicción militar de la siguiente manera:

- El Consejo de Guerra Criminal, instituido para Sargentos, Tambores, Cabos y soldados de los Cuerpos de Infantería y Artillería embarcados o desembarcados, Oficiales de Mar de todas clases y Artilleros, marineros y grumetes de servicio en navíos de la Armada. Contra las sentencias de este tribunal no cabía apelación.
- El Comandante General del Departamento, con su Auditor, son los encargados de los asuntos civiles y en delitos comunes o que no tuvieran conexión con el servicio. Contra las sentencias que dicte el Comandante General de Departamento con su Auditor pueden las partes recurrir en apelación ante el Consejo Supremo de Guerra.²⁷

Aquí podemos apreciar cómo la jurisdicción militar tiene amplias competencias que trascienden la salvaguarda de los bienes estrictamente castrenses —como la disciplina y obediencia militar— ya que en esta primera etapa, la jurisdicción militar conocía de causas civiles, penales comunes, militares y contencioso-administrativas.

26 N. GONZÁLEZ-DELEITO y DOMINGO, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, op. cit., págs. 28-39.

27 N. GONZÁLEZ-DELEITO y DOMINGO, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, op. cit., pág. 41.

Asimismo, puede apreciarse cómo, con el surgimiento del Estado moderno, la jurisdicción militar va a establecerse de manera autónoma o especializada respecto de la jurisdicción ordinaria ejercida por el Poder Judicial.

1.5. El Decreto de Unificación de Fueros de 5 de diciembre de 1868

El Decreto de Unificación de Fueros apunta a suprimir las sub especialidades dentro de la jurisdicción militar, así como otros fueros o jurisdicciones especiales.

Dicho decreto, lejos de menoscabar o suprimir la jurisdicción militar, para incorporarla dentro de la ordinaria —insertando su estructura orgánica dentro del Poder Judicial— permite más bien la reafirmación del distanciamiento entre jurisdicción militar y jurisdicción ordinaria, sirviendo de fundamento para la autonomía de la primera respecto de la segunda.

Así Parada Vásquez²⁸, observa:

- Que después del Decreto de Unificación de Fueros, la competencia de la jurisdicción militar, aunque reducida a la materia penal, sigue siendo amplísima y se describe en el Decreto de 31 de diciembre de 1868. Aparte de los delitos militares, la justicia castrense conoce de las causas por delitos comunes, salvo algunos exceptuados; además, el fuero castrense atrae a los paisanos por delitos militares (traición, sedición de tropa y auxilio a la desertión, delitos de robo de armas o pertrechos) o cometidos en lugares militares, o por los con-

tratistas, o bien porque tales delitos se definen en los bandos que conforme a Ordenanza pueden dictar los generales en jefe de los Ejércitos.

- Esta previsión es de enorme significación política porque en último término descansa en ella tanto la política y acción sobre el mantenimiento del orden público como la legitimación y la eficacia de los pronunciamientos militares. Más aún, la jurisdicción militar ampliará su competencia tomando como excusa la caracterización de la agresión al centinela y a la fuerza Armada como delito militar y aforado y, en 1906, en aplicación de la Ley de Jurisdicciones, a los delitos de injurias a las instituciones y corporaciones militares. No sorprende, pues, que el artículo 95 de la Constitución de 1931 ciñera la jurisdicción militar “a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados”, prohibiendo que se estableciere “fuero alguno por razón de las personas o de los lugares”, exceptuando, lógicamente, “el caso de estado de guerra, con arreglo a la Ley de Orden Público.”

Así, en virtud de este decreto, la jurisdicción militar seguiría conociendo de casos o delitos comunes cometidos por militares, y procesando a civiles en determinados casos. Sin embargo, se suprime la competencia de los juzgados militares para conocer causas contencioso-administrativas.

No obstante esta posición —compartida también por San Cristóbal

28 R. PARADA VÁSQUEZ, “Toque de silencio por la justicia militar”, op. cit., págs. 26-27.

Reales— Doig Díaz²⁹ sostiene de manera distinta que, en virtud del Decreto de Unificación, se pretendió reducir los alcances de las competencias de la jurisdicción militar, que se extendía incluso a las familias de los militares. Así, a su entender, independientemente de la naturaleza de las causas —sin importar que se tratase de materia civil o penal— bastaba la sola *conexión* o vínculo con el personal militar para legitimar la jurisdicción militar como ente competente para asumir competencia sobre determinado tipo de causas.

Posición similar a la de Doig Díaz la encontramos en Fernández Segado³⁰, quien sostiene lo siguiente:

- El Decreto-Ley de Unificación de Fueros, de 6 de diciembre de 1868, es posiblemente el mayor intento de todo el siglo XIX de reducir a sus estrictos límites la competencia de la jurisdicción castrense.
- Su artículo 1. prescribe que, desde el mismo momento de la publicación de la norma, la jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer, entre otros, de los negocios comunes civiles y criminales de los aforados de Guerra y Marina de todas clases retirados del servicio, y de los de sus mujeres, hijos y criados, aunque estén en activo; de los delitos comunes cometi-

dos en tierra por la gente de mar y de los delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público, cuando la rebelión y sedición no tuviesen carácter militar.

2.6. La Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870

La Ley Provisional del Poder Judicial de 1870 (LPPJ) se erigió como una norma fundamental. Mediante ella se intentaba que la reforma del sistema de administración de justicia —aunque no exenta de omisiones— tendría repercusiones a gran escala en la regulación normativa de la jurisdicción militar, conforme pretendemos describir en las siguientes líneas.

De acuerdo con San Cristóbal Reales³¹:

“Solo a partir de la LOPJ de 15 de septiembre de 1870 se inicia un verdadero camino para la inamovilidad judicial, y a partir de ella puede empezar a hablarse de una magistratura que aspira realmente a ser independiente a nivel personal, aunque no de un Poder Judicial autónomo. Es a partir de este momento, cuando la jurisdicción militar se convierte en especial por dejar de asumir garantías adoptadas para la jurisdicción ordinaria.”

29 Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho...*, op.cit., pág. 29. Al respecto, la autora menciona lo siguiente: “[...]. Piénsese que hasta la promulgación del Decreto de Unificación, los tribunales militares conocían de los negocios comunes, civiles y criminales de los militares retirados del servicio y los de sus mujeres, hijos, criados, aunque estén en activo; y, por último, de los cometidos por militares antes de pertenecer a la milicia.”

30 F. FERNÁNDEZ SEGADO, “La Jurisdicción militar en perspectiva histórica”, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 56- 57, julio-diciembre 1990, enero-junio 1991, pág. 31.

31 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., pág. 48.

La LPPJ precisa que la legitimación de esta jurisdicción especial se sustenta en el bien jurídico protegido y en el personal que es sometido a los procesos militares. Es decir, se requiere que los imputados sean militares o marinos y que se les impute un acto realizado mientras se encuentren en servicio activo.

Esta delimitación de los alcances de la jurisdicción militar se realiza en razón de que esta era vista como una transgresión directa del principio de igualdad de los ciudadanos, así como una contravención de la intención de la Constitución de 1812 de concentrar en un único órgano, el Poder Judicial, el ejercicio de la función jurisdiccional.

Complementariamente a esta delimitación de las competencias de la jurisdicción militar —a asuntos estrictamente castrenses, procurando dejar de lado la atribución de competencias para conocer sobre delitos comunes cometidos por particulares o que no pretendan salvaguardar la disciplina y obediencia militar— se dispuso la eliminación de los denominados “fueros privilegiados” o “sub especialidades” por cuanto atendían al grado del imputado antes que al hecho mismo que era objeto de imputación.

Cabe precisar, sin embargo, que con la LPPJ de 1870 no podía hablarse todavía de una autonomía de dicho poder del Estado, puesto que este se encontraba orgánica y administrativamente dentro del Ministerio de Justicia. Así, en la medida que era el Gobierno el que, a través del Ministerio de Justicia, iba a emitir las normas sobre el acceso y ascenso en la carrera judicial, no se podía

invocar un adecuado cumplimiento del principio de independencia jurisdiccional.

No obstante este intento de unificación, cabe mencionar con San Cristóbal Reales³² que “la unificación de fueros lograda en 1870 (excepto el fuero militar ordinario y eclesiástico) había desaparecido un siglo después, apareciendo multitud de tribunales no ordinarios, y aumentándose la competencia de los tribunales militares.

Así las cosas, podríamos concluir, a grandes rasgos, que esta Ley se concentró en la distribución de competencias que serían conocidas por la jurisdicción militar y en regular algunas instituciones o mecanismos propios de la jurisdicción ordinaria, tales como el jurado o el concurso para el acceso a la carrera judicial. Sin embargo, en lo que respecta a la jurisdicción militar, se omitió profundizar la regulación del régimen o el estatuto de quienes ejercerían, la jurisdicción militar.

La LPPJ acoge —nuevamente, como ya había ocurrido con el Decreto de Unificación mencionado en 3l 4.5. y con la Constitución Política, un año antes— el principio de unidad de los fueros, es decir, de la unidad de la función jurisdiccional, más allá de las especialidades. En atención a ello, se reconoce la competencia exclusiva y excluyente de la jurisdicción de guerra y marina para conocer y resolver todos aquellos delitos cometidos por militares y marinos en servicio activo.

Sin embargo, una interpretación a contrario —en el ámbito subjetivo— permitiría arribar a la conclusión de que deberían quedar excluidos de los alcances de la Ley

32 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., pág. 57.

los familiares de los militares, así como los militares en situación de retiro. En el ámbito objetivo, de modo distinto pero complementario, quedarían excluidos de la competencia de la jurisdicción militar todos aquellos actos cometidos fuera del servicio activo, es decir, las faltas o delitos en los que pudiera haber incurrido un miembro del Ejército o de la Marina, antes de su ingreso a dichas instituciones Armadas.

Sin embargo de lo dicho, la Ley Provisional en referencia omitió regular lo relativo a la *magistratura* militar; es decir, a quienes tenían que ejercer las competencias que estaba distribuyendo. Ello nos lleva necesariamente a remitirnos a la regulación del estatuto de la jurisdicción militar.

Aquí, nos encontramos con la figura del “*auditor*” que, en palabras de Doig Díaz³³, “[...] constituye el auténtico precedente del actual cuerpo de funcionarios militares integrantes del Cuerpo Jurídico, cuyo antiguo papel como asesor de la milicia pero ajeno a ella, garantizaba cierta independencia en su labor.”

Resulta importante destacar, en este respecto, que el primer antecedente de la integración de la jurisdicción militar no refería, en sí, a un integrante de las Fuerzas Armadas. Merece resaltarse este punto porque una de las principales críticas — en la que se centra mayor atención cuando se realiza el análisis de la regulación de la jurisdicción militar— está referida a la pertenencia de los *Jueces militares* a la estructura orgánica interna de las Fuerzas Armadas y, con ello al potencial menoscabo que esto podría suponer, para los principios de independencia

e imparcialidad, dada la obligatoriedad de cumplimiento de los deberes de disciplina, jerarquía y obediencia que se predicaban en la vida militar.

Pero ¿cuáles eran los requisitos para acceder al cargo de *auditor*?

Atendiendo a lo dispuesto en la Real Orden del 6 de junio de 1846, dichos requisitos eran fundamentalmente dos:

- a. Cumplir con los mismos requisitos que se exigen en la carrera judicial para los Magistrados de audiencia. Ello, sin embargo, podría ser utilizado en la actualidad como un argumento para insertar a la jurisdicción militar dentro de la estructura orgánica del Poder Judicial —y no de las Fuerzas Armadas o del Ministerio de Defensa— procurando optimizar, según esta corriente, los principios de independencia e imparcialidad.
- b. Haber realizado servicios militares (no servicio militar activo, sino jurídico) de relevancia lo que, en cierta medida, permitiría asegurar un adecuado y elevado nivel de conocimientos de la normativa militar.

Pero tenemos otro hito relevante en la regulación orgánica de la jurisdicción militar. Efectivamente, mediante Real Decreto del Ministerio de Guerra de 1852, se produjo una mayor identificación —a través de la asimilación de puestos— entre los auditores de guerra y los cargos judiciales. Por ejemplo, los auditores percibían lo mismo que los Jueces de audiencia (ello resultaba razonable si tomamos en cuenta que se les

33 Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho...*, op.cit., pág. 30.

exigía los mismos requisitos para acceder al cargo): e igualmente, una misma persona podía compartir ambos cargos de auditor y juez de audiencia.

Este Real Decreto incorpora también un requisito: para ser propuesto como auditor se requiere haber ejercido ocho (8) años el cargo de fiscal de Juzgado de Guerra, de asesor o de fiscal del Juzgado de la Intendencia General Militar. Esto nos permite apreciar que la estructura orgánica de la justicia militar estaba integrada por muchos más funcionarios que los auditores. Así, tenemos a los siguientes:

- Auditores.
- Fiscales.
- Abogados de las personas de escasos recursos.
- Asesores.
- Fiscales de los Juzgados de Artillería e Ingeniería.

Adviértase que era un requisito indispensable para acceder al cargo tener formación jurídica, es decir, ser abogado. Este dato merece ser destacado, puesto que en la actualidad también existen discrepancias sobre si lo relevante para ejercer la jurisdicción militar es la formación jurídica o, de lo contrario, debe primar el conocimiento de la vida militar, esto es, que el juez militar, abogado o no, sí debe ser necesariamente un integrante (en actividad o situación de retiro) de las Fuerzas Armadas.

Así, pues, en virtud del Real Decreto de 1852 ya referido y, en general, en esta primera hora de la evolución de la jurisdicción militar se puede apreciar que quienes

integraban esta estructura organizativa, si bien conocían de causas militares, no eran militares, sino civiles; es decir, personas, juristas que no formaban parte de la estructura orgánica de las Fuerzas Armadas y que, en consecuencia, ejercían un control externo antes que interno de la actuación de aquellas.

¿Cómo llegamos, entonces, a la integración del cuerpo jurídico que integraba la magistratura o jurisdicción militar? Pues todo habría comenzado con la omisión — en la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial— de la regulación de los denominados *auditores de guerra*. Al no existir mayores referencias o regulaciones en torno a estos, se entendió que, en puridad, no formaban parte de la administración de justicia clásica u ordinaria, es decir, del Poder Judicial. Si los *auditores de guerra* no hubieran formado parte del Poder Judicial pero sí del ejercicio de la función jurisdiccional militar, entonces hubiera debido incorporárseles a alguna estructura organizativa, a la milicia, a las Fuerzas Armadas.

Así lo advierte con acierto Doig Díaz³⁴, al señalar que:

“Al no incluir a los jurídicos militares en la carrera judicial que contempló la Ley del Poder Judicial, el Decreto de 9 de abril de 1874 resolvió integrar el Cuerpo Jurídico Militar en los Cuerpos auxiliares del Ejército, con la consiguiente asimilación militar de todos sus miembros, el ingreso por oposición, el ascenso de grado en grado en función de la antigüedad y el derecho al uso del uniforme militar”.

34 Y. DOIG DÍAZ, Jurisdicción militar y Estado de Derecho..., op.cit., pág. 32.

En esta instancia cabe preguntarse si —más allá del reconocimiento de los principios de independencia e imparcialidad de los integrantes de la jurisdicción militar— resultaba materialmente posible que esos principios fuesen respetados en la realidad; sobre todo, si seguían siendo parte de la estructura orgánica de las Fuerzas Armadas y, en consecuencia, se encontraban sometidos a criterios de jerarquía, disciplina y obediencia; también, se hace necesario interrogarse qué tan independiente o imparcial podría ser un juez militar que tenía que procesar a un superior. Estas preguntas, ciertamente muy actuales, bien pudieron formularse en aquel momento.

Efectivamente, el Reglamento del Cuerpo Jurídico Militar —aprobado mediante Decreto de 1974— establecía que los Jueces militares eran responsables de las decisiones jurisdiccionales que adoptaban, siempre que existiera una aceptación de los mandos castrenses; esto es de los capitanes, comandantes o generales. En otros términos, la libertad de pensamiento o la independencia jurisdiccional, por la dación de la normativa referida, se encontraba condicionada, restringida (algunos podrían decir, anulada o desconocida) al libre albedrío, a la discrecionalidad de los mandos militares (no jurisdiccionales) superiores. No nos encontramos ante el superior jerárquico jurisdiccional dentro de la estructura orgánica de la jurisdicción militar, sino ante un superior, ante un alto mando militar.

Es en este periodo que, con el Decreto de 1874, se identifican dos cuerpos normativos, o sub especializaciones dentro de la jurisdicción militar: a) Guerra y b) Armada.

No obstante esta sub especialización, ambas eran dirigidas por el presidente del Consejo Supremo de Guerra y Marina, órgano que dependía del ministro de guerra.³⁵

Pero, a pesar de la incorporación, por asimilación —de quienes ejercen la jurisdicción militar— a la estructura organizativa de las Fuerzas Armadas, el Decreto de 1874 no eximió de los requisitos que, para formar parte de su cuerpo jurídico se necesitaban: título de licenciado en derecho o doctor y superar una oposición. De esa manera, se procuró un punto medio. Por lo tanto, más allá de los cuestionamientos a la independencia jurisdiccional, con la permanencia de este requisito se aseguró que el *juez militar* no solamente conociera la vida y el pensamiento militar —al formar parte de las Fuerzas Armadas— sino también que conozca de Leyes y que su formación jurídica le permita comprender la lógica de las normas o disposiciones normativas.

Dentro de la regulación de la magistratura jurisdiccional militar destacan dos elementos a tomar en cuenta: a) cómo o quién decide el ingreso a la jurisdicción militar, sobre todo si no iban a formar parte del Poder Judicial; y b) qué atribuciones se otorgaban a los encargados de participar y ejercer la función jurisdiccional militar.

En lo que respecta a lo primero, tenemos que el número y distribución de funcionarios militares, en cada categoría o nivel en la jurisdicción militar, eran decididos por el Ministerio de Guerra. Los ascensos, en principio, estaban supeditados al criterio de antigüedad, con la salvedad de algunos cargos específicos, como los de fiscal togado,

35 Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho...*, op.cit., pág. 33.

teniente fiscal, abogados fiscales y relatores del Consejo Supremo de Guerra. El acceso a dichos cargos dependía del Gobierno el cual decidía sobre la base de la propuesta formulada por una junta inspectora, que era parte del Consejo Supremo de Justicia Militar. En 1893 el sistema de ascensos y elección fue modificado, dejando la atribución de proponer en manos del presidente (ya no junta) del Consejo Supremo de Guerra y Marina.

En el caso específico de la Armada, los ascensos se realizaban en función de la antigüedad, desde los auxiliares hasta el ministro togado; salvo, aquellos casos expresamente señalados en la Ley en los que regía la elección. Dicha elección, o nombramiento, era realizada por el Gobierno.

Así, podemos apreciar que tanto en el Ejército como en la Armada, existía un

enorme control por parte del Poder Ejecutivo en el proceso de nombramiento y ascenso de los integrantes de la jurisdicción militar. Esto puede ser entendido como una incidencia negativa en el principio de independencia e imparcialidad de la jurisdicción referida.

Pero, ¿qué ocurre con la distribución de competencias entre los distintos cargos que existen en el cuerpo jurídico militar y entre los funcionarios y autoridades que tienen algún grado de intervención en el ejercicio de dicha jurisdicción? En líneas generales podríamos sostener que la concentración de atribuciones o competencias podría supeditarse al nivel o jerarquía. Veamos el siguiente cuadro y procuremos sistematizar la información proporcionada.³⁶

CUADRO N° 1
JURISDICCIÓN MILITAR
Grados, cargos y funciones

GRADO	CARGO	FUNCIONES
1º	Ministros togados	Judicial o fiscal en el Consejo Supremo de Guerra y Marina, así como de asesoría al Ministro de Guerra.
2º	Auditor general	Jurisdiccionales en juzgados ordinarios y causas de la jurisdicción extraordinaria; asimismo, administrativas y de asesoría.
3º	Auditor	Similares a las del auditor general en distintos lugares; además, funciones fiscales.
4º	Teniente auditor	Relatoría
5º	Teniente auditor de primera clase	Fiscales y de asesoría.
6º	Teniente auditor de segunda clase	Secretario relator o fiscal.
7º	Teniente auditor de tercera clase	Fiscales o de asesoría.

36 Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho...*, op.cit., págs. 34-35.

En razón de la información contenida en el Cuadro N° 1, puede inferirse que había un común denominador entre las funciones atribuidas a las autoridades de los distintos órganos o niveles de la jurisdicción militar: No existía una autoridad que ejerciera función jurisdiccional; otra, la fiscal; y otra, la de asesoría. Estas se entrecruzaban y condensaban en la gran mayoría de niveles o jerarquías. Ello bien pudo generar incompatibilidades y transgresiones al principio de imparcialidad, en el sentido de que, al ejercer funciones fiscales y jurisdiccionales, bien podría darse el caso de que una misma autoridad —por ejemplo, un auditor— se encontrara en la posibilidad de ejercer función jurisdiccional respecto de una causa en el que ya había asumido función fiscal.

2.7. La codificación de la jurisdicción militar

Explica bien Casado Burbano³⁷ que, en la propia Constitución de Cádiz (1812), se planteó el tema de decidir sobre la unificación de fueros, justificando el mantenimiento del militar en los términos que previene la ordenanza o en adelante previniere, ya que solo tal disposición era capaz de lograr la disciplina y subordinación.

Esta etapa se inicia en 1882, con la dación de una Ley autoritativa por la que se otorgaba competencia al Gobierno para dar una Ley de organización y funciones de los

tribunales de guerra y marina. En virtud de ella se emitieron:

- a. La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra (1884).
- b. Código Penal Militar (1884).
- c. Ley de Enjuiciamiento Militar (1886).
- d. Código Penal de la Marina (1888).
- e. Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Marina (1894).
- f. Ley de Enjuiciamiento Militar para la Marina (1894).

Ya en estas normas puede apreciarse que la potestad jurisdiccional recaerá en órganos que estarán integrados principalmente por militares no abogados, pero que serán asesorados por algún miembro del denominado Cuerpo Jurídico Militar.

En la jurisdicción militar asimismo, existían dos órganos: el Consejo de Guerra Ordinario y el Consejo de Guerra de Oficiales. La competencia de ambos se determinaba en función del sujeto que iba a ser procesado. Es decir, más que por materia, se otorgaba la competencia en razón de la jerarquía o grado militar, lo cual nos da algunas luces para entender cómo se pretendía *optimizar* el ejercicio imparcial de la función jurisdiccional (recuérdese el temor o los reparos, dado el deber de obediencia castrense).

Siguiendo nuevamente a Doig Díaz³⁸, podemos graficar la distribución de competencias de la siguiente manera:

37 P. CASADO BURBANO, "Visión histórica del Derecho Penal Militar Español", op.cit., pág. 37.

38 Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho...*, op.cit., pág. 37.

CUADRO N° 2
JURISDICCIÓN MILITAR
ÓRGANO JURISDICCIONAL Y COMPETENCIA

ÓRGANO JURISDICCIONAL	COMPETENCIA
Consejo de Guerra Ordinario	Causas contra miembros de tropa y civiles.
Consejo de Guerra de Oficiales	Causas contra: • Oficiales del Ejército y asimilados; personal de tropa con grado de oficial o de la Cruz de San Fernando. • Civiles, siempre que fuesen senadores o diputados de las Cortes; Jueces de primera instancia y promotores fiscales; Jueces eclesiásticos y funcionarios del orden administrativo que ejerciese autoridad; Magistrados y fiscales de audiencias; jefes superiores de administración y gobernadores de provincia, entre otros.

Sin perjuicio de lo expuesto en el Cuadro N° 2, podríamos remitirnos a lo señalado por Fernández Segado³⁹, quien, de manera más sistemática, señala que la jurisdicción penal militar quedaba constituida de la siguiente forma:

- a) Órganos jurisdiccionales del Ejército eran: los Capitanes Generales de Distrito (Región), los Generales en Jefe de Ejército y los Generales y Jefes Comandantes de tropa con mando independiente, los Gobernadores de plazas y fortalezas sitiadas o bloqueadas y Comandantes de tropa o puesto aislados de la autoridad judicial respectiva, el Consejo de Guerra ordinario, el Consejo de Guerra de oficiales generales y el Consejo Supremo de Guerra y Marina.
- b) Órganos jurisdiccionales de la Marina eran: el Consejo de disciplina, el Con-

sejo de Guerra ordinario, el Consejo de Guerra de oficiales generales, los Capitanes Generales de Departamentos marítimos y Comandantes Generales de Escuadra, la Autoridad jurisdiccional de Marina en Madrid y el Consejo Supremo de Justicia, denominado de Guerra y Marina.

- c) Por lo que hace a la competencia de estos órganos, hay que significar que tanto en el Ejército como en la Marina, se basa en el tríptico de materia, persona y lugar, en unas líneas acordes con las ya referidas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si bien, las circunstancias políticas propiciarán el progresivo recurso a la jurisdicción castrense con fines de represión política, tal y como ya hemos puesto de relieve, con la consiguiente expansión de esta jurisdicción.

39 F. FERNÁNDEZ SEGADO, "La Jurisdicción militar en perspectiva histórica", op.cit., pág. 35.

- d) Finalmente, el mando y la jurisdicción serían ejercidos por la Autoridad militar con el asesoramiento del Auditor.

1.7. A. El Código Penal del Ejército de 1884

El Código Penal del Ejército de 1884 (CPE) —expresa Muga López⁴⁰— representó para el Ejército el primer logro codificador, en el amplio sentido en que ha de entenderse la codificación: ordenamiento de normas jurídicas e instauración de los nuevos principios penales. Lamentablemente, el camino recorrido desde la Constitución de 1812, fue lentísimo y la legislación penal militar española se codificó cuando ya lo había hecho la totalidad de los ordenamientos civiles y penales de la legislación común. No ha de creerse que este notable retraso se debió tan solo a las dificultades nacidas de lo complicada y a veces poca conocida legislación penal militar, sino a razones más profundas.

Al respecto, Muga López⁴¹ reconoce que, por unas u otras razones, la legislación penal militar mantuvo durante largo tiempo unas penas y unos procedimientos impropios; sobre todo, en el último período que precedió a la publicación del Código Penal Militar. Es evidente que esta situación pudo haberse liquidado de una u otra forma, pero es justo reconocer la labor de unos hombres desinteresados, movidos por un simple afán de justicia y de mejoramiento del Ejército quienes —con sus trabajos particulares— propiciaron la formación de una conciencia necesaria para la reforma y, después, le

dieron una base material que se convirtió en el Código Penal del Ejército. Esta fue la Ley técnicamente mejor trabajada pero, lamentablemente, fue de corta vigencia.

En este Código se tipifican infracciones que no solo están vinculadas directamente con el servicio militar —infracciones estrictamente militares— sino que también tipifica, como delitos, transgresiones a las Leyes ordinarias, alegando que estas contravenciones podrían tener cierta incidencia negativa en la disciplina castrense.

Igualmente, intentando diferenciarlo de la jurisdicción ordinaria, en el Código se tipifica como delitos militares las conductas carentes de intencionalidad (la cobardía, por ejemplo). En atención a ello, se excluye —como una causal eximente de responsabilidad penal militar— al miedo insuperable en el caso de la comisión de delitos.

A propósito de estos, conviene precisar que son divididos en dos secciones: a) delitos de naturaleza estrictamente militar y que, en consecuencia, solo podían ser cometidos por militares; y b) delitos comunes, que podían ser cometidos por civiles, pero que eran conocidos por la jurisdicción militar atendiendo a la afectación que podían generar al Ejército.

Dentro de los delitos estrictamente militares, tenemos los de abandono del servicio; negligencia; maltratos a inferiores; desertión; embriaguez; asistir a manifestaciones políticas; y uso indebido de las insignias militares, entre otros.

Dentro de los delitos comunes, conocidos por la jurisdicción militar se consideran

40 F. MUGA LÓPEZ, “Antecedentes del Código Penal Militar de 1884. Notas para la historia de la Codificación del Derecho Penal Militar, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 2, 1956, págs. 56-57.

41 F. MUGA LÓPEZ, “Antecedentes del Código Penal Militar de 1884...”, op.cit., pág. 57.

los de rebelión; espionaje; violación cometida a favor de los actos de servicio; robo o hurto en dependencias militares; enajenación de armas; prendas o efectos militares; y falsificación de documentos militares, por citar algunos de ellos.

1.7.B. El Código Penal de la Marina de Guerra de 1888

Este Código Penal de la Marina (CPMG), en verdad, no significó más que una adaptación del Código de Penal del Ejército de 1884, a las actividades propias de la Marina.

Para Casado Burbano⁴² este Código, gestado en forma análoga a la del Ejército, presentaba su misma estructura. Del Libro I, o de Disposiciones Generales, merecen destacarse las definiciones que se daban de delito o falta referidas a las acciones u omisiones penadas por la Ley y ejecutadas con malicia, las cuales fueron tomadas, sin duda, del Proyecto del Código Penal Común; asimismo, la distinción que hacía entre delitos militares (los que afectan directamente a la disciplina o violan algún deber exclusivamente militar); por profesionales (cuando se falta a algún deber que están obligados a cumplir los miembros de la Armada); y los comunes.

Una especial tratamiento es el referido a la sordomudez como circunstancia eximente o atenuante, tenida en cuenta por primera vez en la legislación española; asimismo, la enumeración de las circunstancias modificativas de la responsabilidad.

El Libro II —prosigue Casado Burbano— comprendía nueve títulos sobre los delitos contra la Seguridad del Estado. Entre ellos, se incluían los denominados “contra

el derecho de gentes”; “contra el orden público y la seguridad de la Armada”; “contra los deberes del servicio militar”; asimismo el de insubordinación; el de insulto a centinela, salvaguardias o fuerza armada; el homicidio y las lesiones; además, los delitos de malversación, de falsedad y contra la propiedad. Este Código supuso un notorio avance en el tratamiento de la materia, lo cual le permitió estar en vigencia hasta su derogación por el Código Justicia Militar de 1945.

1.7.C. El Código de Justicia Militar de 1890

En 1890 se emitirá el Código de Justicia Militar, mediante el cual se normarán, por primera vez, los parámetros para la asignación y distribución de competencias: persona, delito y lugar de comisión del hecho imputado. Este Código amplía —como ya había ocurrido con la Ley de Secuestros de 1877— las competencias de la jurisdicción militar, permitiendo conocer de los delitos de injurias al Ejército. Además de la materia penal, este Código incluía normas procesales y regulaba la estructura orgánica de la jurisdicción militar.

Un aporte significativo del Código de 1890 significó la distinción entre las faltas (graves o leves) y los delitos militares. Ello implicó no solo una aplicación del principio de lesividad sino que algunos delitos de poca relevancia pasaran a ser tipificados como faltas.

Otros elementos rescatables del Código de 1890 fueron la remisión o aplicación supletoria del Código Penal ordinario para la valoración de las causales eximentes de responsabilidad penal.

42 P. CASADO BURBANO, “Visión histórica del Derecho Penal Militar Español”, en Comentarios al Código Penal Militar, op.cit., pág. 40.

Tiempo después, en la década de 1920, las competencias de la jurisdicción militar volverán a ser ampliadas. Efectivamente en la dictadura de Primo de Rivera se amplía la competencia de la jurisdicción militar, utilizando el fuero militar para delitos de altísima peligrosidad. Prueba de ello son el Real Decreto de 18 de septiembre de 1923, que castiga los delitos contra la seguridad y unidad de la Patria y, cuanto tienda a disgregarla, restarle fortaleza y rebajar su concepto, ya sea por medio de la palabra o por escrito ya sea por la imprenta o cualquier medio mecánico o gráfico de publicidad y difusión, o por cualquier clase de acto o manifestaciones.⁴³

La segunda disposición, es el Real Decreto de 13 de abril de 1924 que consideró delitos militares, que habían de ser juzgados en juicio sumarísimo, todos los delitos de robo a mano armada realizados contra establecimientos de comercio o banca o sus oficinas, o contra los agentes, contratistas o personas encargadas de valores. La tercera disposición es el Real Decreto de 25 de diciembre de 1925, que sometió a la jurisdicción de Guerra los delitos cometidos por medio de explosivos, así como de todos aquellos que atentaren contra la seguridad del Estado y el Jefe del Estado.⁴⁴

1.8. La jurisdicción militar y la Segunda República

De acuerdo con lo manifestado por Fernández Segado⁴⁵:

– Los tres primeros meses del régimen político instaurado el 14 de abril de 1931 nos muestran una verdadera eclosión de disposiciones relativas a la jurisdicción castrense, cuyo común denominador nos viene dado por la reducción de su extensísimo ámbito competencial, el establecimiento de un mínimo de garantías para los inculpadados, la profesionalización y tecnificación de la jurisdicción castrense y el intento de compaginar su existencia con el principio de unidad jurisdiccional. En definitiva, se pretende su reducción a un orden jurisdiccional especializado.

– Así, en la Segunda República, con la Constitución de 1931 y los Decretos promulgados en ese mismo año, se procurará circunscribir la jurisdicción militar a los delitos militares, servicios de armas y a la disciplina de los institutos armados, dejando de lado los parámetros especiales (lugares) y personales (grado o jerarquía), en procura de optimizar el criterio objetivo o material, esto es, aquel que viene determinado por el bien jurídico protegido que pretende ser protegido a través de los delitos militares.

En el mismo sentido Canosa Usera⁴⁶ afirma que la Constitución de 1931 intentó restringir radicalmente el ámbito jurisdiccional castrense a lo penal, y dentro de esta esfera a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos

43 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., pág. 60.

44 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., pág. 61.

45 F. FERNÁNDEZ SEGADO, “La Jurisdicción militar en perspectiva histórica”, op.cit., pág. 39.

46 R. CANOSA USERA, “Configuración constitucional de la jurisdicción militar”, op.cit., pág.12.

los institutos armados. La loable pretensión republicana de imponer límites nítidos a la excepción que la existencia de la jurisdicción militar siempre supone, no fue bastante para impedir que la misma inercia histórica pusiera en manos de los militares, una vez más, los destinos de España.

Tiempo después, dado el Decreto de 14 de abril de 1931, este constituyó un reconocimiento de los excesos en las competencias otorgadas a la jurisdicción militar y de los abusos y excesos cometidos en el ejercicio de la misma, ya que este Decreto otorgaba amnistía a todos aquellos que habían sido procesados por delitos políticos, independientemente de la jurisdicción ante la cual hubieran sido procesados.

Sin embargo, en el marco de la Segunda República, se intentó limitar y delimitar más adecuadamente las competencias de la jurisdicción militar en atención a las funciones que realizan las Fuerzas Armadas. Así tenemos que, mediante el Decreto del 17 de abril de 1931, se derogó la Ley de Jurisdicciones de 23 de marzo de 1906, que otorgaba competencia a la jurisdicción militar para conocer los delitos cometidos por medio de la imprenta.

En ese mismo año, se dieron los decretos por los que se pretendió reformar la jurisdicción militar, en sus sub especialidades de guerra y marina. A través de ellos se circunscribió el alcance de sus competencias a los hechos o delitos esencialmente militares, dotando a la normatividad militar de un elemento fundamentalmente objetivo para la distribución de dichas competencias. Así se dejó de lado el criterio subjetivo o de la importancia del

imputado como factor determinante para la atribución de competencias en la jurisdicción militar.

Respecto de estos decretos, Fernández Segado⁴⁷ señala que la norma más trascendental en estos primeros momentos de la República, por lo que a la jurisdicción militar se refiere, es el Decreto-Ley de 11 de mayo de 1931 (ratificado con carácter de Ley por la de 18 de agosto del mismo año), que, básicamente, se proyecta en una triple dirección:

- a) La reducción de la competencia de la jurisdicción castrense al delito esencialmente militar;
- b) La privación al mando militar de toda potestad jurisdiccional; y,
- c) La disolución del Consejo Supremo de Guerra y Marina y la subsiguiente creación de una Sala de Justicia Militar en el Tribunal Supremo a la que se confieren las atribuciones de aquel.

Así, pues, en el marco de esta reforma estructural de la jurisdicción militar, se disuelve el Consejo Supremo de Guerra y Marina y se crea la Sala de Justicia Militar en el Tribunal Supremo. La finalidad era incorporar la jurisdicción militar dentro de la estructura orgánica o, por lo menos, dentro del marco normativo o reglas del Poder Judicial; y ello, porque dicha Sala estaba compuesta, entre otros, por dos Magistrados supremos y sus integrantes, en general, se encontraban sometidos a las reglas disciplinarias del Tribunal Supremo.

Sin embargo, más allá de la intención, lo normado no garantizaba una adecuada optimización de los principios de

47 F. FERNÁNDEZ SEGADO, "La jurisdicción militar en perspectiva histórica", op.cit., pág. 39.

independencia e imparcialidad. Así lo entiende Doig Díaz⁴⁸ cuando señala que:

“La composición que se dio a la Sala de Justicia Militar no ofreció las cuotas de imparcialidad e independencia de la que se pretendió dotar a este tribunal, tanto porque determinó su nombramiento el Ejecutivo, cuanto por existir entre sus miembros mayoría de Magistrados militares, siendo, paradójicamente, la sala que resolvió los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la militar.”

Un aporte importante vino dado por la distribución o adecuada separación de las funciones de mando o autoridad militar y el ejercicio de la jurisdicción militar, defecto que había sido advertido respecto de la legislación preexistente.

En cuanto a la tramitación de los procesos ante la jurisdicción militar, con la finalidad de salvaguardar el derecho al debido proceso de los imputados, se dispuso que estos gocen de las mismas garantías que proveía la jurisdicción ordinaria, disponiéndose la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la Ley Orgánica del Poder Judicial a los procesos militares.

En 1932 se pretendió “desmilitarizar la jurisdicción militar”, disponiendo que los Jueces militares y quienes integrasen el Cuerpo Jurídico Militar fuesen civiles, licenciados en Derecho, que no fueran ni debieran ser asimilados a las Fuerzas Armadas, ni contar con una categoría militar siendo, más bien, que estas autoridades y funcionarios deberían ser parte de la carrera judicial.

Como era de esperarse, la pretendida “desmilitarización” y “ordinarización” de la jurisdicción militar –por las que se pretendía separar institucionalmente a los integrantes de la jurisdicción militar de las Fuerzas Armadas, incorporándolos a la carrera judicial, dejando de lado los principios de jerarquía, disciplina y obediencia castrenses– no fue aceptado por los militares.

1.9. La jurisdicción militar y el franquismo

De 1939 a 1975, España vivió bajo un régimen autoritario. El general Francisco Franco mantuvo un férreo control sobre la sociedad española. Pero, el General Franco tuvo que apoyarse en distintos sectores que constituían el bloque dominante por ese entonces: falangistas, monárquicos, militares, franquistas puros y tecnócratas. En última instancia era El Generalísimo quien movía por propia voluntad las piezas del tablero.

Para Gil García⁴⁹:

“[...] el Estado franquista utilizó el Ejército como uno de los pilares de su organización al cual recurrir, tanto para mantener directa o indirectamente el sistema como para proveer con sus miembros carteras ministeriales y otros destacados cargos públicos. La prevalencia marcial, no obstante, fue desde los años setenta más aparente que real, resolviéndose instrumentalización que culmina en la imagen de las Fuerzas Armadas como servidora de los intereses sectoriales concitados con el Estado. Dentro de este panorama la justicia militar actúa como factor político

48 Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho...*, op.cit., pág. 40.

49 O. GIL GARCIA, *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, op.cit., pág. 65.

de primer orden, puesto que tiene atribuido el conocimiento de los delitos de terrorismo, pasando por los de injurias al Ejército”.

Un elemento relevante que no podemos perder de vista al momento de analizar la influencia del franquismo en la regulación de la jurisdicción militar, consiste en que se trató de una dictadura que tuvo un considerable respaldo militar. En ese sentido, no resultaba extraño que, en dicho régimen, se concentraran nuevamente las competencias jurisdiccionales en manos de los integrantes de las Fuerzas Armadas. Y no solo hablamos del conocimiento de causas que efectivamente tenían vinculación con la labor o vida militar, sino también de procesos o delitos que eran, claramente, *civiles* o pasibles de conocimiento por la jurisdicción ordinaria.

Un ejemplo de ello lo constituye el acaparamiento y la especulación, en virtud de la Ley del 26 de octubre de 1939, que fue atribuida a la jurisdicción militar. Similar situación ocurría con los delitos contra el prestigio y seguridad del Estado, aunque debemos reconocer que, dada la materia, resultaba aceptable o, al menos justificable, que se otorgara dicho tipo de procesos a la jurisdicción militar.

Otro ejemplo de la extensión de las competencias de la jurisdicción militar, lo tenemos en los delitos de bandidaje y terrorismo, respecto de los cuales la jurisdicción militar —atendiendo a un análisis de la gravedad de los hechos imputados— tenía discrecionalidad para inhibirse a favor de la jurisdicción ordinaria.

Sin perjuicio de los ejemplos mencionados, consideramos como un exceso que se otorgara a la jurisdicción militar atribuciones para conocer asuntos derivados de accidentes ferroviarios; o también, de delitos de daños cometidos por el empleo o tenencia de explosivos y sustancias venenosas o corrosivas para la pesca en las aguas del mar.

La competencia objetiva o material no fue la única que fue beneficiada por el franquismo. La jurisdicción militar también amplió el espectro subjetivo de sus competencias. Dicho en otros términos, no solo procesaría y sancionaría a militares, sino también a civiles. Así, además del caso de la *militarización* del personal civil que prestaba servicios de seguridad y vigilancia —que pasaría a formar la Policía— el que se previera la posibilidad de militarizar a las empresas en tiempo de paz, abrió la posibilidad de que el personal de dichas empresas fuera sometido a la jurisdicción militar.

Como resulta evidente, las competencias jurisdiccionales tienen que concretarse a través de un proceso. Pero en esta situación, nos encontramos ante otro dato relevante: la sumarización de los procesos conocidos por la jurisdicción militar.

Como bien nos recuerda Doig Díaz⁵⁰, “[...] si alguna justificación tenía el procedimiento sumarísimo era, precisamente, el carácter flagrante que presentaban los hechos conocidos a través de él, lo que permitía un mayor conocimiento de los hechos delictivos y del presunto autor, que facilitaba la omisión o reducción de determinados

50 Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho...*, op.cit., pág. 48.

plazos, sin que la búsqueda de la verdad material se vea afectada.”

Sin embargo, la regla en la jurisdicción militar durante el franquismo era la siguiente: independientemente de que existiera flagrancia o no; independientemente de que existiera urgencia en que se resolviera con celeridad o no por el eventual daño a un bien constitucional protegido por el delito tipificado; el procedimiento sería sumario. Ello, por lo tanto, impedía que el juez militar pudiera tener un mayor y mejor acercamiento al caso y a los hechos que lo circunscribían, por lo que dicho juez podía terminar resolviendo o condenando a una persona injustamente, debido a la imposibilidad de contar con todas las herramientas de hecho para resolver correcta y proporcionalmente.

Otro elemento característico de la jurisdicción militar durante el régimen franquista, fue la atribución del principio de competencia de la jurisdicción militar: serían los Jueces militares los que decidirían si un asunto era materia de su competencia o, de lo contrario, competencia del juez ordinario. En tal contexto, se puede presumir con fundamento la existencia de competencia a favor de la jurisdicción militar en todo asunto referido al orden público.

Cabe mencionar que durante el régimen franquista, no solo se ampliaron considerablemente las competencias de la jurisdicción militar sino que, además, se *militarizó* en cierta medida la jurisdicción ordinaria, ya que se dispuso la incorporación

de militares en otras jurisdicciones las cuales pasaban a contar con una configuración mixta. Una muestra representativa la encontramos en el Tribunal de Delitos Monetarios.

Finalmente Canosa Usera⁵¹, de manera autorizada, dice que el franquismo no hizo más que “confirmar las peores tendencias en el abuso de las Fuerzas Armadas y su consiguiente desnaturalización, al convertirlas en brazo armado de una política de cuyo sostén los Ejércitos fueron instrumento principal.”

4.10. El Código de Justicia Militar de 1945

Sobre este código, Casado Burbano⁵² observa que, a diferencia de las normas orgánicas y procesales que sufrieron ciertas reformas al término de la Restauración y durante la II República, las normas militares no fueron alteradas hasta 1945.

Al restablecerse en 1939 el Consejo Supremo de Justicia Militar, se dispuso que este nombrase una Comisión que redactase un proyecto de nueva regulación sobre esta materia. Esta Comisión –integrada en su mayor parte por personal militar perteneciente a los cuerpos jurídicos y a cuya Sección de Leyes penales se incorporó el Catedrático de Derecho penal de Madrid, Cuello Calón–, concluyó su trabajo en 1943. El proyecto, tras su paso por las Cortes, fue aprobado y promulgado el 17 de julio de 1945, poco tiempo después de haberse aprobado el nuevo Código Penal Común.

51 R. CANOSA USERA, “Configuración constitucional de la jurisdicción militar”, op.cit., pág. 12.

52 P. CASADO BURBANO, “Visión histórica del Derecho Penal Militar Español”, en Comentarios al Código Penal Militar, op.cit., pág. 41.

Así, pues, en 1945 se promulgó el nuevo Código de Justicia Militar que regularía a los Ejércitos de tierra, mar y aire. Dicho Código se encuentra inspirado en el Código de 1890, por lo que tiene su base en el Consejo de Guerra Ordinario y el Consejo de Guerra de Oficiales Generales, habiéndose suprimido la Sala Sexta del Tribunal Supremo.

En dicha norma, si bien se logra circunscribir los alcances y competencias de la jurisdicción militar a los asuntos penales, se amplía considerablemente la noción de delito militar, lo cual no solo distorsionó sino que dio lugar a una considerable ampliación de las competencias de la jurisdicción militar.

No obstante, en ese nuevo Código se incluyen algunas novedades sumamente relevantes; por ejemplo, el establecimiento de los principios penales militares y la desaparición del delito de rebelión militar en periodos de paz, el cual pasó a ser competencia de la jurisdicción ordinaria. Asimismo, se excluyó de la competencia de la jurisdicción militar el procesamiento de civiles por delitos contra la institución militar.

Desde el punto de vista del sustento orgánico de la justicia militar, destaca claramente el Consejo Supremo de Justicia Militar, el cual se estatuye como el máximo órgano jurisdiccional militar sobre todos los Ejércitos, aunque dependiente del Ministerio del Ejército. Ello, como se ha manifestado con anterioridad, seguía constituyendo una incidencia negativa para el ejercicio autónomo e independiente del citado órgano jurisdiccional.

Dicho Consejo, presidido por el Capitán General o el Teniente General del Ejército de Tierra, conocería de los procesos seguidos por:

1. Delitos contra el Jefe de Estado;
2. Delito de traición cometido por algún jefe militar al frente de Fuerza Armada;
3. Delitos cometidos contra el Consejo del Reino, las Cortes, el Consejo de Ministros, la Junta Política o el Consejo Nacional de FET y de las JONS;
4. Hechos de armas; y,
5. Rendición de una plaza, fortaleza, aeródromo, puesto militar, naves del Estado o Fuerza Armada.⁵³

Ahora bien, cabe precisar que el Consejo Supremo de Justicia Militar no era el único órgano jurisdiccional ni tampoco la única autoridad judicial militar en el Código de 1945. Así lo entiende San Cristóbal Reales quien, sobre aquellas otras autoridades judiciales, que eran mandos militares no licenciados en Derecho, menciona lo siguiente:

“Son Autoridades judiciales, los Capitanes Generales de las Regiones Militares, los Generales Jefes del Ejército y los Generales Jefes de Tropa, con mando independiente, a quienes se les hubiera atribuido expresamente jurisdicción; los Capitanes y Comandantes Generales de Departamento, Comandantes Generales de escuadra y el Almirante Jefe de la Jurisdicción Central de Marina; y los Generales Jefes de Regiones y Zonas Aéreas” (art. 49).⁵⁴

53 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., págs. 73-74.

54 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., pág. 77.

Estas autoridades poseían, entre otras, las siguientes competencias:

1. Ordenar la formación de procedimientos judiciales contra militares de todas clases y demás personas sometidas a su jurisdicción, cuando no los hubiesen mandado instruir las Autoridades o Jefes facultados al efecto;
2. Nombrar a los Jueces instructores y Secretarios para las causas que ordenen instruir, confirmar o modificar los nombramientos hechos en las causas que otras Autoridades o Jefes hubiesen prevenido u ordenado y designar a *los Fiscales militares y Defensores en los casos que proceda*;
3. Resolver sobre las incompatibilidades, exenciones, excusas y recusaciones de los llamados a intervenir en los asuntos judiciales;
4. Aprobar las sentencias de los Consejos de Guerra en que no se imponga pena capital ni las de pérdida de empleo o separación del servicio a Oficiales, como principales o accesorias; y,
5. Aprobar las sentencias de los Consejos de Guerra, cualquiera que sea la pena impuesta, siempre que se trate de delitos de traición, espionaje, rebelión, sedición, negligencia en actos de servicio, abandono del mismo, cobardía, insulto al superior, desobediencia, secuestro, robo a mano Armada y piratería, o se haya dictado en procedimiento sumarísimo.⁵⁵

Aparte de estos órganos, nos encontramos con los Consejos de Guerra, que podían ser ordinarios o de oficiales generales. Ello nos permite apreciar que un criterio determinante para distribuir las competencias entre ambos era el sujeto infractor que iba a ser procesado. Así, por ejemplo, el Consejo de Guerra de Oficiales Generales conocía y resolvía los siguientes casos:

1. Contra los Oficiales y sus asimilados de cualquiera de los Ejércitos;
2. Contra los retirados de las clases anteriores que no hubiesen sido separados del servicio por virtud de procedimiento judicial o gubernativo;
3. Contra los militares de empleos inferiores con grado de Oficial o la Cruz de San Fernando;
4. Contra los funcionarios del orden judicial o Ministerio Fiscal, así de la jurisdicción ordinaria como de las especiales, y funcionarios administrativos que ejercieran autoridad; y,
5. Contra las demás personas respecto de las que así lo establezcan Leyes especiales⁵⁶.

En armonía con ello, Casado Burbano⁵⁷ nos ilustra manifestando que la aplicación práctica del Código de 1945 puso de manifiesto algunas deficiencias y falta de coordinación con la legislación común, lo que motivó en 1949, la reforma de un buen número de artículos, siendo de destacar los relativos a circunstancias eximentes y modificativas y a su apreciación.

55 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., págs. 77-78.

56 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., págs. 79-80.

57 P. CASADO BURBANO, "Visión histórica del Derecho Penal Militar Español", en *Comentarios al Código Penal Militar*, op.cit., págs. 42-43.

Otra modificación, de interés en su momento, fueron las relativas a los delitos de terrorismo y a la tipificación, como delito específico, de la negativa a la prestación del servicio militar. Iniciada ya la transición política, el Real Decreto 45/1978, de 21 de diciembre, abolió la pena de muerte, salvo para determinados supuestos en tiempos de guerra. Tras la promulgación de la Constitución de 1978, la Ley Orgánica 9/1980 de 6 de noviembre, reformó con carácter parcial y urgente numerosas disposiciones penales del Código de Justicia Militar, previendo sus Disposiciones Finales la elaboración de un nuevo Código o Códigos referentes a la Justicia Militar, en los que se reflejasen debidamente los principios jurídicos del nuevo orden constitucional nacional.

Sobre el punto, Valenciano Almoyna⁵⁸ sostiene que en los años anteriores a la transición política, los aspectos competenciales del Código Penal Militar de 1945 ofrecieron acumulativamente más y más problemas derivados, en su mayor parte, del exceso de competencias otorgadas a los tribunales castrenses en sus diversas Leyes especiales; en especial, por el artículo 6 de las Disposiciones Generales y también por una equivocada concepción de la función que corresponde a la jurisdicción militar.

Finalmente explica este autor:

“que el problema se planteó de manera inmediata cuando en los Pactos de la

Moncloa de octubre de 1977, en que los partidos políticos españoles llegaron a un acuerdo global sobre los puntos más importantes de la actuación política y legislativa en el inmediato futuro, se incluyó un apartado relativo a la Jurisdicción militar, postulando la reforma del Código sobre las bases de la reducción de la competencia, supresión de dualidades de tipos penales en relación con el Código ordinario, y otros relacionados con los cuerpos de seguridad del Estado y mejora de las garantías procesales”.⁵⁹

4.11. La transición de la jurisdicción militar

A finales del año 1975, después de la muerte de Francisco Franco, en España se inicia un proceso de cambio político hacia la democracia, el cual desemboca en diciembre de 1978 en la aprobación de la Constitución. Advierte C. Sastre García⁶⁰ que en la transición política española se observa el haber pasado de un régimen autoritario a uno democrático sin que se haya producido una ruptura con el primero, que diese paso al segundo. Este modo de implantar la democracia en España inauguró un modelo de tránsito, desde el autoritarismo hacia la democracia, hasta entonces inédito.

58 J. VALENCIANO ALMOYNA, “La reforma de la justicia militar en España durante la transición”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 36, 1986, Madrid, pág. 142.

59 J. VALENCIANO ALMOYNA, “La reforma de la justicia militar en España durante la transición”, op. cit., pág. 142. En el año de 1977 se nombró una Comisión de Reforma del Código, dentro del seno del Consejo Supremo de Justicia Militar, la cual en 1978 redactó un Proyecto de Reforma el Código Penal Militar. Este entró a trámite de discusión parlamentaria, la cual quedó paralizada pues las Cortes fueron disueltas. Sin embargo, este Proyecto, fue retomado en 1980 y, con algunas modificaciones, dio origen a la Ley Orgánica 9/1980 de 21 de noviembre.

60 C. SASTRE GARCÍA, “La transición política en España: una sociedad desmovilizada”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 80, 1997, pág. 65.

Explica este autor, que una posición —que parte de la influencia de determinados cambios asociados con el crecimiento económico y la modernización de la sociedad española durante el franquismo— considera que la democracia era inevitable en España. Pero esta interpretación, basada en la teoría económica de la democracia, no responde a la cuestión de por qué el cambio político en España no fue posible antes y por qué la transición pudo ser controlada por la coalición autoritaria.

Otra versión, para explicar el éxito de la transición, se ha basado en la naturaleza política del franquismo. El franquismo no fue ni el fascismo italiano ni el nazismo alemán. Tampoco Franco utilizó para la toma del poder un partido político de masas, sino que el Ejército fue el instrumento y la guerra civil su método. El Movimiento Nacional no funcionó como un partido movilizador que ideologizase a las masas y sustentara políticamente al régimen y la autoridad de Franco no emanaba de su carisma como líder ni de su ideología.

Esta transición, se inicia con los Pactos de Moncloa de 1977, ya que en ellos se acuerda la reforma de la jurisdicción militar. Ciertamente como afirma Doig Díaz⁶¹, el punto VII de dicho pacto estuvo dedicado a los Acuerdos sobre el Programa de Actuación Jurídica y Política y en él se establecieron temas de reforma, aunque parciales y urgentes.

Por su parte, en el debate constituyente —pese a estar de alguna forma presente la

siempre estrecha vinculación entre jurisdicción militar y represión política— no absoluto se planteó nunca la posible supresión de esta jurisdicción.

Para Gil García⁶², estos hechos fueron el resultado de la situación política. Este es el caso ocurrido cuando en 1979 el terrorismo incrementara sus atentados contra la cúpula militar. Ello generó en los responsables de la transición política la decisión de optar por mantener la jurisdicción militar e incluirla en el artículo 117.5 CE y no abrir un debate público ya que podría haber sido políticamente inconveniente.

Frente a esta realidad, explica Gil García⁶³ que, a medida que se va consolidando este nuevo Estado, poco a poco, la nueva manifestación de la jurisdicción militar va viendo reducido su ámbito. Esta reducción se ve concretada en la firma del Convenio Europeo de Derechos Humanos en 1979; la dación de la Ley Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona; la creación del Tribunal Constitucional quien se pronunciará sobre la delimitación del ámbito de lo “estrictamente castrense”, en diferentes ocasiones; y especialmente, con anterioridad al nuevo Código Penal Militar y la Ley Disciplinaria de Las Fuerzas Armadas (en vigor desde 1986).

Asimismo, se añaden más garantías como la Defensoría del Pueblo; la Ley de los Estados Excepcionales; y la de Habeas Corpus. Los propios Estatutos de Autonomía son los primeros en excluir expresamente de sus competencias, en el ámbito judicial,

61 Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho...*, op.cit., pág. 52.

62 O. GIL GARCÍA, *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, op. cit., págs. 25-26.

63 O. GIL GARCÍA, *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, op. cit., pág. 27.

a la jurisdicción castrense (Artículo 13 del Estatuto para el País Vasco; y el 18 del de Catalunya).

Igualmente, como se había producido la expansión de la jurisdicción militar —durante la dictadura franquista— condujo a que en la CE se propuso colocar límites a la jurisdicción militar, circunscribiendo sus alcances única y exclusivamente a los asuntos relacionados con los intereses y bienes militares, procurando de esta manera consagrar, también expresamente, el principio de unidad de la función jurisdiccional.

Así, atendiendo a la nueva regulación constitucional, se emitió la Ley Procesal Militar en 1989. Sin embargo, cabe resaltar que la primera reforma que se emite como consecuencia de la CE es la Ley Orgánica sobre Criterios Básicos de la Defensa Nacional del 1 de julio de 1980.

Compartimos con Doig Díaz⁶⁴ que las materias más relevantes de dicha Ley son:

- a. La reducción de las competencias de la Jurisdicción militar en el ámbito penal, en el sentido de que el bien jurídico afectado tenía necesariamente que ser castrense;
- b. La separación de la jurisdicción militar y el mando, dado que se dispuso la creación del juez togado militar de instrucción, quien se encargaría, aunque resulte evidente, del ejercicio de la jurisdicción militar. Sin embargo, más

allá de esta clara distribución y concentración de la función jurisdiccional en una autoridad —el juez togado—, se mantenía el problema o potencial afectación a los principios de independencia e imparcialidad, puesto que la elección de dichos Jueces era discrecional y las autoridades tenían aún la potestad de disponer u ordenar la apertura de un procedimiento;

- c. La excepcionalidad de los procedimientos sumarísimos durante la tramitación de los procesos penales conocidos por la Jurisdicción militar, ya que esta tramitación se circunscribió al tiempo de guerra, no así de paz; y,
- d. La competencia del Tribunal Supremo, habida cuenta que se contempló la posibilidad de interponer, contra las sentencias dictadas en primera instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar, el recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Posteriormente se produciría una restructuración de la jurisdicción militar, des-tacando entre las Leyes que se dictaron la Ley de la Competencia y Organización de la Jurisdicción militar, vigente desde el 1 de mayo de 1988, por la que se suprimieron los Consejos de Guerra reemplazándolos por tribunales militares permanentes y se precisó que la jurisdicción militar es integrante del Poder Judicial.

64 Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho...*, op.cit., págs. 55-56.

LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

*Yullissa Degollar López**

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende analizar la actuación judicial al momento de la graduación o fijación de la pena, luego de la valoración de los hechos y las pruebas, en los delitos de función del Código Penal Militar Policial; en tal sentido, uno de los objetivos específicos es formular recomendaciones para que el juez penal militar policial las tome en cuenta, además de hallar aquellos criterios de justificación o explicación que ofrecería el juzgador para el quantum de la pena y la búsqueda de sus fines. Como es sabido, la determinación de la pena quedó reservada al legislador, al establecerse el sistema de penas fijas en el Código de Justicia Militar de 1980, así como en los Códigos penales clásicos, ante lo cual el juez se encargaba, únicamente, de su imposición luego de algunas operaciones aritméticas, lo que denotaba, de cierto modo, un desmedido arbitrio que le permitía determinar la pena en cualquier medida, que no iba acorde con la seguridad jurídica.

El nuevo régimen penal militar policial, primero con el Código de Justicia Militar Policial¹ que estuvo vigente desde el año 2006 en la parte

* Abogada por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Participa actualmente de la Maestría en Derecho Penal que se dicta en la Unidad de Post Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Labora en la Relatoría de la Sala Suprema de Guerra del Fuero Militar Policial.

1 Decreto Legislativo N° 961 “Código de Justicia Militar Policial”, publicado el 11 de Enero de 2006, en El Diario Oficial el Peruano.

general y especial hasta el 31 de agosto de 2010, y posteriormente el Código Penal Militar Policial² vigente desde el 01 de setiembre de 2010 hasta la fecha, pretende una regulación extrema a este arbitrio, sometándolo a un principio de legalidad prácticamente absoluto.

Sin embargo, como se denotará en el transcurso del presente artículo, aún falta más por hacer, toda vez que los límites entre cada cuarto intermedio, deja aún márgenes de arbitrio para que el juzgador recorra desde el inferior al superior cuarto intermedio, evidenciándose que no existe unidad de criterios al momento de la individualización de la pena, pese al sistema legalista que tenemos, no obstante las nuevas tendencias político criminales, en un sistema de penas relativamente determinadas, configura necesariamente el equilibrio de funciones atribuidas a las instancias de la ley y del juez, teniendo como norte la pena justa.

2. LA IMPORTANCIA DE SANCIONAR LOS DELITOS DE FUNCIÓN EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL Y LA ADECUACIÓN DEL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

La Constitución, en sus artículos 165° y 166°, asigna a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional las trascendentales funciones de garantizar la defensa, independencia, soberanía, integridad territorial, seguridad y orden interno de la República. Para que estas funciones se cumplan en forma idónea, resulta indispensable que

se asegure la disciplina y el orden en estas instituciones, lo cual se logra cardinalmente con la sanción de los delitos de función; máxime, cuando el artículo 163° de nuestra Ley Fundamental dispone que la defensa y seguridad de la Nación es integral y permanente. Actualmente, el Fuero Militar Policial cuenta con un nuevo modelo que ha evolucionado y se adecúa a los parámetros constitucionales e internacionales.

Los cambios introducidos en el Código Penal Militar Policial obedecen a la naturaleza y fines de la Justicia Militar Policial en el marco de la Constitución Política (artículos 139°, 165°, 166° y 173°), esto es, velar por que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional cumplan con orden, disciplina y eficacia sus funciones de defensa y seguridad de la patria. Asimismo, responden al nuevo desarrollo que sobre delito de función han efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional.

En cuanto al tema que nos ocupa, se tiene como principios: la proporcionalidad de la pena, el principio de culpabilidad probada del autor; debiendo tener en cuenta que la función de la pena en el Código Penal Militar Policial es sancionadora y preventiva, las penas y las medidas de seguridad se adecúan a los principios de proporcionalidad y razonabilidad previstos en el Código acotado; con ello se advierte el carácter preventivo General y Especial, al existir en la pena intimidación, además de tener como fin la resocialización del que cumple condena.

2 Decreto Legislativo N° 1094 "Código Penal Militar Policial, publicado el 31 de agosto en el Diario Oficial El Peruano.

3. ALCANCES SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA Y CONCEPTO

La determinación de la pena no se da en una situación aislada de un contexto político-ideológico, sino que su nacimiento así como su materialización, se encuentran circunscritas a la naturaleza ideal de cada modelo de Estado, regidos por ciertos principios esenciales que van a servir de guía para el cumplimiento de sus fines y objetivos; los cuales se encuentran plasmados esencialmente en una carta política, en la categoría de principios o normas rectoras, encaminando la forma y el modo de intervención en el control punitivo de la criminalidad. En tal sentido la determinación de la pena, sea cual fuere el operador que la haga (juez del Fuero Común o juez del Fuero Militar Policial), es una decisión de carácter político criminal³.

Por ello, no puede dudarse de que el juez hace política criminal; de modo especial en la individualización de la pena, donde en principio dispone de más libertad. Pero debería huirse de la tentación de pensar que ésta ha de ser una política criminal directa, esto es, en la que se considerarán, de modo inmediato, los fines del derecho penal. Precisamente en un contexto así, para evitar el puro decisionismo o, sin más, la arbitrariedad, es preciso que esa política criminal se canalice por vías dogmáticas. Esto es que, en la medida de lo posible, se traduzca en reglas y no se quede en el plano de los principios.

En concordancia con ello, Eduardo Demetrio Crespo, en su Libro Prevención

General de Individualización de la Pena, Ediciones Universidad Salamanca, pág. 43, sostiene que el proceso de determinación de la pena constituye, más que una opción técnica, el precipitado de los diferentes principios sobre los que se estructura el derecho penal moderno. Así, para este autor, en un primer momento se da la manifestación abstracta o general por el legislador y después, en un segundo momento, la propia individualización judicial que conlleva a la praxis de fijar la pena en concreto.

En términos generales, la determinación de la pena se entiende como la manifestación de un Estado, que mediante medidas, plasmadas en las normas jurídicas y a través de un órgano jurisdiccional, va a delinear y concretar su ius puniendi³.

Es imprescindible no dejar de considerar, al momento de la valoración o cuantificación de la pena, algunas cuestiones trascendentales o principios normativos como la de legalidad, dignidad, lesividad, culpabilidad, humanidad, proporcionalidad, etc., que son categorías de alcance universal, consagradas, principalmente, en las normas universales de derechos humanos. Juegan un papel singularmente importante y, a la vez, son la base del entero ordenamiento jurídico, y tiene influencia en todas las ramas del Derecho. En este orden de ideas, José Thompson⁴ sostiene que la determinación de la pena tiene sus fundamentos en las normas superiores, siendo el principio capital la dignidad de la persona humana, que por el solo ser y por su condición de tales tienen ese valor intrínseco.

3 Consulta: 19 de febrero de 2009. Ver en: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf>

4 THOMPSON, José. Garantías constitucionales en la administración de la justicia, p. 72- Consulta: junio 2015. Ver en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iid>

El camino a recorrer como lo señala la legislación comparada, sobre el tema materia del artículo, hasta llegar a la imposición de una pena ya concretada transcurre, a través de tres momentos esenciales:

En primer lugar, el de determinación del marco legal abstracto o genérico, fase en la que el juez se limita a subsumir los hechos en el precepto que entiende aplicable;

En segundo lugar, el de concreción legal de la pena que corresponde imponer en función de las variables previstas legalmente en torno a la ejecución delictiva, la diferente participación, la concurrencia de circunstancias modificativas, etc.; y,

En tercer lugar, la tercera fase de ya “casi” estricta individualización judicial de la pena absolutamente concreta o definitiva, exacta, que ha de imponerse por ser la más adecuada.

4. PROCESO DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Tradicionalmente, la doctrina y la legislación han identificado en este procedimiento dos etapas secuenciales, para ubicar el origen del proceso de determinación judicial de la pena, tal como se conoce en la actualidad, frente al antiguo régimen que lo confiaba prácticamente por entero a los jueces, dotándoles para ello de unos poderes tan amplios que no era infrecuente que pudieran acabar en un ejercicio de pura arbitrariedad. Hacia nuestros días se ha consolidado el sistema legalista en la determinación judicial de la pena y el camino a recorrer hasta llegar a la imposición de una pena ya concretada transcurre, como lo sostienen Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga 2011, p. 326, se da a través de las siguientes etapas:

1. Identificación de la pena conminada: es decir, determinar los límites de la pena a aplicarse, en función de los límites mínimos y máximos.

En esta etapa se deben definir los límites de la pena o penas aplicables. Se trata de la identificación de la pena básica, en cuya virtud corresponde establecer un espacio punitivo que tiene un mínimo o límite inicial y un máximo o límite final. En aquellos delitos donde sólo se ha considerado en la pena conminada uno de tales límites (artículos 64°, 105°, 107°, 114°, 132° y 139° del Código Penal Militar Policial), se debe de integrar el límite faltante en base a los que corresponden genéricamente para cada pena y que aparece regulado en el artículo 18° del Código en mención.

2. Individualización de la pena concreta: que el juez hará teniendo en cuenta las circunstancias legalmente relevantes que concurren en el caso. Con esto se materializa el ius puniendi del Estado; es decir, en esta etapa se debe identificar la pena concreta dentro del espacio y límite prefijados por la pena básica en la etapa precedente. Se realiza en función a la presencia de circunstancias legalmente relevantes y que están presentes en el caso.

5. LA TEORÍA DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA COMO SISTEMA

No es posible dudar que el desigual desarrollo de la teoría del delito y la teoría de la determinación de la pena se deben, en parte, a que para un importante sector de la doctrina la individualización judicial de la pena no se relaciona con la teoría del delito, sino, por el contrario, con las teorías de

las pena. “La individualización de la pena se conformaría como una materia – puente, la concreción del contenido delictivo del hecho con la entrada en juego de consideraciones político criminales sobre el hecho⁵.

El neo proporcionalismo en materia de determinación de la pena, como teoría, pretende desarrollar criterios de proporción con el hecho en el marco de una teoría de la prevención general intimidatoria, desligando la justificación social de la pena de los criterios que sirven para distribuir las penas en concreto, siendo su principal defecto, ser individualista, descuidando el orden social, carece de sustento de una teoría sobre la función social de la pena.⁶

La individualización de la pena concreta consiste en llegar a la pena judicial. Si el primer momento de la determinación de la pena lo fija el legislador con ese mínimo y ese máximo, y el juez lo reconoce a través de la pena básica; el segundo paso que corresponde es la pena concreta, que es un ejercicio estrictamente judicial, que no puede ser el resultado de una actividad empírica rutinaria, sino de un proceso técnico, que justamente permita justificar los resultados obtenidos; vale decir, la pena concreta, la pena judicial, la pena que va aparecer en la sentencia condenatoria; para llegar a la pena concreta el principal instrumento que tenemos son las circunstancias señaladas, como su nombre lo va indicando, una circunstancia es algo que está circundando al delito. Comparto las posturas de quienes así lo afirman, no es parte del delito, está periféricamente ahí, no lo integra, por ende, no está

ligado a la tipicidad, no está ligado a la antijuricidad, no está ligado a la culpabilidad, pero de hecho tiene una valoración concatenada con un mayor desvalor de la conducta, o con un mayor reproche del autor.

6. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

En atención a los principios de proporcionalidad de la pena y la necesidad de la prevención especial, el Código Penal Militar Policial establece algunos criterios que se debe tener en cuenta al realizar esta labor, en principio que toda sentencia deberá, esto es, como obligación y no prerrogativa, contener fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, identificando la pena básica conminada, luego dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos intermedios y uno máximo. El juez sólo podrá actuar dentro del cuarto mínimo cuando existan únicamente circunstancias atenuantes (Art. 32 CPMP); dentro de los cuartos intermedios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente existan circunstancias agravantes (Art. 33 CPMP).

Conforme a lo detallado, teniendo en cuenta las atenuantes y agravantes frente a la acción delictiva del autor, el juzgador debe modular la respuesta penal en base a la diferente gravedad del hecho y la culpabilidad del autor en supuestos concretos. Esta

5 INDRET Revista para el análisis del Derecho. Abril 2007 “La Teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) un primer esbozo”, p.3 Barcelona.

6 INDRET Revista para el análisis del Derecho. Enero 2007 “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho”, p. 7 - Barcelona.

fase de determinación en el marco penal militar policial aplicable a un delito ya concreto, ha de especificar cuál es el marco en que puede moverse el juez, el mismo que no queda definido en el momento previo de la determinación legal de la pena, antes de entrar en la fase de individualización judicial propiamente dicha.

El Fuero Común en materia de determinación judicial de la pena, pretende también subsanar el margen arbitrario que tiene el Juzgador, lo que ha logrado con la dación de la Ley N° 30076⁷, ya que antes de su entrada en vigor, carecían de un “*procedimiento*” aparente para ello, toda vez que no se contaba con normas que regulasen los pasos a seguir para la determinación de la pena concreta, que si bien establecían importantes criterios, no tenían reglas sobre el momento y modo de aplicación de las agravantes calificadas o de las atenuantes privilegiadas.

En tanto no se tiene una dogmática de origen propio sino que nuestros teóricos penales se forman académicamente y se encuentran sustancialmente influenciados por la doctrina comparada, principalmente la alemana y la española; por ello es que el panorama en nuestro medio sobre bibliografía de la materia es desalentador, lo cual ha dejado una sensación de déficit, más aún si el tema abordado es la determinación judicial de la pena en materia de justicia militar policial.

Resumiendo, entonces, podemos precisar que la determinación judicial de la pena comprende todo el procedimiento que

permite evaluar, decir y justificar, de manera que no puede considerarse una cuestión propia de la discrecionalidad judicial. La individualización de la pena está sometida al principio constitucional de la proporcionalidad, el cual se encuentra concretado en un conjunto de criterios específicos establecidos en el Código Penal Militar Policial en los Arts. 30 al 39.

7. APLICACIÓN DE LOS CUARTOS INTERMEDIOS EN LA REALIDAD JURÍDICA DEL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

El Código Penal Militar Policial aporta algunos principios y un menor número de reglas técnicas. Con relación a los primeros, cabe señalar algunos artículos del Título Preliminar, como aquellos que asignan una función preventiva a la sanción punitiva; asimismo, los que imponen la obligación jurisdiccional de adecuar las decisiones de penalidad a las exigencias de los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad.

En cuanto a las reglas que definen criterios de fundamentación y determinación de la pena se encuentran previstas en los artículos 30 y 31 del Código acotado. Además los artículos 32 y 33 establecen las circunstancias atenuantes y agravantes, que deben meritarse a efectos de establecer los cuartos intermedios.

Asimismo, toda decisión judicial requiere contar con un soporte lógico y suficiente que satisfaga las existencias racionales del deber de fundamentación de

7 Ley N° 30076, publicada el 19 de agosto de 2013.

las resoluciones judiciales, que consagra y garantiza el inciso 5 del artículo 139° de la Constitución de 1993.

En la praxis, con la aplicación de los cuartos intermedios, se aprecia que al Juez militar policial, siempre le queda un margen de arbitrio cuantitativo de la pena, o incluso cuando el precepto penal contemple penas, que permiten un mejor ajuste entre la gravedad objetiva del hecho y la gravedad de la pena, que tiene que aplicar de modo proporcionado, atendiendo el conjunto de circunstancias del delito cometido.

Asimismo, cabe precisar lo señalado en el último párrafo del artículo 5° del Código Penal Militar Policial, que a la letra dice: “... *Si durante la ejecución de la sanción entrase en vigor una ley más favorable al sentenciado, se reemplazará por la que proporcionalmente corresponda, conforme con la nueva ley en atención a los criterios de determinación de la pena que se haya establecido en la sentencia. En ningún caso la proporcionalidad de las penas debe ser entendida en sentido aritmético, debiendo guardar siempre la proporcionalidad sistémica de las sanciones penales*”.

Este precepto es el tantas veces invocado y conocido como la adecuación de la pena, pretendiendo que ante la existencia de una ley más favorable, se aplique ésta, prohibiendo la interpretación aritmética de la pena, esto es, que no se puede adoptar parcialmente términos o parámetros favorables de una y otra ley, sino, debe respetarse la proporcionalidad sistémica, es decir en un todo de la sanción nueva a imponer. Lo que evita vulnerar el principio de proporcionalidad genérico en el ejercicio de la actividad judicial con independencia de que pueda producirse también una infracción del principio de legalidad cuando no se

respeten los marcos, los criterios que condicionaría dicha imposición en un espacio y tiempo.

Esta adecuación nos va a permitir movernos dentro del espacio que representa la pena básica como mínimo y como máximo; el poder avanzar hacia el máximo, conectarnos con el mínimo; el poder transitar hacia un extremo intermedio entre ambos es un proceso de evaluación de circunstancias; por ende, el segundo paso es importante, porque significa meterse en el caso y desmenuzar analíticamente las circunstancias que lo rodea, cosa que generalmente en la experiencia no se hace, invocando incluso sólo los artículos 32° y 33° del Código Penal Militar Policial, sin argumento fundamental; no se interioriza que lo que hace el legislador con los citados artículos es invitarnos al trabajo intelectual, lo cual puede hacerse por la carga procesal manejable en la Justicia Militar Policial.

CONCLUSIONES

1. Que, pese a que en la Justicia Militar Policial desde el año 2010, se está determinando la pena en aplicación a los cuartos intermedios, no existe un criterio único y verdadero acerca de cuál es la pena específica que corresponde para cada delito de función. La determinación de la pena apropiada depende de múltiples factores que se relacionan con la finalidad que tiene cada sanción penal dentro del ámbito castrense.
2. Si bien la determinación judicial de la pena es una actividad discrecional del juez militar policial, no por ello se debe considerar que su decisión puede ser arbitraria e irracional; el acto de

determinación de la pena es un acto jurisdiccional que aplica el derecho vigente (derecho penal común y penal militar policial), por tanto, debe ser rigurosamente fundamentado sobre criterios racionales, lo que permitirá a las partes conocer los motivos que sustentan la decisión de un juez, garantizando un proceso penal legal.

3. Que, a efectos de no dejar un marco tan amplio para la determinación judicial de la pena, aplicando los cuartos intermedios, el Fuero Militar Policial, mediante los plenos respectivos, debe

establecer criterios para el transcurrir del mínimo cuarto hasta el máximo, teniendo como base la cuantificación de las circunstancias agravantes y atenuantes de la pena.

4. Que, la cuantificación de la pena, más que por obra de la ley, mucho depende de la aleatoria capacidad técnica y ética del juzgador de obtener como resultado una pena más determinable, identificable, pronosticable y mucho más justa, finalidad trascendental en la determinación judicial de la pena.

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

EN EL EL CASO: “MONSTRUO DE ARMENDÁRIZ”

Emilio Arce de la Torre Bueno*

José Alejandro Agustín Rojas Flores**

1. INTRODUCCIÓN

Cuando empezamos a revisar información sobre el caso “Monstruo de Armendáriz”, encontramos en un libro escrito por el médico legista Víctor MAURTUA, titulado “La Pena de Muerte y los delitos de Violación y de Coito contra natura seguidos de muerte de la víctima”, una frase que explica en esencia y resume el drama vivido por Jorge Villanueva Torres (a) “Monstruo de Armendáriz” desde su niñez hasta que fue injustamente ejecutado en la Penitenciaría de Lima por supuestamente violar y asesinar a un niño: *La sociedad lo engendró y la sociedad lo destruyó*¹.

Con esta sencilla pero sesuda frase escrita por quien se encargó de certificar el buen estado de salud de Jorge Villanueva Torres antes de ser fusilado en el frío amanecer limeño del 12 de diciembre de 1957, así como su deceso causado por dos proyectiles que perforaron su corazón,

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos – UNMSM. Fiscal Supremo Adjunto Fuero Militar Policial. Abogado discente del Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas en la UNMSM.

** Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa – UNAS. Fiscal Adjunto Provincial Penal Titular de Lima. Abogado discente del Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas en la UNMSM.

1 Víctor MAURTUA, *La pena de muerte y los delitos de violación y de coito contra natura seguidos de muerte de la víctima*, Servicios Gráficos René Palomino P., Lima, 2004, página 14.

se explica magistralmente el fenómeno punitivo conocido como “Derecho penal del enemigo”; por esta razón, tomaremos su orden expositivo para tratar de explicar el engendramiento social del “enemigo”, así como su “destrucción” en manos del Estado a través de su poder punitivo aplicado en su máxima expresión: la pena de muerte; no sin antes plantear el problema que intentamos responder respecto a este sonado caso de los años 50.

2. EL PROBLEMA

El 12 de diciembre de 1957, aproximadamente a las 05:30 horas de la mañana, en la Penitenciaría de Lima (donde hoy se ubica el Hotel Sheraton), se fusiló a Jorge Villanueva Torres como consecuencia de la sentencia emitida por el Tercer Juzgado de Instrucción de Lima, y confirmada por los magistrados del Tribunal Correccional de Lima y la Corte Suprema de la República, por violar y luego asesinar al niño Julio Hidalgo Zavaleta (03 años de edad), quien fue encontrado el día 08 de setiembre de 1954, aproximadamente a las 11:00 horas, a unos metros de la covacha donde vivía en la Quebrada Armendáriz, cerca de la zona límite entre los distritos de Barranco y Miraflores.

Desde el momento en que se encontró el cuerpo sin vida del niño Julio Hidalgo Zavaleta en la Quebrada Armendáriz, Jorge Villanueva Torres fue bautizado por la prensa y la sociedad limeña como el “Monstruo de Armendáriz”. Su ejecución se debió a una serie de circunstancias y prejuicios sociales de la época, pues durante el proceso, el único testigo que supuestamente lo vio llevarse al niño después de comprarle una melcocha, se contradijo más de una vez durante sus declaraciones y posteriores ratificaciones; siendo que en su caso, la duda y

la falta de certeza judicial respecto de la comisión de los supuestos delitos imputados no lo favoreció en lo más mínimo, a pesar que su joven y elocuente abogado, alegó a viva voz: ¡in dubio pro reo!, durante sus alegatos de defensa.

Una serie de circunstancias y prejuicios sociales de la época determinaron el destino de Jorge Villanueva Torres (a) “Monstruo de Armendáriz” y su tratamiento como enemigo de la sociedad limeña pues, en todo momento, ésta clamó porque se le aplique la pena de muerte, la cual, se ejecutó después de un proceso que duró tres años y de recurrir, mediante el Derecho de Gracia, al Congreso de la República con la finalidad de que se le indulte; sin embargo, a la clase política de entonces, no le importó su caso y dejó que las expectativas que la sociedad tenía sobre su “aniquilación”, se materialicen.

Hoy en día, la aplicación del llamado Derecho penal del enemigo en el caso “Monstruo de Armendáriz” es más que evidente, sin embargo, su explicación a la luz de las circunstancias de la época no lo son. Por este motivo, mediante el presente ensayo, vamos a tratar de responder la siguiente pregunta: ¿Cómo se explica el Derecho penal del enemigo aplicado en el caso “Monstruo de Armendáriz”?

3. LA SOCIEDAD ENGENDRA AL ENEMIGO

3.1. Delimitación del tema

Antes de empezar a explicar el engendramiento social del “enemigo”, debemos hacer una breve pero necesaria aclaración: desde un punto de vista formal, con el *no-men iuris* “Derecho penal del enemigo” se hace referencia al conjunto de leyes penales

que tratan al autor de un delito como “enemigo” por su marcada *enemistad* frente a los bienes jurídicos y las normas constitutivas de la sociedad; sin embargo, aunque dicha definición es relativamente reciente (1985)², desde un punto de vista material, el concepto de “enemigo” siempre estuvo presente en el desarrollo de la sociedad y sirvió para referirse al “extraño”, al “otro”, al “hostil”, al “diferente”, que era completamente ajeno a la comunidad³.

Por este motivo, nuestra exposición en esta parte del ensayo, tiene por objetivo explicar el engendramiento del “enemigo”, siguiendo el devenir de las transformaciones económicas, políticas, sociales y culturales de la sociedad occidental.

3.2. La sociedad mercantil

3.2.1. El enemigo en las primeras aglomeraciones mercantiles

Con el nacimiento de las primeras aglomeraciones mercantiles que se ubicaban fuera de las fortalezas feudales y de las ciudades eclesiásticas, en manos de los artesanos y comerciantes que dejaban dichos recintos con la finalidad de desarrollar sus

oficios y su comercio en libertad, surge la necesidad de organizarse para brindarse seguridad, pues al estar fuera de las fortalezas feudales y eclesiásticas “resultaban ser, al igual que sus mercancías, presas demasiado codiciadas por los saqueadores”⁴, quienes los asechaban constantemente para hacerse de sus bienes y demás efectos.

La organización de las primeras urbes, tuvieron por objeto –dentro de otras cosas– instituir un sistema recaudador con la finalidad de reunir los fondos suficientes para construir sólidas murallas que pusieran a salvo a sus habitantes, así como sus bienes, de los saqueadores, bandidos, y demás extraños que asechaban; motivo por el cual, las primeras organizaciones municipales se vieron en la necesidad de cobrar un impuesto a los mercaderes y artesanos que habitaban en sus urbes, con la finalidad de brindarles seguridad.

Desde este momento, la seguridad pasó a ser un bien público de las organizaciones municipales que, necesariamente requerían para su sustento, una contribución por la gran utilidad que representaba para los habitantes de las villas nuevas, pues les brindaba la posibilidad de seguir trabajando y

2 En el mes de mayo del año 1985, el iusfilósofo alemán Günther JAKOBS presentó una polémica y sugerente ponencia en un Congreso de penalistas alemanes celebrado en la Universidad de Frankfurt am Main, titulada “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”. Con esta ponencia, JAKOBS introdujo el concepto de “Derecho penal del enemigo” al debate científico en el ámbito jurídico-penal y desde entonces ha quedado incorporada al acervo dialéctico y a la discusión internacional en la dogmática jurídico-penal (vid. Günther JAKOBS, *Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico*, En: Bases para una teoría funcional del derecho penal, Palestra Editores, Lima, 2000, páginas 209-248). Posteriormente, en el año 2003, después de casi 20 años, dicho autor vuelve a dedicarse al tema del “Derecho penal del enemigo”, sin duda motivado por los atentados contra el Pentágono y las Torres Gemelas de Nueva York ocurridos el 11 de setiembre del 2001 y como reacción a una serie de críticas surgidas en la literatura jurídico-penal (vid. Günther JAKOBS, *Derecho penal del enemigo y Derecho penal del ciudadano*, En: El derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática penal y política criminal, Grijley, Lima, 2006, páginas 23-46).

3 Vid. Eugenio Raúl ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006, páginas 22 y siguientes.

4 Ob. cit., página 46.

desarrollar sus distintas actividades fuera de los recintos feudales y eclesiásticos; lo cual nos lleva a pensar, que desde un primer momento en esta época del desarrollo social, la libertad con que se vivía en las urbes, tuvo necesariamente un costo que se debía afrontar por la felicidad y disfrute que la misma otorgaba a quienes la gozaban.

Como se puede advertir, desde la creación de las primeras urbes, la seguridad ha sido un condición *sine qua non* de la libertad, pero no de la libertad entendida en un sentido político, el cual es un contenido que posteriormente adquiere con la ilustración, sino la libertad entendida en un sentido económico: la libertad de trabajar⁵ o, si se quiere, la libertad de hacer.

Por lo tanto, en esta etapa del desarrollo social (durante los siglos XI y XII), los “enemigos” de los habitantes de las nuevas urbes no eran enemigos en un sentido político sino, más bien, enemigos en un sentido económico que atentaban contra la iniciativa de los hombres que buscaban el aire de las urbes para tener la libertad de dominar su propio destino por medio de su trabajo, razón por la cual, se levantaron murallas para evitar la presencia de aquellos “hostiles”, “extraños”, “enemigos”; los cuales, desde el inicio de la urbe, quedaban fuera de las mismas sin ninguna posibilidad de pertenecer a dichas sociedades.

3.2.2. La seguridad como necesidad social frente al enemigo

Sin embargo, conforme el movimiento comercial de las mercancías requería mayor circulación y, por ende, nuevas rutas (siglo XIII), la necesidad de seguridad fue creciendo debido a los riesgos que representaba salir de las murallas de las urbes, motivo por el cual, frente a los nuevos peligros y enemigos que esto significaba (guerras entre los príncipes, naufragios, piratas, bandidos y salteadores de caminos), “la seguridad solo podía existir únicamente cuando había fuerza y no podía haber fuerza sin agrupación”⁶, lo cual, hizo que los comerciantes se agrupasen en compañías con la finalidad de transportar y comercializar sus mercancías con cierta seguridad.

Desde entonces, la seguridad dejó de ser la necesidad de los habitantes de urbes, y pasó a ser la necesidad de una nueva clase social que se gestaba, motivo por el cual, los comerciantes y las compañías comenzaron a demandar una mayor organización por parte de los principados con la finalidad de que se las brinden; desarrollándose de esta forma los primeros Estados Nacionales, en donde el poder político de los príncipes entró en interacción con el poder económico de los comerciantes⁷, con la finalidad de satisfacer cada quien las necesidades propias de sus distintos status sociales, y el concepto de “enemigo” empezó a adquirir otra naturaleza

5 Al respecto, Henri PIRENNE, *Historia económica y social de la edad media*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1975, páginas 58, señala que: “...lo que caracteriza ante todo a las villas nuevas es el trabajo libre...”, razón por la cual, tomamos como nota características de las nuevas urbes la libertad para trabajar y como fundamento de la seguridad de aquel entonces.

6 Ob. cit., páginas 73 y 75.

7 Al respecto, Eric ROLL, *Historia de las doctrinas económicas, sexta reimpresión*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, página 66, señala que: “...la relación entre la organización económica y las instituciones políticas y entre las ideas económicas y las políticas debe considerarse como una relación de interacción. [...] Los mercantilistas pedían un estado lo bastante fuerte para proteger los intereses comerciales y para destruir las numerosas barreras medievales que impedirían la expansión del comercio...”

distinta de la económica, en manos de quienes detentaban el poder político de entonces.

En este proceso de interacción entre la organización económica y las instituciones políticas, “marcado por el proteccionismo total y la reglamentación por parte del Estado”⁸, el principio del Estado en la regulación de las conductas de los súbditos⁹, se manifestó al punto tal que, en palabras de Thomas HOBBS, “[...] rebeldes, traidores y todos los convictos de lesa majestad han de ser castigados no con el derecho civil (estatal), sino con el derecho natural, no como malos ciudadanos sino como enemigos de la *civitas* (Estado), y no con el derecho del poder o de la autoridad, sino con el derecho de guerra”¹⁰.

Como se advierte, el “enemigo” en términos políticos, dejó de ser el extraño que acechaba fuera de las murallas de la urbe y pasó a ser el insubordinado de la autoridad estatal, por lo cual, debía ser neutralizado para salvaguardar la seguridad de la sociedad; con esta metáfora intentamos explicar que en la sociedad mercantil no solo bastaba con proteger y poner a buen recaudo los “objetos valiosos” de los enemigos, dejándolos fuera de la comunidad (sentido económico) sino que, además, se debía descartar *per se* toda posibilidad de que éstos sean vulnerados o lesionados por los mismos con la amenaza de la neutralización (sentido político), con la finalidad de garantizar

las expectativas económicas y sociales de los que contribuían con mantener la seguridad de la sociedad mercantil (proteccionismo económico).

Este contubernio entre el poder económico de los comerciantes y las compañías y el poder político de los príncipes, no solo significó que los enemigos de los primeros pasen a ser los enemigos de los segundos sino que, además, los enemigos después de quedar a extramuros de la sociedad, puedan ser neutralizados por el Estado Nación, pues su sola exclusión ya significaba, en sí misma, un claro indicio de insubordinación y traición, lo cual, solo se podía solucionar con su muerte o, si se desea, con la aplicación del Derecho de Guerra en palabras de Thomas HOBBS.

3.2.3. La determinación estatal del enemigo

El hecho que el daño causado a la sociedad pase a ser un daño causado al soberano, no solo significó la posibilidad de que los Estados Nación puedan eliminar a sus enemigos con el Derecho de Guerra sino que, además, siguiendo a Michel FOUCAULT, institucionalicen su poder punitivo por medio del secuestro del saber de lo que son, con la finalidad de legitimar su represión o eliminación¹¹; surgiendo, de esta forma, las “instituciones de secuestro” que generan un epistemología del enemigo (saber) al amparo de su micro-poder¹².

8 Ob. cit., página 87.

9 Vid. Santos BOAVENTURA DE SOUZA, Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho, editorial ILSA, Colección: En Clave de Sur, Bogotá, 2009, páginas 33 y siguientes.

10 Thomas HOBBS citado por Carlos PÉREZ DEL VALLE, Estudios de filosofía política y del derecho penal, Universidad Externado de Colombia, impreso en Perú, 2004, página 52.

11 Vid. Eugenio Raúl ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, AFA Editores importadores S.A., Buenos Aires, 1989, páginas 67 y 68.

12 Ibídem.

En esta epistemología, la certeza del “enemigo”, es establecida por un tercero por medio de instituciones que están sobre el enemigo y la sociedad (el soberano a través de los distintos brazos del Leviatán), éste lo puede definir y establecer a su gusto porque tiene el poder de represión para hacerlo, razón por la cual, en palabras de ZAFFARONI, “la *enemistad* no es solo una cuestión de poder represivo, sino un condicionamiento cultural del modo de saber inquisitorial, que es propio de la civilización que nació [...] a partir de la revolución mercantil”¹³.

El conocimiento del enemigo tuvo como principal función identificar a todos aquellos individuos que resultaban peligrosos conforme se iba desarrollando la estructura social de la época, así no solo quedaron fuera de las murallas de las urbes todos aquellos individuos que representaban un peligro para la su seguridad sino que, también quedaron fuera de ellas, todos aquellos que siendo emancipados a la fuerza del campo, y expropiados de sus tierras, se vieron en la necesidad de entrar a sus murallas ciudad para procurarse los medios necesarios para poder vivir pero no pudieron, en palabras de Carlos MARX, “adaptarse con la misma celeridad a la disciplina de su nuevo estado”.¹⁴

3.2.4. La vagancia como característica distintiva del enemigo

En las postrimerías del régimen feudal del suelo, una gran masa de nuevos emancipados fueron convirtiéndose en mendigos, salteadores y vagabundos, obligados por las

circunstancias sociales; motivo por el cual, a fines del siglo XV y durante todo el siglo XVI, se dictó en toda Europa Occidental una legislación sangrienta persiguiendo el vagabundaje.

De esta manera, los individuos del campo que no pudieron adaptarse a la vida en la urbe y a la “libertad de trabajar”, empezaron a verse castigados por algo de que ellos mismos eran víctimas, por verse reducidos a vagabundos y mendigos por el Estado, con la finalidad de “integrarlos” —por los medios que sean— o “eliminarlos” por su resistencia a trabajar; así, en Inglaterra esta legislación comenzó bajo el reinado de Enrique VII (1530), en donde el vagabundo capaz de trabajar era azotado y el vagabundo reincidente era ahorcado como “criminal peligroso y enemigo de la sociedad”¹⁵.

Como se puede advertir, el Estado de la sociedad mercantil, no sólo garantizó la seguridad frente a los “extraños” y “ajenos” de la comunidad sino que, además, con su capacidad de neutralizarlos (derecho de guerra), ayudó en la transformación de la nueva estructura social, con el saber que tenía e imponía de lo que son los “enemigos”, a la luz de las nuevas relaciones e intereses económicos de la nueva clase dominante; empezándolos a definir ya no solo como “extraños”, sino como “vagos” o “incapaces para el trabajo por propia voluntad”, hasta marcarlos de por vida como “aquellos que nadie quiera tomar a su servicio”; excluyéndolos para siempre por ser inútiles para la vida económica de la nueva sociedad por medio de su neutralización.

13 ZAFFARONI, ob. cit. (nota 3), página 42.

14 Carlos MARX, El Capital, Capítulo XXIV, La llamada acumulación originaria, copias del curso.

15 Ob. cit. (copias del curso).

3.2.5. La neutralización del enemigo

Esta neutralización del “enemigo”, definido por el saber inquisitivo del soberano, no buscaba ningún tipo de reparación de los daños o lesiones ocasionadas sino, más bien, buscaba disciplinar con el terror la insubordinación o traición a su majestad¹⁶; razón por la cual, la neutralización del enemigo no contenía ningún juicio de valor pues solo se cumplía con eliminarlo del mundo exterior por su obrar perturbador como consecuencia de una motivación impulsiva en su interior¹⁷; siendo que la averiguación inquisitiva de su enemistad, solo tenía por objetivo confirmar lo averiguado (su enemistad) por medio de la confesión, sin tener en cuenta su culpabilidad.

3.3. La sociedad industrial

3.3.1. La necesidad burguesa de definir al enemigo

Con el surgimiento de una nueva clase social poderosa y en desarrollo, como era la de los industriales y comerciantes, en competencia con la establecida –nobleza y clero–, determinó que la primera procurase debilitar por todos los medios el poder de la vieja clase hegemónica y, como capítulo fundamental de esa empresa, tratase de reducir el poder punitivo del Estado, de modo que fuese funcional para al crecimiento y expansión de la nueva clase social pues, hasta entonces, ésta no tenía el control social de la sociedad que iba gestando¹⁸.

Los burgueses, durante el desarrollo de la sociedad mercantil, no contaban con la capacidad de definir a los “enemigos” de la nueva sociedad, su posibilidad llegó con la formación del Estado Moderno y la transformación de su libertad económica en una libertad política y moral corporizada en la voluntad general con poder legislar sobre la masa urbana. Así, durante el desarrollo de la sociedad industrial (finales del siglo XVIII), marcada por la revoluciones americana (1776) y francesa (1781), se introdujeron grandes novedades legislativas como las constituciones y las declaraciones de derechos y libertades ciudadanas, definiéndose al costado del “enemigo”, al “ciudadano”, quien debía recibir un trato preferente por el Nuevo Estado.

Este trato diferenciado por parte del Estado entre los “enemigos” y “ciudadanos”, se basó en la idea del “contrato” y en un tipo de saber antropológico y moral del “enemigo”; así, este empezó a ser definido como “salvaje” e “inmoral” por quienes se encontraban a intramuros de la comunidad, con la finalidad de crear una situación de igualdad que los vincule como hombres civilizados y, por lo tanto, como seres morales; frente aquellas grandes mayorías que luego de ser expulsadas del campo, se mantuvieron en su “estado de naturaleza”, convirtieron en masas potencialmente peligrosas, para terminar siendo excluidas de la ciudadanía real e incluso formal.

El nuevo estado civil, en contraposición al estado de naturaleza, en palabras

16 Vid. Eugenio Raúl ZAFFARONI/Alejandro ALIAGA/Alejandro SLOKAR. Manual de Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires, 2011, páginas 167 y 168.

17 Vid. Franz VON LISZT, La idea del fin en el derecho penal. Reimpresión de la primera edición publicada en alemán (1897), Editorial Temis S.A., Colección de Monografías Jurídicas, Bogotá, 1998, páginas 25 y siguientes.

18 Vid. ZAFFARONI, ob. cit. (nota 3), página 43.

de Jean-Jacques ROUSSEAU, “produce en el hombre un cambio muy notable, al sustituir en su conducta la justicia al instinto y al dar a sus acciones la moralidad que antes le faltaba (...) [ganando de esta forma] (...) la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee”¹⁹; de modo que, desde entonces, el “enemigo” dejó de ser definido de forma vertical como un peligro para la comunidad por ser un insubordinado al soberano (principio de Estado) y pasó a ser considerado de forma horizontal por la nueva sociedad como un individuo sin ninguna propiedad sobre su ser y, por lo tanto, salvaje y desigual (principio de Comunidad).

3.3.2. La definición racional del enemigo: desde sus características físicas

Desde entonces, la ley entendida como expresión de una voluntad general, nace como la manifestación de una racionalidad moral-práctica que hace libres a los hombres y dueños de sí mismos²⁰, así como de una racionalidad cognitivo-instrumental que tiene por objetivo dominar y controlar la naturaleza salvaje de los excluidos, “a través del ejercicio de la razón y de la observación”²¹; naciendo de esta forma una nueva epistemología del enemigo en manos de la ciencia y la moral.

Desde la observación y constatación de una serie de características objetivamente comprobables, se empezó a definir

al “enemigo” durante el siglo XIX de la sociedad moderna. Así, en 1876 en Italia, LOMBROSO publicó *El hombre delincuente* (L'uomo delinquente) que comenzaba con un minucioso y completo examen de 66 cráneos de delincuentes italianos seguido por otro examen referido a la antropometría y la fisonomía de 832 delincuentes italianos, determinándose de esta forma distintas variables²².

En la cuarta edición de este libro, señala Carlos PARMA, el antropólogo italiano LOMBROSO recoge los tipos básicos de delincuente nato, loco moral, epiléptico, de ímpetu o de pasión, loco y delincuente de ocasión; siendo el más conocido de su planteamiento, el “delincuente nato” que respondía a una fuerte carga biológica que lo hacía definir como “un ser atávico”, es decir, un ser cuyo carácter y naturaleza era de los seres pre-humanos, por lo que el delincuente nato fue sin duda un sujeto “diferente” al ciudadano normal y reconocido a partir de ciertos rasgos característicos que poseían²³.

3.3.3. El tratamiento moderno del enemigo

Como se advierte, el control social de las masas empobrecidas durante la sociedad industrial, se basó en crear un orden social con la ciencia, esto es, “un orden social en el cual los mandatos de la ley son emanaciones de hallazgos científicos sobre

19 Jean-Jacques ROUSSEAU, *El contrato social*, Boreal, Madrid, 1999, página 30.

20 Al respecto, ROUSSEAU, ob. cit., página 31, señala que: “...la libertad moral es la única que hace verdaderamente dueños a los hombres de sí mismos...”.

21 Santos BONAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Crítica de la razón indolente*, Volumen I, Editorial Desclee de Brouwer S.A., Bilbao, España, 2003, página 139.

22 Vid. Alfonso SERRANO MAÍLLO, *Introducción a la criminología*, editorial ARA, Lima, 2004, página 112.

23 Vid. Carlos PARMA, Roxin o Jakobs ¿Quién es el enemigo en el Derecho Penal? El espejo del Derecho penal, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2011, páginas 9 y 10.

el comportamiento social”²⁴, ya no con la finalidad de eliminarlos sino de tratarlos y disciplinarlos para la sociedad fabril. Bajo estas ideas surgieron los primeros códigos de finales del siglo XIX, que siguiendo el movimiento enciclopedista de la época²⁵, resumieron y ordenaron todas las conductas prohibidas y sus castigos, a partir de la utilidad social de la pena como medio de instrucción y educación (domesticación de los salvajes), en una única ley penal.

Los códigos penales del siglo XIX fueron liberales. Arrastraban las ideas de la modernidad y del enorme esfuerzo intelectual por contener el poder punitivo del antiguo régimen. Constituyeron la legislación penal del viejo liberalismo, o sea, de la burguesía europea que procuraba asentarse en el poder. Estas Leyes trataron de reforzar la idea del delito como hecho, y no como la aptitud de enemistad de los sujetos hacia los bienes protegidos que los definía como “enemigos”.

Sin embargo, durante la segunda mitad del siglo XIX, la burguesía europea, ya asentada en el poder, necesitaba facilitar la explotación de las clases subalternas y por ello reclamaba la remoción de los límites colocados por los viejos liberales de la ilustración, de modo que dio comienzo a un movimiento regresivo contra los *enemigos* (no ya del soberano sino de la sociedad) e *indisciplinados*, que se remonta a la persecución de los vagabundos en el siglo XVI²⁶.

Así, por ejemplo, según comenta Carlos MARX, el 29 de junio de 1871 en Inglaterra, el parlamento sancionó una ley mediante la cual, los recursos de los que podían valer-se los obreros en caso de huelga o *lockout*, como cerrar la fábricas, se sustrajeron del derecho común y se sometieron a una legislación penal de excepción para castigar a quienes los ejercían como disidentes del orden industrial²⁷.

Esta es la nota distintiva del “enemigo” de la sociedad de finales del siglo XIX e inicios del siglo XX: por un lado, el paradigma de la modernidad le brinda la promesa de ser tratado con la finalidad de sacarlo de su estado de salvajismo y domesticarlo; y, por el otro, el Estado Burgués le declara la guerra para neutralizarlo con la finalidad de “minimizar las influencias incontroladas del mercado”²⁸ con el objetivo de reducir los costos de producción y asegurar los intereses económicos de la clase industrial.

4. LA SOCIEDAD DESTRUYE AL ENEMIGO

4.1. El enemigo en Latino América

Como producto de esta contradicción entre la idea liberal del tratamiento penal del “enemigo” como enfermo social para curarlo y domesticarlo y la idea autoritaria de castigarlo para disciplinarlo o eliminarlo por ser incómodo al sistema, surge el heterogéneo marco normativo penal de finales del siglo

24 BOAVENTURA DE SOUSA, ob. cit. (nota 9), página 37.

25 Vid. ZAFFARONI/ALIAGA/SLOKAR, ob. cit. (nota 16), página 170.

26 Vid. Ob. cit., página 172.

27 MARX, ob. cit. (nota 4), copias del curso.

28 John Kenneth GALBRAITH, El nuevo estado industrial, SARPE, Colección los grandes pensadores, N° 18, traducción del libro publicado en 1967, España, 1984, página 77.

XIX e inicios del siglo XX²⁹; sumado a ello, los antagonismos sociales se vieron reforzados por los estados de excepción permanentes que surgieron en la Europa entreguerras (1918-1939), por irrupción de nuevos autoritarismos que asumieron variantes discursivas del enemigo de carácter biológico, en donde la peligrosidad es cónyuge ilegítima del racismo³⁰; en efecto, los peligrosos o enemigos fueron parásitos para los soviéticos, subhumanos para los nazistas y enemigos del estado para los fascistas³¹, todos sometidos a un sistema penal paralelo: neutralizador para los enemigos del régimen, y de tratamiento penal para los amigos del mismo.

Este fue el paradigma que imperó en América Latina desde la segunda mitad del siglo XIX, el neocolonialismo no solo trajo a nuestras latitudes pobreza y miseria sino que, también, trajo esta forma heterogénea de ejercer el poder punitivo, mediante el cual las Repúblicas Oligárquicas locales, realizaban una altísima selección y discriminación entre sus “amigos” y los “enemigos” de su régimen³²; siendo que sancionaron constituciones y códigos penales liberales primero y peligrosistas después, conforme a la represión de los intereses populares se hacía más latente, con la finalidad que proteger los empréstitos que deformaban la economía de América Latina y que enriquecían a los bancos británicos³³.

Esta situación no cambió con el comienzo del siglo XX, la creciente industrialización de América Latina no se identificó con su progreso y con la liberación nacional, no se llegó a generar una clase burguesa local que liderasen el progreso y la liberación económica de la región³⁴, lo cual, no solo hubiese repercutido en la estructuras sociales sino, también, en la forma como los Estados locales hubiesen ejercido el control social con la finalidad de lograr las transformaciones necesarias, sin embargo, ello no se dio; debido a que el gran galope con el que entró el capital imperialista encontró a la industria local sin defensas y sin conciencia de su papel histórico³⁵.

El imperialismo en América Latina tuvo como consecuencia el empobrecimiento de las zonas marginales, el proceso del dominio económico centralista, se reprodujo dentro de los países; así las ciudades empezaron a crecer, excitando las expectativas de quienes querían participar de esta promesa económica que los sacaría de la pobreza; sin embargo, la oferta de mano de obra fue subiendo y la demanda fue bajando, con lo cual los salarios fueron bajando aunque la productividad iba aumentando; arrojando de esta forma a quienes tenían esperanzas de trabajo, a las poblaciones marginales que se acentuaban alrededor de la ciudad y de las urbes industriales³⁶.

29 Vid. ZAFFARONI/ALIAGA/ SLOKAR, ob. cit. (nota 16), página 170.

30 Vid. ZAFFARONI, ob. cit. (nota 3), página 52.

31 Al respecto, Francisco MUÑOZ CONDE, Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, páginas 43-92; en dicha obra el autor hace una magnífica exposición del concepto de enemistad utilizado en el Derecho penal en el contexto político tras la segunda guerra mundial.

32 Vid. ZAFFARONI, ob. cit. (nota 3), página 47.

33 Vid. Eduardo GALEANO, Las venas abiertas de América Latina, Siglo Veintiuno Editores, 2004, páginas 255 y siguientes.

34 Vid. Ob. cit., página 270.

35 Vid. Ob. cit., página 271.

36 Vid. Ob. cit., página 321.

Como se puede advertir, en estas latitudes se reprodujo el fenómeno que marcó el inicio de las primeras sociedades mercantiles, los indeseados por la economía de enclave, empezaron a quedarse excluidos de la sociedad y a vivir a extramuros de la ciudad, despojados de toda libertad para trabajar. De esta forma, como señala Eduardo GALIANO, los “marginados” del imperialismo empezaron a crecer más rápidamente que los “integrados”³⁷; con lo cual, se mantenía la estructura de dominio internacional claramente marcado entre los que están “incluidos” y los que se encuentran “excluidos” del mismo.

Estas diferencias y antagonismos sociales de la región, provocaron una serie de protestas sociales, así como movilizaciones de las clases despojadas, las cuales se empezaron a enfrentar con las dictaduras militares promovidas y auspiciadas por los Estados Unidos con la finalidad de proteger sus intereses. Estas, aparte de ofrecer “mano de obra local, barata y abundante, crédito ilimitado, exoneraciones de impuestos y recursos naturales al alcance de la mano”³⁸, también, sirvieron para aplastar las fuerzas sociales de cambio, militarizando de esta forma a la sociedad y convirtiendo de inmediato a la población en el “enemigo” interior de la seguridad nacional.

De este modo, con la aplicación de la doctrina de la seguridad nacional, las dictaduras militares en Latino América, mantuvieron estados de excepción permanentes,

en donde los aparatos de represión estatal se convirtieron en hegemónicos, “a partir de un ajuste de tuercas desde los centros del sistema imperialista”³⁹; con lo cual, la aplicación de la pena de muerte con la que se combatía a los “enemigos” de la seguridad nacional, no era más que la manifestación silenciosa y muda del carácter económico de dicho medio de neutralización. Magistralmente, el escritor Bertolt BRECHT, a este respecto escribió: “En los países democráticos no se revela el carácter de violencia que tiene la economía; en los países autoritarios, ocurre lo mismo con el carácter económico de la violencia”⁴⁰.

Como se puede advertir el “enemigo” en Latino América, fue definido económicamente por el imperialismo yanqui, mediante las doctrinas de seguridad nacional que los dictadores militares implementaban con la finalidad de desaparecer a los incómodos a la economía de enclave, en tal sentido, se mantuvieron estados de excepción permanentes bajo la alucinación de una guerra interior, en donde se consideraba a los disidentes como insubordinados al soberano; debiendo ser neutralizado mediante el Derecho de Guerra en palabras de Thomas HOBBS.

El discurso del autoritarismo norteamericano, mediante la doctrina de la seguridad nacional, se instaló en Latino América con la finalidad de controlar a los excluidos de los empleos⁴¹. Esta forma bélica de definir al “enemigo” de la economía,

37 Vid. Ob. cit., página 322 y 323.

38 Vid. Ob. cit., página 356.

39 Vid. Ob. cit., página 350.

40 Vid. Ob. cit., página 349 y 350.

41 Vid. ZAFFARONI, ob. cit. (nota 3), páginas 71 y 72.

resolvía el problema de “cómo ha de proceder con aquellos que no pueden cooperar con la economía, bien porque son incapaces para ellos, bien porque la economía no los necesita.”⁴²

4.2. Marco normativo de la neutralización del enemigo en el Perú

Este es el marco económico, social y represivo que primó en la década de los años 50 en el Perú, por un lado, una sociedad convulsionada por los antagonismos de la economía de enclave que generaba marcadas diferencias sociales entre los incluidos y los excluidos y, por el otro, un marco punitivo heterogéneo determinado, en primer lugar, por el Código Penal de 1924, inspirado en las doctrinas resocializadoras de corte liberal que tenían por finalidad tratar al delincuente y devolverlo a la sociedad y, en segundo lugar, por la Constitución de 1933 que consideraba la pena de muerte como medio de represión y control social, como consecuencia de las doctrinas de la defensa social.

4.2.1. El Código Penal de 1924: la promesa del trato humano y digno

El 11 de enero de 1924, mediante la Ley N° 4868, el Presidente de la República Augusto B. Leguía promulgó el Código

Penal de 1924. Dicho Código, al decir de Jorge BASADRE AYULO, fue “considerado el más avanzado de su género (...) [debido a que] (...) se afilió a la Escuela de la Política Criminal en una postura más avanzada”⁴³. Al respecto, cabe señalar que la Escuela de la Política Criminal tuvo gran influencia como tendencia técnica a principios del siglo XX en Europa, especialmente en los países de Italia y Alemania; ella consideraba a la norma penal como una norma técnica que expresaba los principios fundados en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, según los cuales el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito por medio de la pena y de las instituciones relacionadas con ella⁴⁴.

El punto de partida en esta escuela encabezada por el penalista alemán Franz VON LISZT, era una concepción determinista del hombre, una visión del delito como reflejo de la peligrosidad del mismo (social e individualmente determinada) y una fe positiva en la posibilidad de corregir los factores individuales (por la psiquiatría o la instrucción) y las estructuras sociales (por la política social) que conduce al delito⁴⁵.

Por estos motivos, se dice que el Código Penal de 1924, encarnaba la promesa de tratar e instruir a los delincuentes con ayuda de la ciencia, con la finalidad de curar su peligrosidad, a partir de un tratamiento

42 Günther JAKOBS, Sobre la génesis de la obligación jurídica, En: Revista de Filosofía DOXA N° 23 España, 2000, página 347.

43 Jorge BASADRE AYULO, Historia del Derecho, Tomo II, Segunda edición, Editorial San Marcos, Lima, 1997, páginas 299 y 300.

44 Mauricio MARTÍNEZ, El estado actual de la criminología y de la política criminal, En: La Criminología del Siglo XXI en América Latina, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, página 276.

45 Jesús- María SILVA SÁNCHEZ, Estudio de Derecho penal, Instituto de Ciencias Penales, Grijley, Lima, 2000, página 200.

penal que permitía “individualizar la pena, aplicar penas alternativas a la de privación de libertad, la liberación condicional luego de la imposición de la condena, la imposición de una condena fluctuante dejaba pendiente la situación del acusado después de su juzgamiento para proceder después de acuerdo a las circunstancias, la readaptación de los excarcelados y las reforma de los establecimientos penitenciarios carcelarios”⁴⁶; planteándose de esta forma en el Perú del siglo XX, un sistema penal y carcelario adecuado y humano.

4.2.2. Las leyes de la vagancia: el incumplimiento de la promesa

Sin embargo, a pesar de esta promesa de la modernidad de un tratamiento adecuado y humano de los delincuentes, mediante la Ley N° 4868, también se incluyeron en dicho Código, las disposiciones de la Ley de la Vagancia aprobadas por el Congreso, con lo cual, se insertó en dicha normatividad penal el concepto de vago para ayudar a definir a los delincuentes que requerían de tratamiento por su falta de disposición hacia el trabajo; manteniéndose con ello el saber inquisitivo del siglo XV, por confirmar con ello, que la primera condición de peligrosidad del sujeto es la ociosidad o la falta de un empleo.

En tal sentido, mediante la Ley N° 4891, se definió como vago a todo individuo que, careciendo de bienes y rentas, no ejerce profesión, arte ni oficio; ni tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita, ni otro medio legítimo ni conocido de subsistencia,

o, fingiendo tenerlos, carece de casa habitación (*vid.* Artículo 1°); estableciéndose además como presunción de vagancia, la carencia de un domicilio fijo y propio, así no concurriesen las circunstancias anteriormente descritas (*vid.* Artículo 2°).

Durante la Junta del Gobierno Militar instaurada por Manuel A. Odría, el 08 de diciembre de 1949, se promulgó el Decreto Ley N° 11004, con la finalidad de señalar el procedimiento y las sanciones que se aplicarán a los que se hallen incurso en la Ley de Vagancia N° 4891; en tal sentido, dicho dictador consideró que las condiciones de reclusión carcelaria de los vagos mantenían su habitual propensión a la ociosidad, motivo por el cual, para despertar en los vagos inclinación hacia el trabajo con la finalidad de proteger a la sociedad del peligro que estos significan (seguridad nacional), es que su reclusión de debía hacer eficaz en casas de trabajo o colonias agrícolas, donde se dedicarían a trabajar y ganarse su sustento diario.

4.2.3. La Constitución de 1933: la única promesa es la pena de muerte

La desorientación y violencia que caracterizaron el período el período posterior a Leguía⁴⁷. Los pronunciamientos militares, las huelgas y las manifestaciones populares fueron reprimidos cruentamente. Se produjeron, asimismo, sucesivos cambios de gobierno, hasta que Sánchez Cerro se consolidó en él. Como muestra de la tónica con que este militar ascendió al poder, señalaremos que en su manifiesto en Arequipa

46 BASADRE AYULO, ob. cit. (nota 43), página 300.

47 Vid. José HURTADO POZO, Pena de muerte y política criminal en el Perú, En: Anuario de Derecho Penal, 2007, página 117.

indicó, refiriéndose a Leguía, que: “[...] frente al Ejército –la nobilísima institución del país– ha organizado preconcebidamente una política mimada y jactancioso –salvo contadas excepciones– instrumento de terror al ciudadano, a quien coacta sus derechos; trasmitiéndola de su función privada, pretende convertirla en fuerza institucional y de la integridad territorial, dando razón para creer que los países que se hipotecan en alguna forma no son dignos de tener ejércitos sino guardias pretorianas”⁴⁸.

Con el objeto de reprimir a sus adversarios políticos (APRA, Partido Comunista), amplió el fuero privativo militar, estableció cortes marciales y dictó leyes de excepción. En diciembre de 1931, se inició la discusión sobre la elaboración de una Constitución. El resultado fue la Carta Magna de 1933, aprobada por un Congreso “nacido bajo la sombra del caudillaje de Sánchez Cerro y sumiso a este cuanto atañe a su mayoría, pero contando en su seno con una brava minoría”⁴⁹. Este Congreso había aprobado en solo un mes de instalado el régimen constitucional, y cuando el país vivía un ambiente de violencia y atentados por los marcados antagonismos sociales, una Ley de Emergencia (N° 7497 del 9 de enero de 1932).

Luego, en el mes de marzo, adoptó la Ley N° 7491, autorizando, primero, al Poder Ejecutivo a tomar las medidas extraordinarias en resguardo del mantenimiento del orden social y de las instituciones

democráticas; y, segundo, ratificando el Decreto Ley N° 7060 (derogado por el Decreto Ley N° 7191) y ampliando su vigencia a todo el país. Este Decreto Ley estableció, en 1931, las Cortes Marciales y fijó la pena de muerte para todos los insubordinados al régimen, como son los autores de los delitos de rebelión, sedición o motín. Esta actividad legislativa ha sido muy bien calificada, como señala José HURTADO POZO, por BASADRE, cuando dice: “fue la negación de las garantías sobre la inviolabilidad de la vida humana, sobre la preexistencia de las penas y sobre los jueces capacitados para decretarlas”⁵⁰.

En las discusiones sobre la pena de muerte volvieron a enfrentarse los partidarios y los adversarios de esta sanción. “Esta posición liberal fue valientemente defendida por la minoría parlamentaria de socialistas, descentralistas e independientes”⁵¹. Los alcances de la actitud de los parlamentarios se aprecian sobre todo cuando se tiene en cuenta que los debates sobre este tema se desarrollaron después del atentado contra Sánchez Cerro, de la sublevación del Callao y de Trujillo, de la sangrienta represión que estos hechos produjeron y otros que serían largos de enumerar.

“Castro Pozo y Arca Parró se pronunciaron contra la pena de muerte, Víctor Andrés Belaunde la combatió moderadamente; pero la admitió en caso de ciertos delitos comunes. Leónidas Gonzales Hendrman la admitió en caso de ciertos delitos de

48 Ob. cit., página 118.

49 José PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho constitucional peruano*, Ediciones Librería Studium, Lima, 1966, página 174.

50 HURTADO POZO, ob. cit. (nota 47) página 118.

51 PAREJA PAZ-SOLDAN, ob. cit. (nota 49), página 175.

traición a la patria y los delitos militares previstos en el Código respectivo”⁵². Contra la disposición propuesta para admitir la imposición de la pena capital contra los delitos que señalare la ley, los socialistas presentaron una, que la prohibía simplemente. Los resultados de la votación llegaron a ser favorables a las tesis abolicionistas⁵³; sin embargo, reabierto la discusión y en nueva votación se aprobó el artículo 54° que estatuyó: **“la pena de muerte se impondrá por delitos de traición a la patria y homicidio calificado, y por todos aquellos que señale la Ley”**

5. EL “MONSTRUO DE ARMENDÁRIZ” COMO ENEMIGO DE LA SOCIEDAD LIMEÑA

5.1. De las primeras urbes a la sociedad limeña de los años 50

Como hemos podido apreciar, desde el inicio de las primeras aglomeraciones mercantiles, la exclusión de aquellos considerados como peligrosos para la sociedad siempre ha tenido una connotación económica debido a que atentaban contra la seguridad que hacía posible la producción de mercancías y el comercio de las mismas por parte de quienes gozaban de libertad para trabajar; por este motivo, las nuevas urbes se vieron en la necesidad de amurallar sus recintos con la finalidad de dejar afuera a todos aquellos que miraban en los bienes de sus habitantes, objetos codiciados para ser saqueados o robados.

Desde entonces, los excluidos de la sociedad económicamente organizada, han vivido a las afueras de las murallas de las

ciudades por no darles seguridad a sus habitantes para que desarrollen sus actividades económicas, por este motivo, la demanda de seguridad siempre ha sido la manifestación de una clase social, y ha sido la forma de estigmatizar a todos aquellos que de forma real o imaginaria, han atentado contra sus intereses económicos, ya sea porque son incapaces para ello, o bien porque no se los necesita.

Así, por ejemplo, todos aquellos que fueron desterrados del campo y desvinculados de sus formas tradicionales de producción, y fueron empujados a migrar a las ciudades, fueron primero estigmatizados por su incapacidad de acostumbrarse a las nuevas condiciones de vida, etiquetándolos como “vagos”, con la finalidad de desaparecerlos o eliminarlos por ver en dicha condición, una potencial enemistad frente al nuevo orden social, siendo esta la característica principal del enemigo potencial para la sociedad capitalista.

Esta forma de excluir a las personas, marcó siempre la diferencia entre los ricos y los pobres, entre los que sirven y no sirven al sistema capitalista, toda vez que al ser excluido desde un inicio de la vida en la ciudad, se es pobre y por ser pobre se es considerado como vago y como potencial enemigo de la sociedad; adquiriendo con ello la condición de marginado, por vivir siempre al margen de la ciudad y de lo que esta brinda a sus habitantes, por ser incapaces o inútiles al sistema económico imperante.

Estas fueron las circunstancias en las que nació y vivió Jorge Villanueva Torres

52 Ob. cit., página 176.

53 Vid. Ob. cit., páginas 177 y 178.

(a) “Monstruo de Armendáriz”, en tal sentido, podemos decir que esta persona nació a extramuros de la ciudad de Lima, siempre fue un marginal, desde niño vivió en la calle y robaba comida para poder subsistir⁵⁴. Se dice que su padre fue un destacado jugador de fútbol que “dio lauros al Perú” según el imaginario popular, sin embargo, en realidad, quienes conocieron su historia de cerca –como el médico legista Víctor MAURTUA– señalan que fue hijo de nadie⁵⁵. Sin hogar y educación, solo tuvo como opción desarrollarse en la calle, donde aprendió a subsistir, siendo que con el transcurso del tiempo se convirtió en delincuente.

5.2. El crecimiento del capitalismo urbano y la desgracia familiar

Seguro por la economía de enclave que existía por aquellas épocas, en donde el desarrollo de las ciudades se contrastaba con el subdesarrollo de las áreas rurales, debido al nuevo marco Constitucional implantado por Manuel A. Odría (1933) que permitía la penetración imperialista en la ya debilitada economía Peruana y la consecuente irrupción del capital extranjero en el área manufacturera que excitaba la industrialización de las ciudades como Lima, los padres de Jorge Villanueva Torres (a) “Monstruo de Armendáriz” migraron a la capital, como parte de aquella gran masa de hombres que los campos vomitaban hacia la ciudad con grandes expectativas de trabajar.

Debido a la gran cantidad de fuerza de trabajo disponible en la ciudad de Lima, y según Eduardo GALEANO, la más barata a nivel mundial⁵⁶, los padres de Jorge Villanueva Torres (a) “Monstruo de Armendáriz” vieron sus expectativas de trabajo y sus esperanzas de alcanzar un nivel de vida defraudadas en el “gran circo mágico de la civilización urbana”⁵⁷, motivo por el cual, su familia se desintegró como consecuencia de la desesperación y la locura hacia donde empuja la marginación; circunstancias en las cuales entran en contradicción el amor paterno y materno con el instinto de conservación⁵⁸, desapareciendo de esta forma su hogar como un baluarte seguro y, con ello, la fuerza de las órdenes de sus padres como fuertes guardianes de su bienestar; quedando solo desde niño y a merced de las fuerzas circundantes del mundo y la sociedad.

La falta de convivencia familiar y la mala alimentación que socaban los instintos paternos y maternos⁵⁹, de seguro hicieron que Jorge Villanueva Torres (a) “Monstruo de Armendáriz” no tenga amor dentro de su hogar, adquiriendo con ello rasgos antisociales en su comportamiento, viéndose en la necesidad –como se dijo– de robar comida para poder subsistir, convirtiéndose conforme fue creciendo, en un delincuente que se asentó a vivir en los acantilados de la llamada Quebrada de Armendáriz, zona limítrofe entre los distritos de Barranco y

54 Vid. MAURTUA, ob. cit. (nota 1), página 13.

55 Ibídem.

56 Vid. GALEANO, ob. cit. (nota 33), página 320.

57 Ob. cit., página 321.

58 Vid. Hans VON HELING, *El Delito. EL delincuente bajo la influencia de las Fuerzas del Mundo Circundante* (Traducción en español de José Cerezo Mir de la edición alemana de 1962), Volumen II, Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1972, página 326.

59 Ob. cit., página 328.

Miraflores; confirmando con ello su destino de vivir a las afueras de las murallas de ciudad, paradójicamente muy cerca a los dos distritos más aburguesados y con mayor presencia extranjera en la Lima de los años 50⁶⁰.

Seguro por el “notable crecimiento del capitalismo urbano que se produjo entre los años 1950-1967”⁶¹, y a las notables condiciones de vida de quienes vivían en los distritos de Barranco y Miraflores, y de quienes iban a gozar los apacibles y calurosos días de verano a los balnearios de la zona, es que Jorge Villanueva Torres (a) “Monstruo de Armendáriz” se asentó a vivir en una “covacha” en los acantilados de la llamada Quebrada de Armendáriz, a poca distancia de la pista que une a dicho balnearios y que era muy transitada por vehículos motorizados; quizás por ser estratégicamente más productiva para sus actividades delictivas, pues siendo dichos balnearios “muy concurridos en época de verano, el tranvía eléctrico que los unía con Cercado de Lima, por lo general, lo hacía con los pasajeros apretujados, y los estribos colmados de ellos”⁶², lo que facilitaba su actividad de sustracción de carteras y arrebatos de otros objetos.

5.3. El hallazgo del cadáver y el origen del “Monstruo de Armendáriz”

De esta forma, Jorge Villanueva Torres (a) “Monstruo de Armendáriz” se hizo muy conocido por la policía de Barranco, debido a que era frecuentemente detenido por la

comisión de robos, arrebatos y otros delitos de esa magnitud, pues era un raterillo de poca monta y sin domicilio conocido, lo cual, conforme a la presunción de vagancia establecida en el artículo 2° del Decreto Ley N° 4891, lo convertía, además, en un “vago”.

Sin embargo, a partir del 08 de setiembre de 1954, día en que los estudiantes Marcelo Rojas Pérez y Alonso Navarro Vilca encontraron el cuerpo sin vida del niño Julio Hidalgo Zavaleta, aproximadamente de 03 años de edad, reportado perdido por su madre un día antes en la Comisaría de Barranco, muy cerca a la covacha donde vivía Jorge Villanueva Torres, mientras recorrían la Quebrada Armendáriz; empezó a ser conocido como el “Monstruo de Armendáriz”, pues los policías, curiosos y periodistas que colmaban el lugar del hallazgo, ante el grito desesperado que dio el albañil Abraham Hidalgo mientras se abría paso entre la gente al reconocer a su hijo perdido; divulgaron por las calles de Lima el horror del hallazgo y el dolor del padre al ver a su hijo supuestamente violado y asesinado.

El macabro hallazgo, y las conjeturas que inmediatamente se dieron por el personal policial, los periodistas y los curiosos, desataron la furia de las clases aburguesadas y extranjeros que residían en los distritos de Barranco y Miraflores, quienes rápidamente vieron en la características físicas de Jorge Villanueva Torres(a) “Monstruo de Armendáriz”, la degeneración moral de los migrantes que llegaban de las zonas rurales; confirmandose, de esta manera, el

60 Vid. Rafo LEON, *La Lima de Mario Vargas Llosa. Rutas literarias*, Ministerio de Comercio Exterior y Turismo del Perú, PromPerú, Lima, 2010, páginas 12 y 43.

61 Julio COTLER, *Clases, estado y nación en el Perú*, Institutos de Estudios Peruanos – IEP, Colección: Perú Problema, N° 17, Lima, 1992, página 280.

62 LEON, ob. cit. (nota 60), páginas 51.

sentimiento de desprecio y temor que las clases aburguesadas y urbanas empezaron a sentir desde la década de los años 30⁶³, en la medida que la “indiada” bajaba de las serranías y rodeaban tumultuosamente la ciudad de Lima, inundando con sus hábitos campesinos y salvajes la ciudad de los “blancos y criollos”, descendientes de colonos europeos.

La estigmatización social de Jorge Villanueva Torres como el “Monstruo de Armendáriz”, no solo se debió al hecho de haber nacido y crecido pobre, excluido de toda posibilidad de bienestar, sino que, además, por el hecho de ser afroperuano o, si se quiere, por ser “negro”, representaba un peligro contra la propiedad y “las buenas costumbres de la gente decente” y “blanca” que residía en Lima de los años 50; comprobándose con ello el diagnóstico que Julio COTLER realizó de la enfermedad social de la época, cuando señala que: “A los intereses clasistas se sumaban los sentimientos étnicos de los que consideraban tener “limpieza de sangre”.”⁶⁴

5.4. El “negro” en el imaginario del social de los años 50

Como bien anota Julio COTLER, a los intereses de clase de la época, se sumaban los sentimiento étnicos de los que se

consideraban tener sangre limpia, lo cual, fue uno de los tantos efectos del imperialismo yanqui pues, a la par que se importaban al Perú mercancías “made in USA” y el capital gringo invadía la industria peruana⁶⁵, las leyes de segregación estadounidense que se dieron entre los años 1896 y 1954⁶⁶, venían de contrabando en las embarcaciones y mochilas de los gringos que se afincaban en Lima para cuidar los intereses de las grandes compañías americanas a las que pertenecían, razón por la cual, como bien afirma Suzanne OBOLER, en la década de los años 70, los jóvenes creían que con la derrota del capitalismo, el problema del racismo y de las discriminación étnica desaparecerían; “abriéndose paso el socialismo, con el que llegaría la paz social, étnica y racial”⁶⁷.

Sin embargo, como bien sabemos, eso nunca llegó, razón por la cual, el racismo de la época perdura hasta nuestros tiempos. En tal sentido, cabe señalar conforme a la frase de Julio COTLER y el pensamiento de Suzanne OBOLER, que la discriminación racial es uno de los componentes más de la discriminación clasista de la época; motivo por el cual, las clases aburguesadas y urbanas, a partir de las diferencias biológicas y visuales, trataban de justificar las desigualdades socioeconómicas con la finalidad de mantener a los indios y a los negros a las afueras de las ciudades y del alcance del derecho.

63 Vid. Fernando BERTOLI y Felipe PORTOCARRERO, La modernización y la migración interna en el Perú, Instituto de Estudios Peruano – IEP, serie: Urbanización, Migraciones y Cambios, N° 2, Lima, 1968, página 73 y siguientes.

64 COTLER, ob. cit. (nota 61), página 289.

65 Vid. Francois BOURRICAUD, La clase dirigente peruana: oligarcas e industriales. En: La Oligarquía en el Perú, Instituto de Estudios Peruanos – IEP, Lima, 1969, página 153 y siguientes.

66 Vid. Suzanne OBOLER, El mundo es racista y ajeno. Orgullo y prejuicio en la sociedad limeña contemporánea, Instituto de Estudios Peruanos, Documento de Trabajo N° 74, serie Antropología N° 10, Lima, 1996, páginas 34 y siguientes.

67 Ob. cit., página 7.

Dicha prédica tenía por lógica mantener la estructura estamental de la sociedad peruana como manifestación residual de la época colonial, en donde los indios y los negros no tenían los mismos privilegios que los blancos. En tal sentido, a pesar que durante el juicio que se llevó a cabo contra Jorge Villanueva Torres (a) el “Monstruo de Armendáriz” por el delito de violación contra natura de un menor de siete años y asesinato ante el Tercer Juzgado de Instrucción, la Constitución de 1933 reconocía una serie de garantías individuales para los procesados; a éste no se le reconoció ninguno de los derechos de un debido proceso en cuanto se entendía, conforme al racismo estamental de la época, que estos eran privilegios sociales que se extendían a ciertos grupos sociales y se negaban a otros, en especial, a los marginados.

El hecho de ser “negro”, es otro de los rótulos estigmatizantes con el que tuvo que cargar Jorge Villanueva Torres (a) el “Monstruo de Armendáriz”, aparte de el “vago” y “raterillo”; siendo que bajo el mismo, la sociedad limeña de entonces le atribuyó una serie de degeneraciones morales y perversiones que solo podrían cometer los de su raza, motivo por el cual, se le atribuyó un bajo desarrollo moral y social⁶⁸.

5.5. La presión social y mediática y la justicia

Dicha descalificación moral y social, amparada por los rótulos sociales de “negro, vago y raterillo”, fue reforzada con la ausencia de un régimen de justicia pues, por

presión de los medios sociales de la época liderados por los diarios *La Prensa* y *El Comercio* y las manifestaciones públicas propiciadas por grupos de señoras de la Acción Católica que reunidas y cargando pancartas en manos, marchan por las calles de Lima hasta llegar al Congreso, pidiendo la “**Aplicación de la Pena de muerte al “Monstruo de Armendáriz”**”⁶⁹, el Tercer Juzgado de Instrucción a cargo del Juez Carlos Carranza Luna y el escribano Froilán Manrique, falló condenando a la pena de muerte a Jorge Villanueva Torres. Judicialmente, el proceso y la sentencia solo se basaron:

- i) En las conjeturas contenidas en el Atestado preparado por la policía de la Comisaria de Barranco, que recogió el cadáver del niño Julio Hidalgo Zavaleta cerca a la covacha de Jorge Villanueva Torres (a) “Monstruo de Armendáriz”;
- ii) En el Protocolo de Autopsia N° 21161, practicado con fecha 08 de setiembre de 1954, por los médicos autopsiadores Porfirio Olivera Landavere y Ramón Criado Meléndez en la Morgue de Lima, al cadáver del menor Julio Hidalgo Zavaleta; y,
- iii) En la declaración de un vendedor de turrones de nombre Uldiaco Salazar, que trabajaba en la jirón Atahualpa, hoy jirón Alberto Lafón, donde vivía la víctima con su familia, quien afirmó que un individuo afro descendiente que se llevaba al niño por la Quebrada de Armendáriz le compró una melcocha al niño a las 11:00 horas del día 07

68 Vid. Ob. cit., páginas 35 y siguientes.

69 MAURTUA, ob. cit. (nota 1), página 29.

de setiembre de 1954, en el parque de Barranco, presentado como prueba de ello, la moneda de veinte centavos que pagó por la melcocha, siendo que posteriormente reconoció a Jorge Villanueva Torres, como aquel “negro” que se llevaba al niño⁷⁰.

Sin embargo, a pesar que Jorge Villanueva Torres (a) “Monstruo de Armendáriz” contó con la defensa del joven Abogado Carlos Enrique Melgar, muy competente e interesado en sus defensas⁷¹, no pudo salvarse de la condena draconiana que en primera instancia se le impuso y se confirmó por los magistrados del Tribunal Correccional y de la Corte Suprema, por la presión social que ejercían los grupos conservadores y aburguesados por medio de los diarios *La Prensa* y *El Comercio*, que siempre se aliaron con los intereses oligarcas y del imperio, viendo en la exaltación social, moral y religiosa de la “gente buena y blanca” y de su clientela popular, la mejor forma de distraerlas de las nuevas circunstancias políticas que por entonces se vivían con la entrada de la democracia, con el triunfo de Manuel Prado en las elecciones que se llevaron a cabo en 1956 y que marcaron el fin de la dictadura militar de Manuel A. Odría.

Con la conmoción que generaba por medio de las noticias acerca del juicio del “Monstruo de Armendáriz” y la estigmatización de las poblaciones rurales migrantes como los “enemigos de Lima”, a causa del horrendo crimen; se difuminaba en las clases sociales de la época con representación

política (la oligarquía y la clase media), la intriga moral con la finalidad de sabotear la integración social y nacional entre los “excluidos” y los “incluidos” del régimen económico imperialista, e impedir el desarrollo de una conciencia nacional, que era el principal objetivo de la agenda política progresista del gobierno de Manuel Prado⁷².

A tal punto la noticia del “Monstruo de Armendáriz” tomó por asalto las mentes de las gentes de la ciudad de Lima y del interior del País, que la cobertura a dicho caso marcó el inicio del periodismo judicial en el Perú; así como se vio en las coberturas de casos judiciales con relevancia social, la mejor forma de distraer a los ciudadanos de los principales problemas sociales, económicos y políticos del país.

5.6. La pena de muerte y la demagogia del discurso punitivo

Si bien es cierto que durante el período que se juzgó y condenó a Jorge Villanueva Torres (a) “Monstruo de Armendáriz”, se vivía en democracia, el fantasma de la dictadura militar; corporizado en el artículo 54° de la Constitución de 1933 dictada por Sánchez Cerro, que estatuyó la pena de muerte como la mejor forma de mantener bajo control de la masas convulsionadas; se hizo tan evidente, que se transformó en la mejor forma de satisfacer las demandas por medio de la demagogia punitiva en los discursos políticos, con la finalidad de devolver una aparente seguridad a las clases urbanas y mantener a raya a los marginales

70 Abad VILLANUEVA NÚÑEZ et al., Historia de la pena de muerte en el Perú. Investigación monográfica realizada por doctorandos de la Unidad de Post Grado de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, Lima, 2011, página 36.

71 Vid. MAURTUA, ob. cit. (nota 1), páginas 28 y siguientes.

72 Vid. COTLER, ob. cit. (nota 61), página 305.

como “enemigos de la sociedad” bajo la amenaza de su fusilamiento.

De esta forma, todas las innovaciones que trajo consigo el Código Penal de 1924, para el tratamiento de los delincuentes con la aplicación de penas dignas y humanas, se volvió una falsa promesa para todos aquellos que delinquirían por ser vulnerables y propensos a las actividades ilícitas por su exclusión del reparto y goce de la riqueza; maximizándose de esta forma el principio de Estado en el pilar de la regulación, con la aplicación de la pena de muerte, para ver en el poder punitivo del Estado, la mejor forma de mantener controlados a los despojados “como enemigos que atentaban contra la seguridad del Estado”.

Esto, fácilmente se comprueba en el caso de Jorge Villanueva Torres (a) “Monstruo de Armendáriz”, pues ante la sentencia inminente de su fusilamiento, su defensa a cargo del joven Abogado Carlos Enrique Melgar, aproximadamente a las 03:15 horas de la madrugada del 12 de diciembre de 1957, día de su ejecución; presentó ante al Juez del Tercer Juzgado de Instrucción de Lima, un recurso en donde solicitaba que se suspenda la ejecución de la pena de fusilamiento debido a que al amparo del artículo 123° de la Constitución de 1933, solicitó el Derecho de Gracia ante el Congreso de la República, con la finalidad de que se le condone la pena de muerte a su defendido, siendo que dicho pedido no fue atendido por falta de quórum reglamentario, motivo por el cual, se debía esperar que se resolviera el mismo; sin embargo, este pedido no fue atendido y se procedió a ejecutarlo a las 05:30 horas del día indicado.

El diario *El Comercio* el mismo día de la ejecución, dio cuenta de la noticia con un recuadro que decía lo siguiente: “La Cámara de Diputados invitó al Senado para reunirse anoche en Sesión de Congreso, a fin de contemplar el pedido de gracia formulado por el abogado del Monstruo de Armendáriz. Después de haberse leído el oficio de la Colegisladora, algunos senadores se pronunciaron a favor de celebrar dicha sesión de Congreso y otros en contra; pero al computarse el quórum a las 12 de la noche, solo respondieron a la lista 19 senadores, lo que determinó que el Presidente levantara la sesión.”⁷³

Como se puede apreciar, la clase política de la época, prefirió que la pena de muerte se ejecute, sin preocuparse de las circunstancias especiales y las desgracias sufridas por el triste y célebre “Monstruo de Armendáriz” por ser “negro, vago y raterillo”; viendo en su ejecución la mejor forma de mantener la expectativa de la sociedad respecto de una falsa seguridad pues, lo único que hace posible que ésta exista de verdad, es la inclusión de los marginados y no su eliminación por medio de su estigmatización como “enemigos de la sociedad”.

5.7. Los momentos finales del enemigo

Después de que el Congreso de la República le dio la espalda a Jorge Villanueva Torres (a) “Monstruo de Armendáriz”, frente al rédito político que significaba su ejecución; irremediablemente fue fusilado aproximadamente a las 05:30 horas del día 12 de diciembre de 1957 en la Penitenciaría de Lima, donde hoy se encuentra el Hotel Sheraton.

73 Diario “El Comercio”, publicado el jueves 12 de diciembre de 1957, página 3.

El médico legista Víctor MAURTUA⁷⁴, quien se encargó de verificar el buen estado de salud de Jorge Villanueva Torres (a) “Monstruo de Armendáriz” antes de ser fusilado, cuenta que antes de morir, se encontraba muy tranquilo, se confesó con el religioso Juan Bautista Gaspari, avanzó al patio de la Penitenciaría descalzo y con sus ropas muy gastadas y fue llevado al poste en donde fue atado por uno de los vigilantes del penal, luego de quitarle las esposas.

Quisieron ponerle una capucha en la cabeza, pero éste la rechazó. Luego le pusieron una escarapela negra a la altura del corazón a fin que los disparos se dirijan a dicha área de su cuerpo; entretanto el religioso rezaba al lado del condenado, y éste dirigía la mirada hacia los concurrentes y en especial hacia el lugar donde se encontraba el Juez Carlos Carranza Luna y el escribano Froilán Manrique del Tercer Juzgado de Instrucción, y en un momento de rebeldía les gritó: ¡El juez Luna Carranza es el culpable de mi muerte!; para luego escuchar mientras el Alférez Orlando Carrasco decía: ¡Preparar! - ¡Apunten! - ¡Fuego!; antes de que los proyectiles alcancen su cuerpo: ¡soy inocente! - ¡viva el Perú!

Luego de los disparos y de inclinar-se la cabeza de Jorge Villanueva Torres (a) “Monstruo de Armendáriz”, hubo un silencio profundo que estremeció a todos quienes participaron y observaron su fusilamiento, siendo el mismo irrumpido por el tiro de gracia que le disparo en la sien derecha el Alférez Orlando Carrasco.

El Director del Penal, dirigiéndose a los asistentes, dijo muy solemnemente: “Señores se ha hecho justicia”. Eran las 05:40

horas de la mañana del día 12 de diciembre de 1957 y la ciudad de Lima ya se encontraba despierta debido a los estruendos del fusilamiento; y la duda empezó a rondar entre los asistentes, pues el religioso Juan Bautista Gaspari comentó que Jorge Villanueva Torres (a) “Monstruo de Armendáriz” hasta el final mantuvo su inocencia, cosa muy difícil en los criminales cuando se encuentran de frente a la muerte; esta idea inundó las mentes de los periodistas que esperaban en la puerta de la Penitenciaría de Lima y empezó a ser esparcida por todo Lima: ¡al parecer hubo un error judicial!, ¡parece que se fusiló a un inocente!.

5.8. No hay peor enemigo que la pobreza y la indiferencia

Unos días después del fusilamiento de Jorge Villanueva Torres (a) “Monstruo de Armendáriz”, Uldiaco Salazar, el turroneiro que atestiguó en su contra, declaró en medio de prensa local: “Espero que la sociedad me dé un trabajo estable para mantener a mis tres hijos”⁷⁵; con lo cual, se demuestra que las expectativas que existen respecto del derecho y del sistema de justicia, se quiebran frente al dolor y desesperación que causa la exclusión social, por lo tanto, la mayor enemistad no solo proviene de los sujetos peligrosos definidos por el sistema, sino, también de aquellos que a toda costa desean ser “incluidos” en el mismo pues, a estas alturas, al no tener nada que perder, todo se puede traducir en ganancia por más mínima que sea.

De otro lado, cabe señalar que Jorge Villanueva Torres (a) “Monstruo de Armendáriz”, no solo fue víctima de la miseria

74 Vid. MAURTUA, ob. cit. (nota1), páginas 32 y 33.

75 VILLANUEVA NÚÑEZ et al., ob. cit. (nota 69), página 41.

del turroneo sino, también, de la indiferencia de los médicos autopsiadores Porfirio Olivera Landavere y Ramón Criado Meléndez que realizaron el Protocolo de Autopsia N° 21161 pues, conforme señala el médico legista Víctor MAURTUA, estos, por desidia, manipularon dicho examen pericial, concluyendo burdamente que la dilatación del esfínter anal del niño Julio Hidalgo Zavaleta se debió a una penetración contranatura, cuando en realidad la dilatación de los esfínteres en el cuerpo sin vida de un ser humano es una consecuencia natural de la muerte, más aun, cuando no se encuentra ninguna lesión en el mismo.

5.9. La verdadera causa de la muerte: un atropello

Por último, Víctor MAURTUA señaló, por los hallazgos realizados en el cadáver del menor y recogidos en el Protocolo de Autopsia N° 21161, que dicho niño fue atropellado por un auto mientras caminaba por la pista y producto del golpe, rodó por el acantilado hasta quedar de posición cúbito ventral (boca abajo), siendo que por su estado inconsciente, aspiró el polvo y las hojillas sueltas y secas de la maleza de la Quebrada Armendáriz, hasta terminar de ahogarse con las mismas⁷⁶.

6. CONCLUSIONES

6.1. Con la idea de enemigo siempre se reprimió y controló de manera diferente a los iguales y a los extraños. Así, en las primeras urbes, a los extraños de la comunidad se los controló, dejándolos fuera de las murallas y excluyéndolos de

la sociedad, bajo la idea que son un peligro para los habitantes y los bienes de los mismos, al punto de perjudicar gravemente la seguridad del grupo humano, sobre la cual descansa la posibilidad de todo individuo de satisfacer sus intereses con libertad.

6.2. Los extraños a las comunidades son enemigos de la sociedad en el sentido que perjudican la libertad de los individuos para satisfacer sus intereses, por lo tanto, mientras su existencia sea incompatible con los mismos, siempre van a ser indeseados y perjudiciales, al punto que se hace necesario eliminarlos con la finalidad de favorecer la libertad de los demás.

6.3. Los enemigos son aquellos individuos que no pueden cooperar con la actividad económica de la sociedad, ya sea porque son incapaces para ello o ya sea porque la economía no los necesita; en tal sentido, mientras éstos no sean útiles a la acumulación de la riqueza, van a ser inservibles y no van a poder tener un lugar en la sociedad; viéndose obligados a permanecer fuera de la misma y vivir de forma marginal.

6.4. Por medio del poder político alcanzado por quienes se dedican a la acumulación de la riqueza, se empieza a definir a los enemigos como aquellos que no tienen capacidad para el trabajo o que, teniéndola, no se someten a las condiciones establecidas para el mismo; para ello, se les crea el rótulo de “vagos” para estigmatizarlos ante la sociedad económicamente organizada para eliminarlos sistemáticamente por medio del poder punitivo del Estado.

76 MAURTUA, ob. cit. (nota 1), páginas 14-23; hace un excelente análisis del protocolo de autopsia con la finalidad de demostrar que hubo un error en la interpretación del Protocolo de Autopsia N° 21161.

- 6.5. Con las leyes de la vagancia se obliga a los indeseados a trabajar bajo las condiciones impuestas o a mantenerse lejos de la sociedad, confirmándose con ello su existencia marginal, motivo por el cual, hasta hace un tiempo, la vagancia era una de las notas más características del enemigo de la sociedad y una condición primordial para su criminalización, lo cual, empezó en el siglo XVI en Inglaterra, y se mantuvo en Latino América hasta la segunda mitad del siglo XX, en la mayoría de los casos (en el Perú fueron derogadas en el año 1985).
- 6.6. Esta característica distintiva de la enemistad, en sentido económico, marcó la vida Jorge Villanueva Torres (a) “Monstruo de Armendáriz” en la sociedad limeña de los años 50, que por entonces gozaba de un notable auge económico debido a las condiciones creadas por la Constitución de 1933 para el ingreso del capital extranjero y su inversión en la actividad industrial, la cual fue uno de los fundamentos esenciales de su estigmatización como monstruo y, por lo tanto, como enemigo de la sociedad.
- 6.7. Las diferencias sociales de la época entre los “incluidos” y los “excluidos” de la sociedad limeña, no solo se manifestaban en diferencias económicas sino, también, en diferencias físicas y raciales entre las clases urbanas y las clases rurales que migraban a la capital con la finalidad de trabajar, al no haberse resuelto el problema del campo; por esta razón, todos aquellos que no era “blancos” o “criollos”, también fueron excluidos de la sociedad, ya que al ser físicamente diferentes, también representaban un peligro para la sociedad.
- 6.8. El color de la piel era otra de las características clasistas de la época, siendo que a las características físicas se les atribuía un valor de status social y desarrollo moral, motivo por el cual, bajo el rótulo de “negro”, no solo se hacía referencia a alguien pobre y de procedencia rural sino, también, a un individuo con bajos valores sociales y morales, incapaz de vivir en sociedad y respetar el derecho por su propensión a la inmoralidad.
- 6.9. Esta característica de la enemistad, en sentido social, también marcó la vida de Jorge Villanueva Torres (a) “Monstruo de Armendáriz” en la sociedad limeña de los años 50, quien se asentó en una zona muy cerca a los distritos de Barranco y Miraflores (Quebrada Armendáriz), en donde vivían “gentes aburguesadas, blancas, decentes y de buenas costumbres”, quienes al enterarse del supuesto crimen cometido, se vieron vulneradas en su decencia, sus buenas costumbres y la seguridad que merecían por su status social; empezando así la demanda de un castigo ejemplar que se fue esparciendo como un imperativo moral en la sociedad limeña.
- 6.10. La exaltación de la moral de la sociedad limeña fue la mejor forma de mantener entretenida las expectativas de las gentes que por la época demandaba reformas sociales a la clase política. Esta excitación moral fue alimentada por medios de comunicación quienes, con los rótulos de “vago, negro y raterillo”, crearon al monstruo y lo expusieron al linchamiento social, al punto que la Justicia tuvo que eliminarlo con la aplicación de la pena de muerte; confirmándose con ello la frase que explica la triste vida de Jorge Villanueva Torres (a) “Monstruo de Armendáriz”: *La sociedad lo engendró y la sociedad lo destruyó.*

PERFIL DEL FISCAL DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Coronel CJ. PNP. Alexander Solórzano Maguiña*

“Sancho, si quieres administrar rectamente justicia, cuídate de las lágrimas del pobre y de las dádivas del rico”

Miguel de Cervantes Saavedra, en el Quijote

I. GENERALIDADES DEL PROCESO ACUSATORIO PENAL MILITAR POLICIAL

El 01 de setiembre de 2010 se publicó oficialmente el Decreto Legislativo 1094, Código Penal Militar Policial. Al día siguiente, entró en vigencia la parte general del mismo y se dejó para el 01 de enero de 2011 la entrada en vigencia de la parte procesal, como en efecto ocurrió. Con este Código se implementa un nuevo sistema procesal penal acusatorio, garantista y adversarial, cuyos principios procesales de oralidad, publicidad, contradicción, inmediación, simplificación y celeridad postulan una pronta, eficiente y eficaz administración de justicia.

La implementación de este nuevo modelo procesal, exigió y exige de los operadores de justicia militar, tanto jueces como fiscales, internalizar conceptos nuevos y desterrar rezagos inquisitivos, como la excesiva escrituralidad o formalismo.

Dentro de esta nueva concepción o modelo procesal, la actuación del fiscal militar policial es importante porque, como defensor de la legalidad, del debido proceso y persecutor de los delitos de función, debe cumplir la tarea de mantener la disciplina, tanto en las Fuerzas Armadas como en la Policía Nacional del Perú, para que estas instituciones puedan cumplir a cabalidad sus fines constitucionales.

* Fiscal Supremo Adjunto ante la Vocalía Suprema del FMP.

El Fiscal Militar Policial debe actuar corporativamente en todas las etapas del proceso penal, planteando una estrategia que le permita, convenientemente, recolectar los elementos de convicción y utilizarlos dentro de los parámetros legales para acreditar la responsabilidad penal de los imputados. El rol que asume el fiscal frente a la administración de justicia, se encuentra integrado por un conjunto de acciones encaminadas a lograr los fines y objetivos que la Constitución y la ley mandan.

Producido un delito de función, el Fiscal tiene expedita la acción penal militar, la cual es pública y la ejerce de oficio por notitia criminis, a instancia del agraviado por el delito, por iniciativa de los Comandos militares o policiales o a través de los órganos de control e Inspectorías. Ante cualquiera de estas situaciones, previa la formulación de un plan de investigación que contemple su teoría del caso y estrategia, debe decidir si inicia una investigación preliminar para determinar las circunstancias del hecho, sus autores o partícipes, es decir, corroborar los hechos denunciados o su delictuocidad, asegurar los elementos materiales de su comisión y determinar si se presentan los presupuestos procesales, o realizar una investigación preparatoria, dado que tales presupuestos están ya cumplidos. Cabe señalar que la etapa de investigación preparatoria concluye con la acusación o el sobreseimiento, con lo cual se pasa a la etapa de control de acusación, donde el fiscal debe presentar sus elementos de convicción, los cuales, de ser aceptados por el Juez, darán lugar a la expedición de un auto de enjuiciamiento por el juez y el caso estará expedito para el juicio oral, etapa estelar, donde en base a los principios de contradicción, se debatirán la legalidad de los medios probatorios y la responsabilidad del acusado.

II. REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR EL FISCAL MILITAR POLICIAL

En el transcurso de mi labor como fiscal militar policial desde el año 2011, he participado en la investigación de diversos casos y con esa experiencia bosquejar varios ítems sobre el perfil que debiera tener el Fiscal militar:

1. Tener una mentalidad acorde al nuevo modelo acusatorio, garantista adversarial; es decir, estar convencido de utilizar los principios de este modelo procesal y tratar de minimizar o desterrar los rasgos inquisitivos de modelos anteriores.
2. Aparte de los principios procesales del nuevo modelo acusatorio, debe respetar los principios relacionados con su actuación funcional, como:
 - a. *Legalidad.*- La fiscalía debe realizar investigaciones cuando exista sospecha de la comisión de un delito de función. Así, todo hecho con características de delito debe ser investigado y sancionado y la actuación del Fiscal Militar Policial consistirá en el ejercicio de la acción pública, formulando acusación y solicitando la imposición de penas al acusado, todo esto respetando el debido proceso y el derecho de defensa del imputado.
 - b. *Autonomía.*- Al Fiscal Militar Policial se le reconoce el ejercicio independiente de sus funciones de acuerdo con sus propios criterios y en la forma que considere más ajustada a los fines constitucionales y legales. Esta actuación debe ser realizada de conformidad con

- criterios objetivos y razonables, y por tanto, exentos de un ejercicio funcional arbitrario. En este caso, el Fiscal es el titular del ejercicio de la acción penal y director de la investigación, por tanto, su decisión no debe estar sujeta a la de otra institución, rechazando cualquier injerencia interna (de otros Fiscales de igual o mayor jerarquía), o externa (de otras instituciones públicas o privadas).
- c. *Objetividad*.- El Fiscal Militar Policial está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. De este modo, los fiscales deben ser objetivos en su actuación persecutoria, debiendo procurar la verdad sobre la acusación o sobreseimiento que prepara y ajustarse a las pruebas en sus requerimientos o conclusiones (resulten contrarias o favorables al imputado). No pueden ocultar los elementos favorables a la defensa. Este principio exige que el Fiscal aprecie los hechos y elementos de convicción con objetividad y racionalidad y no tome decisiones en forma arbitraria y automática, debiendo liberarse de perjuicios y apreciaciones subjetivas que afecten la finalidad del proceso penal.
- d. *Imparcialidad*.- El Fiscal, si bien es uno de los sujetos en un proceso penal, debe actuar como órgano neutral, asegurando a las partes su libre acceso al expediente fiscal, debiendo notificarles de las diligencias programadas y haciendo efectivo el derecho de defensa que tienen los imputados de ofrecer pruebas. El Fiscal no puede favorecer a alguna de las partes, de lo contrario, se le solicitará que se inhiba o se excuse de seguir conociendo del caso.
- e. *Corporatividad*.- Los Fiscales deben actuar como un todo defendiendo el principio de unidad en la función fiscal, pues, a través de este, se busca la uniformidad en la actuación fiscal. Por este principio, tanto el fiscal inferior y el fiscal superior, no son partes distintas en el proceso penal, sino que integran el mismo sujeto procesal.
3. El Fiscal militar policial debe ser un líder y tener las cualidades siguientes:
- a. Buen gestor.- Esto significa que administre los recursos con eficiencia y eficacia.
- La eficiencia se da cuando se utilizan menos recursos para lograr un mismo objetivo, o al contrario, cuando se logran más objetivos con los mismos o menos recursos.
- La eficacia podemos definirla como el nivel de consecución de metas y objetivos. La eficacia hace referencia a nuestra capacidad para lograr lo que nos proponemos.
- b. Cualidades profesionales:
- *Conocimiento*.- El Fiscal militar policial debe ser un profesional altamente calificado en materia jurídica, deseoso de ampliar sus conocimientos y verterlos en su labor fiscal.
 - *Experiencia*.- Si bien esta cualidad se adquiere con el trascurso del tiempo

y la constante práctica, sirve de ayuda para resolver los casos con prontitud y tratar de minimizar el error.

c. Cualidades personales:

- *Proactivo.*- Tener la voluntad de hacer las cosas bien, empleando iniciativa y la razón. El nuevo proceso penal exige que los Fiscales se tracen metas y objetivos concretos, tomando obligatoriamente como referencia la misión y visión del Fuero Militar Policial.
- *Responsable.*- Deben revisar permanentemente los plazos de sus expedientes fiscales y tomar sus decisiones en tiempo oportuno y dentro de un plazo razonable. Debe estar comprometido con su labor y fomentar que el personal a su cargo acepte los mismos valores
- *Creativo.*- El Fiscal, ante situaciones concretas y para tener éxito en la persecución del delito, debe formular un plan de investigación que comprenda una correcta teoría del caso formulada a partir los primeros elementos de convicción recolectados y en base a esta teoría, desarrollar una estrategia que le permita llegar a buen puerto.
- *Honrado.*- Ser Fiscal es un honor y por lo tanto debe estar alejado de recibir prebendas o beneficios personales. Debe resolver con imparcialidad y objetividad.

- *Firmeza.*- Debe ser firme en sus convicciones y resolver de acuerdo a los elementos de convicción recolectados en el proceso penal. No dejarse influenciar por personal de mayor graduación.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Desde el 2011 se encuentra en vigencia en la jurisdicción militar policial el modelo procesal acusatorio, cuya aplicación ha implicado cambios sustanciales en el pensamiento y actuación de los jueces y fiscales.

La referencia teórica al debido proceso, a la defensa técnica, a la separación clara de las funciones fiscales y judiciales, a la aplicación de principios de inmediación, oralidad, contradicción, etc., se han hecho plausibles y hay que aplicarlos.

En este contexto de cambios de paradigmas procesales, el papel del fiscal resulta crucial, pues en él descansa no solo la obligación de la acción penal y la defensa de la legalidad, sino también, y sobre todo, la investigación de los hechos que se presumen delictivos, en relación a la función militar policial. Para el cumplimiento de esta función esencial, el fiscal debe cubrir una serie de requisitos debe, en suma, poseer un determinado perfil que va desde la capacidad intelectual al comportamiento ético, pasando por la diligencia, la honradez, la creatividad, la responsabilidad, además de otros valores esenciales para el correcto desempeño de sus funciones.

LA JUSTICIA MILITAR Y EL CONSTITUCIONALISMO

(La vigencia de la ley que regula la
organización y funciones del Fuero Militar
Policial)

José Francisco Gálvez*

1. INTRODUCCIÓN

Desde el 11 de enero de 2008, fecha de promulgación de la Ley N° 29182, que regula la *Organización y Funciones del Fuero Militar Policial* hasta la actualidad, la justicia militar ha ido adecuando la tradición jurídico castrense al constitucionalismo peruano, el cual sostiene que los actos de los miembros de las fuerzas armadas y de la policía nacional son siempre controlados en la medida que: “La Justicia Militar es como el polvo en las botas del soldado”. Con el correr de los tiempos han variado los escenarios como las conductas susceptibles de ser comprendidas en aquel fuero privativo militar a la actual jurisdicción especializada, las mismas que se hallan sujetas a la reforma del Estado y al papel que los legisladores asignen a las fuerzas del orden en el siglo XXI.

Como sostuvo el Tribunal Constitucional en la sentencia:

“el FMP (Fuero Militar Policial) no es un órgano constitucional sino más bien es un órgano constitucionalizado, de modo que sus competencias están reguladas por ley ordinaria” (Fundamento 4).

La existencia de la jurisdicción militar, entonces, no es materia debatible, pues en tanto exista la previsión constitucional, corresponde que

* Profesor de la Maestrías en Derecho Constitucional y en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor asociado de la Academia de la Magistratura.

el legislador ordinario prevea lo necesario para viabilizar su funcionamiento y operatividad. Lo que sí es debatible es su ubicación funcional y su competencia dentro del orden constitucional peruano; es por ello que en la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional se precisó qué aspectos antes regulados por el legislador ordinario, se encontraban al margen de la Constitución² (Fundamento 13).

2. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL FUERO MILITAR

Hecha la precisión por el supremo intérprete de la Constitución en el año 2009, podemos corroborar que su presencia se ha dado a través de las Cartas que retomaron la organización judicial anterior al siglo XVIII de los llamados fueros privativos, siendo ratificados por el régimen independiente desde el reglamento de tribunales del 10 de abril de 1822.

El diseño de los constituyentes en 1993 mantuvo el reconocimiento constitucional al fuero castrense, plasmándolo en el artículo 139º, segundo párrafo, en el capítulo de Poder Judicial. Y es que desde los inicios de la organización del Estado peruano se circunscribió la jurisdicción militar al Poder Ejecutivo, de cuya jefatura provinieron los nombramientos de los oficiales de armas como de los magistrados militares, hecho que dependía del Presidente la República, en tanto máxima autoridad castrense y jefe de la administración pública. Argumento

que si bien nos indica la existencia de una estructura jerárquica y por ende de una línea de mando, lo que no necesariamente acarrea dependencia o injerencia política en la impartición de justicia; sin embargo no podemos negar que ante la precariedad y debilidad de algunas instituciones públicas por la falta de tradición, ello ha contribuido a la emersión del protagonismo personal y a una percepción negativa de ellas por la sociedad.

Como sostuvimos en un artículo anterior³, la organización del Poder Judicial mantuvo hasta la Constitución de 1979 el modelo virreinal el cual incluía magistrados y fiscales dentro de una misma institución, el mismo que fuese reproducido en el ámbito militar, donde se conjugaba tanto la razón de ser de la fuerza pública, es decir, brindar protección, orden y seguridad al país con el mantenimiento de la disciplina y las materias que el poder político (sea Ejecutivo o Legislativo) le asignaran por cumplir sin dudas ni murmuraciones. El constitucionalismo, luego de la crisis de la Segunda Guerra Mundial, perfiló sus mecanismos invocando a la Constitución frente a cualquier vulneración de derechos así como la creación de órganos autónomos encargados de cautelar la vigencia de esta Carta suprema, única, exclusiva y con la posibilidad de demandar tanto a los privados como al propio Estado por su incumplimiento. Tendencia reforzada con la suscripción y ratificación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que permitió observar como los

1 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ: EXP. N° 00001-2009-PI/TC; LIMA. COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA, 4 de diciembre de 2009. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00001-2009-AI.html>> Fundamento 4.

2 Cfr. GALVEZ, José Francisco: "Del fuero personal al fuero institucional: la Justicia Militar en el Perú" En: Revista Peruana de Derecho Público. Año 7, N° 13. 2006; p. 111.

tratados, pactos o convenciones eran supervisados por la comunidad internacional para su cumplimiento una vez suscritos y, sobre todo, ratificados por parte del Estado, con lo cual cada país se obligaba a adecuar paulatinamente su legislación e instituciones de acuerdo a su tenor.

El actual diseño de la Justicia Militar en la Constitución se encuentra integrado, a través de los artículos 139° (garantías jurisdiccionales), 141° (casación) y 173° (delitos de función), dentro de la separación de poderes (artículo 43°) asociada a la supremacía de la Carta (artículo 51°). Aunque ésta no haya comprendido a la jurisdicción militar dentro de la lista de entidades reguladas por ley orgánica⁴, o la doctrina no le otorgue el llamado *numerus clausus*, su materia está acorde con la impartición de justicia, principio que emana del pueblo, constituye un órgano constitucionalizado aunque sea regulado por una ley ordinaria. Por su contenido, no podría estar comprendida dentro de las facultades delegadas (Decretos Legislativos) al Poder Ejecutivo.

Al ser una jurisdicción especializada, se circunscribe a la aplicación del artículo constitucional 141°, el cual permite el conocimiento, por vía de casación, de los fallos del Tribunal Supremo de Justicia Militar Policial, máxima instancia, que sean contemplados por la Corte Suprema de la República sólo en materia de pena de muerte por delito de traición a la patria, en caso de guerra (exterior), de acuerdo a lo estipulado

por el artículo 173°. La carencia de este supuesto, podría indicarnos la poca o no nula efectividad del derecho entre estas dos instituciones; sin embargo, ello puede significar el punto de partida de dicha relación, pues por interpretación extensiva y bajo el aforismo que “*quien puede lo más puede lo menos*”, podría extenderse la casación a todo proceso ventilado al interior de los tribunales militares por delito de función o acto de servicio, haciendo uso de las “*mutaciones constitucionales*” establecidas por ley, las que no alteran la redacción ni el sentido constitucional⁵, sino, por el contrario, amplían el ejercicio de las garantías jurisdiccionales en beneficio de la persona. Circunstancia que en nuestra tradición constitucional aún no ha generado una fuerza vinculante eficaz, pues depende del consenso de los operadores jurisdiccionales, lo cual se lograría, por ejemplo, con la realización de plenos jurisdiccionales; de ahí que aún se mantenga la observancia de casos según lo señalado taxativamente.

En este sentido, por Resolución Suprema N° 362-2006-DE/SG del 25 de agosto del 2006, el Ministerio de Defensa creó la comisión encargada de evaluar la situación de la organización jurisdiccional especializada en materia penal-militar policial, bajo la presidencia del jurista Domingo García Belaunde. Ésta propuso en su informe, en alusión a las Bases Constitucionales (numeral 4.1), que los cambios en la Justicia Militar sólo podrían darse a través de una Reforma

3 Carta abierta al Congreso de la República: Justicia militar: histórica sentencia del Tribunal Constitucional. Ideemail N° 397, 5 de noviembre de 2004. Instituto de Defensa Legal. David Lovatón Palacios, Director Gerente del Instituto de Defensa Legal y Francisco Eguiguren, Jefe del Departamento de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Derecho.

4 Cfr. JELLINECK, Georg: Reforma y mutación de la Constitución. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1991.

constitucional, dado que la Carta le otorga reconocimiento y funcionalidad. En sus consideraciones, el colegiado precisa que debe definirse, previamente, el carácter de la jurisdicción militar si es independiente o no de la jurisdicción ordinaria y los ámbitos de competencia de cada una. Sin embargo, al mismo tiempo propuso que si fuese independiente, debería existir una institución que las articule, más allá de lo indicado en el artículo 141°, lo cual nos lleva a postular si la jurisdicción militar deba formar parte del Poder Judicial e integrarse incluso formando parte de la Corte Suprema.

Alternativa impulsada por el entonces Consejo Supremo de Justicia Militar y plasmada en el borrador de la Ley N° 28665 o Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Militar Policial del 7 de enero de 2006, donde el modelo peruano adoptaba como base el de su similar español, en el cual el Tribunal Supremo se halla integrado por la Quinta Sala conformada por magistrados militares y civiles, la cual contempla todos los casos de delitos de función o actos de servicio de los miembros de las fuerzas de seguridad. Alternativa que los legisladores desecharon.

3. LAS INFRACCIONES O SANCIONES MILITARES

El rasgo más saltante de la naturaleza castrense ha sido en la impartición de justicia el carácter reglamentario y disciplinario,

lo cual nos deriva a un ámbito restringido de conductas, cuya precisión no ha obedecido al desarrollo del derecho en materia penal⁵. Hechos que obligaron a la comunidad internacional a formular críticas contra el Estado peruano a quien demandó establecer un programa de instrumentos jurídicos de lucha contra el terrorismo, con el fin de recuperar el orden y la vigencia de los principios constitucionales, como la tutela jurisdiccional, el debido proceso y la defensa de los Derechos Humanos. Desde el Informe Defensorial N° 6, pero sobre todo en el N° 66: ¿Quién juzga qué? Se establecieron pautas en referencia al delito de función, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana.

Tradicionalmente la aplicación de las sanciones de la Justicia Militar, ha estado basada en tres criterios, que incluyeron el arbitrio de los magistrados: el sujeto, la conducta y el lugar. En ese entonces, el sujeto o agente que en actividad pertenecía a las Fuerzas Armadas o Policiales, condición que podía extenderse al civil que laboraba en sus instalaciones, así como al militar en retiro. Frente a esto, la ley 29182 estableció en forma diáfana, en el artículo IV del título preliminar:

“El Fuero Militar Policial y el Código de Justicia Militar no alcanzan a ciudadanos civiles, en forma directa ni indirecta, ni análoga, de conformidad con la Constitución Política del Perú, bajo responsabilidad⁶”.

5 Cfr. DONAYRE MONTESINOS, Christian: La Reforma de la Justicia Militar. Estudios críticos de la experiencia peruana y comparada. Lima. Jurista Editores. E.I.R.L. Mayo 2004.

DONAYRE MONTESINOS, Christian: Tribunales Militares y Constitución en el Perú. Apuntes sobre una reforma pendiente. Lima. Jurista Editores. E.I.R.L. Setiembre 2006.

6 ARCHIVO DIGITAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA: Ley 29182 o Ley de Organización y funciones del Fuero Militar Policial. Lima, 18 de diciembre de 2007. <http://www.fmp.gob.pe/transparencia/elementos/ley_29182_fuero_militar_policial.pdf>

En cuanto a la conducta tipificada, el uniformado, como elemento importante de una organización y bajo régimen disciplinario, cumple con los objetivos de las fuerzas de seguridad. Consideración que circunscribe su labor a tareas específicas y que no se puede pretender que abarque la totalidad de los actos jurídicos que como individuo realiza (compra-venta, sucesión testamentaria, matrimonio, etc.) o los delitos comunes (lesiones y homicidio). Pero, por otro lado, la reforma también debería incluir la derogatoria de las restricciones a los derechos estipulados en el artículo 2° de la actual Carta a las que se encuentran expuestos los militares y policías, pues salvo el voto que les fuera restituido en el año 2005, aún permanecen las otras en calidad de suspendidas, aduciendo razones de seguridad.

El reglamento N° 2442 del 3 de setiembre de 1917⁷ dejó en claro la aplicación del principio de juez natural en los hechos producidos, como se aprecia en su artículo 7° *“Cuando en el delito hayan participado militares y paisanos, y unos y otros estén sujetos a diversa jurisdicción, según las leyes, ellos serán juzgados con separación por sus propios jueces. Sólo en tiempo de guerra nacional, la jurisdicción a que están sometidos los autores del delito, se extiende a sus co-autores, cómplices y encubridores, aunque éstos no formen parte del ejército, ni estén a su servicio”* Norma que combinaba el principio de juez natural con la complejidad que podría tener el caso en autos: *“Artículo 1°.- Las autoridades y tribunales de la justicia militar,*

previo dictamen de los auditores respectivos, procederán a inhibirse del conocimiento de los juicios seguidos á paisanos y á militares que no estaban en servicio al iniciarse el procedimiento y remitirán los actuados á los jueces del fuero común, á quienes corresponda el ejercicio de la jurisdicción, según lo que al respecto dispone el Código de Enjuiciamientos en materia penal.”

El tercer criterio está basado en la permanencia o presencia en el lugar constituido por un cuartel o delegación policial y que la norma citada anteriormente también recogía: *“Artículo 4°.- Por razón de lugar en que el delito se cometa, es competente la jurisdicción militar para conocer las causas contra toda clase de personas que en los cuarteles, arsenales, buques de guerra, campamentos, fortalezas y demás establecimientos de guerra, perpetren delito que perturbe el servicio militar ó afecte la seguridad de esas dependencias militares”*. Circunstancia que se supera por la conducta tipificada por el delito de función mismo, ya que la connotación del lugar se orienta más a ofrecer al sujeto una serie de inmunidades o protección al sujeto como si se percibe en el asilo político. El establecimiento de límites o restricciones a determinadas zonas obedece a razones estrictamente de seguridad y no a otra índole. De la explicación anterior podemos arribar que la doctrina y la jurisprudencia considera en la actualidad dos: la condición de la persona o agente involucrado en el hecho punible y el delito relacionado con los bienes jurídicos que tutela, relacionados con la misión de las

7 PEREIRA CHUMBE, Roberto: Evolución legislativa de la Justicia Militar en el Perú, p. 327. En: DERECHO PENAL, profesor José Hurtado Pozo: LA REFORMA DEL DERECHO PENAL MILITAR - ANUARIO DE DERECHO PENAL 2001-2002.

<<http://perso.unifr.ch/derechopenal/anuario/numeros#2001>>

8 PEREIRA CUMBE, Roberto: ob.cit.

fuerzas de seguridad. Distinciones que nos llevan a reflexión no sólo el principio de legalidad sino el de constitucionalidad al que se integran los argumentos vertidos en las sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana: “Como es de conocimiento general, el delito de función es un delito especial propio, en razón de que sólo puede ser cometido por aquellas personas que ostentan determinado cargo y, por ello, ciertas funciones específicas, las ejercen de modo indebido lesionando los bienes jurídicos que se suponía ellas estaban llamadas especialmente a proteger⁹”

4. La organización de la jurisdicción especializada militar policial: Militar. urnor el ra c0stumbre.encia personalto de personas que encararon sus medidas de mejor manera e Supprior l como organ: Entre la constitucionalidad y la legalidad.

Del modelo de Derecho Público francés del siglo XIX que nuestro ordenamiento jurídico incorporó, ha existido, en los últimos 30 años, una serie de propuestas que se introdujeron en el proyecto de Constitución peruana de 1979. Manteniendo la tradición jurídica, se consideró la existencia del fuero castrense o militar, ratificando su independencia y autonomía de la que ya gozaba anteriormente. Mantuvo en su funcionamiento la integración de magistrados y fiscales en una misma institución encabezada por el Consejo Supremo de Justicia Militar, pese a que en el fuero ordinario o común ya se habían separado los togados del Poder Judicial

de los fiscales, que en adelante pertenecerían al Ministerio Público liderado por el Fiscal de la Nación, cargo que data desde la Constitución peruana de 1856. En el aspecto doctrinario y conceptual, debemos añadir el gradual posicionamiento de la Constitución como fuente política y jurídica, la cual permitirá las demandas, acciones -y en la actualidad procesos- de inconstitucionalidad de cualquier norma que se contraponga a lo establecido por la Constitución, documento supremo y único y al cual se le reconoce la prelación en un orden jerárquico.

Circunstancia que desde entonces ha motivado el establecimiento del principio de constitucionalidad por encima del de legalidad y al cual se ha recurrido en las diferentes discusiones que ha suscitado la reforma del fuero militar. En este proceso gradual de la pervivencia de la legalidad hallamos, por ejemplo, la dación del Decreto Legislativo 052 o Ley Orgánica del Ministerio Público, que en su artículo 7º derivó la subordinación de los fiscales militares al Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar y no al Fiscal de la Nación, lo cual reforzaba la teoría de la independencia del fuero castrense.

A causa del terrorismo y la falta de recursos del Estado, el propio fuero común a través del Presidente de la Corte Suprema, claudicó al reclamar el juzgamiento de los terroristas por el fuero militar. Planteada la pacificación del país en el año 2000 con el arribo del gobierno de transición del

9 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón y GARCÍA RIVAS, Nicolás: Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Barcelona. La Ley, 1999.

Cit. en: DONAYRE MONTESINOS, Christian: La ley N° 29182, Ley de Organización y funciones del Fuero militar policial: una ley emitida a espaldas de la Constitución y del Tribunal Constitucional. En Jus constitucional. Abril 2008.

Doctor Valentín Paniagua, se produjeron cambios que implicaron la reformulación de las normas dadas por el Congreso en la década de los 90 y que habían permitido el juzgamiento de los civiles a cargo de militares. Representantes de diferentes bancadas quisieron enmendar esta situación invocando el principio del juez natural, lo cual implicaba una reforma sustancial de la Justicia Militar. Con el retorno del sistema democrático y de un período de estabilidad política, se generó la necesidad de enrumbar el desarrollo de los órganos y organismos del Estado peruano comprometidos con la represión, replanteando la función de los institutos castrenses y de la justicia que impartían, más aún cuando existían denuncias por abusos cometidos. Situación que llevaría a diferentes sectores de la sociedad a buscar cambios en dichos órganos y adecuarlos a las convenciones de la tradición jurídica occidental, tomando como criterio rector la protección del bien jurídico supremo tutelado por el Estado: la vida, tanto en la tipificación de los delitos de función o actos de servicio como en la relación establecida entre el sujeto y el área protegida por cuestiones de defensa o seguridad nacionales, lo que terminaba por limitar a la vida misma. No ha sido fácil colocar el principio de constitucionalidad, en el orden de prelación ya que ello ha venido no sólo con reformas taxativas en la redacción de los artículos constitucionales sino con la interpretación que se ha venido abriendo espacio en la comunidad jurídica, en la esfera estatal y en la sociedad. Y en ese sentido, los fallos del Tribunal Constitucional han marcado un derrotero para futuras acciones, incluyendo las tareas que le corresponde al Congreso, como dador de leyes y que no se puede apartar de las sentencias dadas por el colegiado constitucional.

Desde el año 2002 y bajo la presidencia del Contralmirante AP Carlos Mesa Angosto, el Consejo Supremo de Justicia Militar propuso su propia reforma, la que, sin embargo, no estuvo de acuerdo a las expectativas de la sociedad al mantener los parámetros jurídicos donde existía aún la presunción de responsabilidad más que la de inocencia, aporte del liberalismo decimonónico. Las denuncias por desapariciones y violaciones contra los Derechos Humanos por parte de las fuerzas de seguridad, dieron un nuevo cariz a las propuestas de cambio a fin de subsanar una serie de irregularidades y que no estuvieron exentas incluso de proponer la desaparición del fuero militar como en su momento lo sostuvo el IDL. Planteamiento más impregnado por un sentimiento antimilitarista y que si hubiera prosperado, no habría solucionado el tema debido a la falta de recursos por la que atraviesa el Poder Judicial, el que además no estaría en condiciones de asumir la carga procesal que ello implicaría.

Denuncias que contribuyeron a la demanda de inconstitucionalidad contra las normas castrenses por parte de la Defensoría del Pueblo que recogió argumentos de los Organismos No Gubernamentales activistas ante el Tribunal Constitucional. Hecho que nos permite apreciar la manera como se ha intentado solucionar la reforma de la Justicia Militar dentro de una afinidad entre las entidades privadas, la Defensoría, el propio Tribunal y ciertos medios de comunicación. Y a lo cual sumamos la desidia de los uniformados, que frente a sus detractores, se confiaron pensando que su condición de tal los iba a favorecer frente a las denuncias y propuestas de reforma.

Aunque el Dictamen 163 de la Comisión de Defensa y Orden Interno buscó adecuar la Justicia Militar al compás de la

Constitución actual, la posterior Ley N° 28665 o Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Militar Policial del 7 de enero de 2006 mostró la conservación de una serie de funciones sobre las cuales el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado en contra. Circunstancia que dio lugar a las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 28665 por la señora Fiscal de la Nación y el Colegio de Abogados de Lima, ante el Tribunal Constitucional, generándose una serie de opiniones que desvirtuaban el sentir de las medidas y que en su momento aclaramos¹⁰. De esta manera, a partir del año 2006, el Consejo Supremo de Justicia Militar cambió de estrategia bajo la presidencia del general Juan Pablo Ramos Espinoza, ante las reiteradas críticas del Instituto de Defensa Legal, que como peticionario acudió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para ventilar el caso de adecuación de la jurisdicción militar a la Constitución, donde el punto medular de entonces radicaba en quiénes debieran formar parte de la jurisdicción militar-policial, de acuerdo a la lectura de Exp. N° 0023-2003-AI/TC del 31 de octubre de 2004:

“Fundamento 42: El Tribunal Constitucional comparte los argumentos expuestos por la demandante (Defensoría del Pueblo) pues el hecho de que los tribunales militares sean conformados en su mayoría por oficiales en actividad vulnera los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además del principio de separación de poderes, ya que, por un lado, quienes

integran las diversas instancias de la jurisdicción militar son funcionarios de tales institutos castrenses y por otro lado, porque, por principio es incompatible que personas sujetas a los principios de jerarquía y obediencia como los profesionales de armas que ejercen funciones jurisdiccionales puedan ser al mismo tiempo independientes e imparciales”

De lo que se desprende, que están prohibidos los oficiales de armas ejercer cargos como jueces y fiscales. A continuación, se preguntaba si dicha limitación alcanzaba a los oficiales jurídicos (abogados asimilados) para ser jueces y fiscales, mientras exista línea de mando. Tema que ya ha sido felizmente zanjado ya que la exigencia de especialización para ser magistrado del Fuero Militar Policial implica que para ser juez o fiscal se exija el grado de teniente coronel o comandante, con lo cual la formación jurídica militar policial, a diferencia de la del fuero común, implica no menos de 15 años interrumpidos, para acceder a los cargos de vocal o fiscal superior, o vocal o fiscal supremo.

La Ley 29182 en su artículo V del Título Preliminar y artículos 9 y 10 establece que los magistrados y fiscales supremos militares son oficiales jurídicos en actividad, lo que en la práctica se ha visto complementado con la experiencia de aquellos que se encuentran en retiro. Pero los críticos de justicia militar cuestionaron que aún prosiga el nombramiento de los jueces y fiscales militares por el Jefe de Estado, postura que en su momento zanjó el Tribunal Constitucional

10 GÁLVEZ, José Francisco: “El Estado Democrático de Derecho y la justicia militar policial”. En JURÍDICA, suplemento de análisis legal. El Peruano, martes 11 de abril de 2006; p. 4.

peruano en su sentencia 00001-2009-PI/TC, del 4 de diciembre del 2009, que en su fundamento jurídico 49, recoge la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“e) los miembros de los tribunales son designados por las jerarquías militares, lo cual supone que para el ejercicio de la función jurisdiccional dependan del Poder Ejecutivo, y esto sería comprensible sólo si juzgasen delitos de orden militar¹¹.”

En aquellos años, la transparencia del Consejo Supremo de Justicia Militar en buscar consenso para su propia reforma, se puede constatar en la elaboración del proyecto de ley del 2006 que, a diferencia de la Ley N° 28665 y el Dictamen 163, sólo se desarrolló en la Comisión de Defensa y Orden Interno, mientras que la propuesta de reforma anterior se hizo en la misma comisión pero en coordinación con las Comisiones de Constitución y de Justicia del Congreso de la República, mostrando una actitud más participativa que incluía acudir a la Defensoría del Pueblo. Si bien el Consejo Supremo de Justicia Militar y sus tribunales subalternos mantienen vínculos con los institutos castrenses y policiales, la facultad de impartir justicia de la que gozan y que les es concedida por el Estado, determina que la discusión de la reforma de la justicia militar esté vinculada con la Comisión de Constitución, lo que no ha sucedido con todo el proceso que involucró la ley última.

En aras del fortalecimiento de la jurisdicción especializada militar policial se han ido abriendo espacios para la incorporación de oficiales jurídicos en retiro y de civiles que contribuyan con su experiencia a consolidar el funcionamiento jurídico militar con la Constitución. A ello se suma la tradición proveniente del servicio proporcionado en los institutos castrenses o de una preparación académica mediante cursos de postgrado como diplomados, cuya duración de por lo menos un año, involucre actividades presenciales en las instalaciones militares en mi opinión¹².

V. CONCLUSIONES

Las reflexiones formuladas líneas arriba, nos obliga a señalar que la Justicia Militar vive no sólo por su reconocimiento constitucional sino por la imagen que irradia de haber demostrado que existe, pues cumple una labor fundamental dentro del Estado: es la Justicia que forja disciplina.

Ante los hechos que acontece, merece reflexionar que solo una reforma integral planteada por los legisladores podrá adecuar los fundamentos jurídicos establecidos en las sentencias del Tribunal Constitucional.

La labor de la jurisdicción militar policial requiere de una relación más directa con la ordinaria, no solo para actividades de capacitación sino, además, de coordinación ante la complejidad que alcanzan

11 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Sentencia de Fondo, párrafo 125.

12 GÁLVEZ, José Francisco: La Justicia Militar en el Estado Democrático Constitucional. Comentarios sobre Derecho e Historia Constitucional. En: <<http://blog.pucp.edu.pe/item/19851>>

los hechos donde el personal puede verse involucrado por varios actos que escapan a la competencia castrense. Las innovaciones que se produzcan en materia de impartición de justicia deben reflejar transparencia cuyo objetivo sirva también para mostrar la eficiencia de una justicia militar frente a la percepción social. A ello pueden contribuir los plenos jurisdiccionales en el afán de consensuar criterios por adoptar en los diferentes operadores jurisdiccionales.

La reforma también debe darse a través de la constante capacitación del personal y

donde el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar representa la pieza clave para contribuir al fortalecimiento doctrinario de la independencia y autonomía del fuero castrense regulado bajo los cánones estatales de profesionalismo, desterrando la imagen de injerencia de los poderes políticos del Estado y otros ajenos a su quehacer diario.

Hecho que marcará el nuevo derrotero de los aspectos correspondientes en el proceso de transformación de la jurisdicción militar policial, cuya innovación espera la voluntad del Congreso de la República.

PROSPECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO MILITAR: LA DEFENSA NACIONAL

*Sergio Lautaro Cea Cienfuegos**

RESUMEN: El autor aborda el tema de cuál es el bien jurídico fundamental en el delito militar, concluyendo en este ensayo que es la Defensa Nacional. Para estos efectos, considera la evolución constitucional y la perspectiva penal en términos que este bien jurídico tutelado se vincula con la jerarquía, disciplina y la no deliberancia que no alcanzan ser bienes jurídicos propios pero si permiten ser defendidos por el derecho penal, mediante la teoría de la fragmentación de Gunter Jackobs.

PALABRAS CLAVES: Defensa Nacional; Evolución Constitucional; El ius puniendi; Exclusión de Carabineros de Chile como sujeto activo militar; Delitos militares de función; Bien jurídico tutelado en el Delito Militar.

PROSPECTION OF THE LEGAL RIGHT IN THE MILITARY OFFENSE: THE NATIONAL DEFENSE

RESUME: The autor addresses the issue as to which is the fundamental legal right in the military offense, summing up in this essay that's the National Defense. For these purposes, considers the constitutional evolution and the criminal perspective in terms that this legally protected good is linked to hierarchy, discipline and no deliberance that fail to be legal goods but allow to be defended by the criminal law through the theory of fragmentation of Gunter Jackobs.

* Abogado, especialista en Derecho Administrativo y Derecho Militar. Coronel abogado del Ejército de Chile, ex Fiscal General Militar. Profesor universitario. Autor de artículos y libros. Fundador de la Asociación Internacional de Justicias Militares (AIJM), con sede en Brasil.

KEY WORDS: National Defense, Constitutional Evolution, Ius Puniendi, Exclusion of Carabineros of Chile as military active subjects; Military Offenses in function; Legally protected goods in the Military Crime.

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la justicia militar, en la primera década del siglo XXI en Chile, se inició un proceso de reforma a la judicatura castrense, con la entrada en vigencia de la ley N° 20.477, de fecha 30 de Diciembre del año 2010, en la que se abordó y se concretó básica y esencialmente una restricción de la competencia en la justicia militar, mediante la exclusión de los civiles como sujetos activos de delitos que se encuentran dentro del conocimiento de la citada judicatura.

Sin embargo, en el proceso de reforma a la justicia militar en Chile, quedaron pendientes importantes modificaciones a un sinnúmero de instituciones jurídicas de esa judicatura del fuero, y que no fueron consideradas en la ley N° 20.477 que a juicio del suscrito, son materias relevantes que requieren una reforma estructural e integral.

Las materias o contenidos que deben ser necesariamente abordadas en una próxima ley son: a) la organización de los tribunales militares y su respectiva competencia, respetando el principio de especialidad en ponderación con la adecuada independencia e imparcialidad que requieren dichos órganos y sujetos procesales, b) sustituir el actual procedimiento inquisitivo por uno acusatorio, en el que se resguarde en mejor forma el debido proceso y la presunción de inocencia, considerando las especiales características de la función y

profesión militar; c) la correcta determinación material del delito militar, considerándose aquellos tipos penales que se sustentan en un bien jurídico de exclusivo carácter militar, de acuerdo a las actuales exigencias que el Estado de Chile asigna a las Fuerzas Armadas; y d) la posibilidad de que la potestad sancionadora disciplinaria, tenga un sistema de control en sede jurisdiccional especial, de tipo contencioso administrativo, en que exista una acción que se pueda interponer en contra de resoluciones que contengan medidas disciplinarias que afecten derechos fundamentales, como por ejemplo las de naturaleza expulsiva, impuestas por el mando militar, a objeto de que sean conocidas y falladas por un tribunal o corte, especializado en la función militar.

De los cuatro contenidos referidos, abordare en esta oportunidad solo aquel vinculado a la correcta determinación material del delito militar, para lo cual consideraremos, entre otros aspectos, la noción del bien jurídico tutelado desde una perspectiva constitucional, el ius puniendi y la defensa nacional, la eliminación de los tipos penales referidos a Carabineros de Chile del ámbito del delito militar, la exclusión de la víctima civil de la judicatura militar, la consagración de los delitos militares como delitos de función y finalmente, algunas conclusiones.

II. BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DELITO MILITAR: DEFENSA NACIONAL

a) Antecedentes previos:

Actualmente, el delito militar tiene una tipificación formal¹, y en ese contexto, es

1 Art. 5 Código de Justicia Militar: "Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento: 1ª De las causas por delitos militares, entendiéndose por tales los contemplados en este Código..."

delito militar toda conducta que se encuentra prevista en el Código de Justicia Militar, situación que ha motivado a la doctrina a diferenciar los propiamente militares (también denominados delitos de función, como por ejemplo incumplimiento de orden, cobardía, falta de iniciativa en el combate, desertión y abandono de destino, entre otros) y militarizados (tales como el hurto y robo de especie afecta al servicio de las fuerzas armadas, cuando es perpetrado por militares), esto es, tipos penales comunes y no de función, pero que el legislador, en su época, estimó necesario consagrarlos como ilícitos militares, porque afectan de manera indirecta la función militar al lesionar conjuntamente, bienes jurídicos comunes (como por ejemplo la propiedad) y bienes jurídicos militares como la defensa nacional mediante la mantención de la eficacia operativa. Anteriormente, además, existía la categoría de delito impropia militar, cuando se juzgaba a civiles por delitos que “no lesionan intereses institucionales”².

Las deficiencias en la delimitación correcta del delito militar pueden ser advertidas, incluso, en el juzgamiento de delitos comunes perpetrados por militares ante la jurisdicción militar, que como se ha sostenido por la doctrina, es “amplísima, pues conoce del delito común el tribunal castrense si en la comisión del delito ha participado un militar...”³, es decir, en esa materia, se ha mantenido el histórico fuero personal, situación que actualmente pugna con la tesis

moderna del derecho penal en este ámbito, que a mi entender, es un concepto que también debe ser aplicable en el ámbito de la justicia castrense.

Para efectuar una precisa tipificación del delito militar, he sostenido que: “que el derecho penal militar se debe fundamentar en el bien jurídico protegido y, asimismo, en la función de política criminal, que el Estado le asigne a la norma punitiva castrense, de tal manera que exista un concepto material del delito, vinculado a la protección subsidiaria de bienes jurídicos, en nuestro caso, de carácter castrense.”⁴

Al analizar el concepto de los crímenes contra la humanidad, entendidos como “atentados contra bienes jurídicos individuales fundamentales (vida, integridad física y salud, libertad...) cometidos tanto en tiempo de paz como de guerra, como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político de iure o de facto.”⁵, observamos que el bien jurídico tutelado es de carácter individual y de afectación de derechos fundamentales, lo que permite afirmar que se deben excluir de la noción de delito militar.

A nuestro juicio, en el ámbito material constituido por el delito militar, el bien jurídico más relevante que se requiere preservar es la defensa nacional.

La trascendencia del bien jurídico defensa nacional se presenta en el ejercicio del

-
- 2 ASTROSA Herrera, Renato. Código de Justicia Militar Comentado. Editorial Jurídica, año 1985, página 29.
 - 3 LÓPEZ Dawson, Carlos. Justicia Militar, una nueva mirada. Editora nacional de derechos humanos, año 1995, página 93.
 - 4 CEA Cienfuegos, Sergio y CORONADO Donoso, Ricardo. Derecho Militar. Parte General. Tomo I, Editorial Legal Publishing, año 2011, página 66.
 - 5 GIL Gil, Alicia. En “La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post Roma”, editorial Tirant Lo Blanch, año 2002, página 94.

ius puniendi, sin dejar de lado su importancia en el ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito disciplinario, que desde una óptica de la respuesta de proporcionalidad del Estado, es de menor intensidad, situación que se manifiesta en la determinación del principio de tipicidad, por cuanto en materia penal el nivel de exigencia normativo es superior, dado la relevante afectación de bienes jurídicos del imputado y particularmente aquel directamente vinculado a la defensa nacional.

La defensa nacional, como bien jurídico tutelado es una condición esencial para la existencia de un Estado, en el que existe seguridad exterior, que le permite desarrollarse plenamente, asegurando su soberanía e integridad territorial sin interferencias exteriores. Por ello, se ha sostenido que “La función defensa, tal como las demás funciones estatales, requiere para su materialización de una estructura orgánica capaz de planificarla y ejecutarla, mecanismos de control de gestión, de una legislación de respaldo, de financiamiento y de políticas orientadoras. Una política pública, conocida como política de defensa, recoge todos estos aspectos.”⁶

El bien jurídico tutelado “defensa nacional” se encuentra previsto en la Constitución Política de la República, con menciones en las disposiciones previstas en el artículo 1º en lo que respecta al deber del Estado de resguardar la “seguridad nacional”, es decir, se consagra una acción de tutela, amparo o protección de la seguridad nacional, lo que, en consecuencia, implica que se ampara el bien jurídico “defensa nacional”.

En similar sentido, el artículo 22 de la actual Carta Fundamental de Chile, considera como deber fundamental del chileno el “defender su soberanía” y contribuir a “preservar la seguridad nacional”.

Si bien en términos generales el deber de tutela corresponde a todos los chilenos, la máxima autoridad del Estado, que es el Presidente de la República, es el único facultado para declarar la guerra, previa autorización por ley, asumiendo la jefatura suprema de las fuerzas armadas y disponiendo de los medios de defensa apropiados, que en este caso corresponden a las fuerzas de aire, mar y tierra, todo ello conforme al artículo 32, números 17, 18 y 19 de la Carta fundamental, y que tienen relación con el artículo 40 del mismo texto constitucional, que permite declarar el estado de excepción constitucional de asamblea, en caso de “guerra exterior”.

En consecuencia, para el sistema constitucional de Chile, la defensa nacional, se encuentra considerada en un bloque constitucional, que obliga al Estado a preservarla de amenazas, mediante un sistema de protección o tutela que compele a todos los chilenos a contribuir en ese esfuerzo, dirigidos por el Presidente de la República.

La Constitución Política de la República, encomienda a los órganos de la Administración del Estado, la consecución de determinados fines para satisfacer las necesidades públicas o colectivas. En el caso de las fuerzas armadas, estas tienen existencia precisamente para ser empleadas en la defensa de la patria. El concepto de patria se utiliza para reforzar el lugar o territorio con

6 Libro de la Defensa Nacional. Año 2010, página 109.

que se vincula un sujeto, ya sea por razones culturales, históricas, políticas o afectivas, nociones que quedan comprendidos en la defensa nacional, en lo referente a la protección de la población y de la integridad territorial del Estado.

b) Evolución Constitucional y Defensa Nacional

En la historia constitucional de Chile, existen de manera permanente, menciones a la protección del bien jurídico defensa nacional y al rol que se asigna a las fuerzas armadas en tal sentido. Para estos efectos, he considerado para mayor ilustración de los lectores, algunos artículos de determinadas Constituciones Políticas que han regido en nuestro país.

A este respecto cabe mencionar que en la “Constitución Política del Estado” de 1822, existe un título octavo, denominado “De la Fuerza Militar”, en el que se regulan las normas “De la tropa de Línea”, correspondiéndole a los tres poderes clásicos del Estado, acordar “el número de tropas que se necesite para la defensa del Estado.”, de conformidad a lo previsto en el artículo 235 de la citada carta constitucional.

En la “Constitución Política del Estado de Chile” de 1823, su artículo 18 regula las facultades del Director Supremo, entre las que se encuentran “organizar y disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, con arreglo a la ley”, “declarar la guerra”, “En un ataque exterior o conmoción interior imprevistos, puede dictar providencias hostiles o defensivas de urgencia, pero consultando inmediatamente al Senado.”, entre otras. Asimismo, el Título XX “De la Fuerza Pública”, particularmente en sus artículos 225 y siguientes, se dispone que exista una fuerza pública constituida por la “Milicia

Veterana” y “Nacional”, pero para la defensa nacional integra a todos los chilenos, por ello expresa que: “La fuerza del Estado se compone de todos los chilenos capaces de tomar las armas: mantiene la seguridad interior y la defensa exterior”, correspondiéndole a la “fuerza pública” un carácter “obediente” y no deliberante.

Por su parte, en la Constitución Política de la República de Chile de 1828, Capítulo XI, denominado “De la fuerza armada”, se reguló, especialmente, la composición de la fuerza armada, integrada por el “Ejército de mar y tierra, y de la milicia activa y pasiva”, pero, además en las atribuciones del Poder Ejecutivo, artículo 83 N° 10, se establece que el referido poder tiene la atribución de “Disponer de la fuerza de mar y tierra y de la milicia activa, para la seguridad interior y defensa exterior de la Nación...”

En otro orden de ideas, la Constitución Política de 1833, en su texto original, asignó al Presidente de la República, entre otras potestades, la conservación de “la seguridad exterior (SIC) de la República”, y para tales efectos le concede como atribuciones la provisión de empleos militares, disponer y mandar a las fuerzas de aire mar y tierra, organizarlas y distribuir las, y “Declarar la guerra con previa aprobación del Congreso...”

En la Ley de reforma constitucional de 24 de octubre de 1874, se otorgaba al Congreso la facultad de dictar leyes excepcionales en diversos casos, particularmente “cuando lo reclamare la necesidad imperiosa de la Defensa del Estado”.

En la Constitución Política de 1925, no existe un capítulo especial en el que se regulen las funciones de las fuerzas armadas, sin perjuicio que en materia de atribuciones presidenciales, se reglamentara la facultad del Presidente de la República

para disponer de las fuerzas de mar y tierra. Además en el texto constitucional se indica expresamente que la fuerza pública es esencialmente obediente por lo que ningún cuerpo armado puede deliberar.

En la reforma constitucional del 09 de enero de 1971, mediante la ley N°17.398, se sustituye el artículo 22 referido a la obediencia y no deliberancia de la fuerza pública por el siguiente texto: “La fuerza pública está constituida única y exclusivamente por las Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Carabineros, instituciones esencialmente profesionales, jerarquizadas, disciplinadas, obedientes y no deliberantes. Sólo en virtud de una ley podrá fijarse la dotación de estas instituciones.”

“La incorporación de estas dotaciones a las Fuerzas Armadas y Carabineros, sólo podrá hacerse a través de sus propias escuelas institucionales especializadas, salvo la del personal que deba cumplir funciones exclusivamente civiles.”

En el plano normativo, a partir de los decretos leyes 1551 (Acta Constitucional N° 2 “Bases esenciales de la Institucionalidad chilena”), 1552 (Acta Constitucional N°3 “De los derechos y deberes constitucionales”), 1553 (Acta Constitucional N° 4 “Regímenes de emergencia”), todos del 13 de septiembre de 1976, se produce un aumento sustancial de los cometidos constitucionales, que normalmente deberían considerarse asignados a las fuerzas armadas y a los chilenos en estado de cargar armas, en atención a que se excede la función tradicional de defensa nacional, a través de la asignación de competencia material y funcional, en la protección del orden institucional de la República, que comprende valores superiores y permanentes de la chilenidad, preservación de la identidad histórica – cultural

y conducción de la República, seguridad nacional y participación de las Fuerzas Armadas a través de una Junta de Gobierno, en las funciones constitucional, legislativa y de gobierno interior.

En efecto, la citada Acta Constitucional N°2 Bases esenciales de la Institucionalidad chilena “ , tuvo por fundamentos, entre otros, que las Fuerzas Armadas y de Orden “en cumplimiento de su deber esencial de resguardar la soberanía de la nación y los valores superiores y permanentes de la chilenidad, a justo y legítimo requerimiento de aquellas, asumieron el 11 de septiembre de 1973, la conducción de la República, con el fin de preservar la identidad histórico - cultural de la Patria y de reconstruir su grandeza espiritual y material”.

Por otra parte, en el acta constitucional N° 3 “De los derechos y deberes constitucionales”, se prescribe, en su artículo quinto, que: “Todo chileno tiene el deber fundamental de honrar a su Patria, de defender su soberanía y su integridad territorial, y contribuir a preservar la seguridad nacional y los valores esenciales de la tradición chilena.”

Finalmente, en el acta constitucional N° 4 “Regímenes de emergencia” , se afirma en el considerando primero: “*Que es deber natural y constitucional del Estado promover el bien común, cuya consecución sólo es posible mediante la creación de las condiciones necesarias para el desarrollo económico social de la comunidad, al que es consustancial la seguridad nacional considerada como la aptitud del Estado, para garantizar ese desarrollo, precaviendo y superando las situaciones de emergencia que pongan en peligro el logro de los objetivos nacionales.*”

El aumento de potestades y atribuciones que se asignaron en la década de los

años setenta, fue reconocido expresamente por DUVAUCHELLE⁷ quien señaló que *“El objetivo primordial o razón de ser de las Fuerzas Armadas es la defensa de la patria, lo que exige que ellas estén siempre preparadas para acudir en protección del Estado, su soberanía, sus nacionales, sus valores y sus tradiciones, respecto de cualquier amenaza o agresión, sea interna o externa.”* Agrega el citado autor que *“Las circunstancias de ser las FFAA. esenciales para la seguridad nacional, significa asumir la tarea de velar y contribuir a la coordinación de todas las actividades del Estado, que permitan desarrollar sus potencialidades, sea en los campos económicos, social, político o cultural, con vistas al bien común.”*

En lo que respecta a la Constitución de 1980, los autores están contestes en que en el ámbito de las fuerzas armadas, se produjo un incremento de cometidos constitucionales. En efecto, como afirma VERDUGO⁸ *“Las tradicionales funciones de las FFAA., como son la defensa de la soberanía territorial, aparecen ampliadas en el texto de la Constitución de 1980, desde el momento en que junto con considerarse “esenciales para la seguridad nacional” se les asigna además el rol de garantes del orden institucional (inciso 2º artículo 90 primitivo de la Constitución), lo anterior considerando además que integraban en mayoría el Consejo de Seguridad Nacional.”*

Una de las funciones constitucionales de los cuerpos armados, que suscitaba una importante crítica respecto a su existencia, era precisamente la referida al rol de ser garante del orden institucional de la República, como anota CEA EGAÑA⁹ es:

“Una disposición de la máxima importancia política, aunque de contenido y aplicación difusos, es la que confía a dichas instituciones la misión de garantizar el orden institucional de la República. Se ha destacado que el fundamento histórico de esta atribución yace en los reiterados llamados que diversos Presidentes efectuaron hasta 1973, a las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, para contribuir a mantener el funcionamiento normal de las instituciones nacionales amenazadas por huelgas o paros, asonadas y otros hechos críticos. Pero ello no evita sostener que sigue siendo una facultad que exige, para ser ejercida, una apreciación muy estricta de las circunstancias que la motivan y con finalidad de subordinación patente al sistema constitucional. A mayor abundamiento, la misión referida tiene que ser cumplida por todos los órganos del Estado de derecho, de conformidad con lo mandado en el artículo 6º de la Constitución. Es por ende, una atribución que no debe ser actualizada por ser peli-

7 DUVAUCHELLE Rodríguez, Mario. Las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile: Su regulación constitucional y orgánica constitucional. Editorial Jurídica de Chile, primera edición año 1994, páginas 84 y 85.

8 VERDUGO Marinkovic, Mario. Notas a la reforma constitucional en lo que atañe a las fuerzas armadas y consejo de seguridad nacional, páginas 699 a 709, en Reforma Constitucional. Editorial Lexis Nexis, año 2005.

9 CEA Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, tomo I. Ediciones Universidad Católica de Chile, enero del año 2002, página 129.

grosa y de consecuencias delicadas. En suma es mejor derogada.”

Sobre la atribución asignada a las Fuerzas Armadas, para el resguardo del orden institucional de la República, existió una opinión favorable del comisionado Guzmán¹⁰, pero con ciertas restricciones asociadas a la delimitación de funciones en un Estado de Derecho. En efecto dicho comisionado señala:

“...que se le presentan dudas frente al problema de transformarlas en la fuerza que asegure el cumplimiento del Derecho, porque no hay ninguna duda de que en casos extremos, en que se trate de conservar o asegurar el ordenamiento institucional de la República, parece conveniente y adecuado radicar en las Fuerzas Armadas esa misión, si es que a alguien se le quiere entregar en forma explícita, pero en la forma en que está redactado el precepto, se convierte a las Fuerzas Armadas en el órgano destinado a garantizar, prácticamente, todas las resoluciones de los órganos del Estado, de los poderes públicos o políticos, con el inconveniente de que en la práctica, como las dificultades surgen cuando hay conflictos entre los órganos o Poderes del Estado, las Fuerzas Armadas pasarían a ser un árbitro con tendencia permanente a actuar para resolver conflictos, porque en cualquier instante en que uno de los órganos del Estado sostuviere que otro le está entorpeciendo el libre ejercicio de

sus atribuciones, sería legítimo entender y comprender que este Poder se dirigiera al que está encargado de garantizar el libre ejercicio de ese Poder, y le pidiera que se lo garantizara, en cuyo caso estarían permanentemente en presencia de una acción, no en casos límites, sino de casos bastante frecuentes.”

El criterio constitucional de asignar a las Fuerzas Armadas el rol de garantes del orden institucional, que surge en la Comisión de estudio de la nueva Constitución Política de la República, fue objeto de una crítica en las expresiones del comisionado BERTELSEN quien, citado por TRONCOSO,¹¹ expresa que existe un “mal acostumbramiento” que consiste en que “el país esté descansando permanentemente en ellas (las Fuerzas Armadas) como protectoras de la Constitución”, por lo que estima que aquello es “peligroso”.

Por lo expuesto, no es de extrañar que el la ley de reforma constitucional N°20.050 de 26 de agosto de 2005, se transfiriera este cometido constitucional a todos los Órganos del Estado y no tan sólo a las Fuerzas Armadas.

Sobre la materia en análisis, es menester señalar que no es la finalidad de este artículo académico, analizar las causas que originan el aumento de potestades públicas de las fuerzas armadas en el ordenamiento jurídico constitucional, pero si podemos precisar que sólo en la época de la

10 Actas de la Comisión Ortúzar, sesión 52.

11 TRONCOSO Riquelme, Marco Antonio. El papel de las Fuerzas Armadas y Carabineros, como garantes del orden institucional de la República. En actas 34 de las Jornadas de derecho público. (25-27 Noviembre de 2004). Edición Lexis Nexis, año 2005, página 132.

formación de la República de Chile (Constituciones de 1822 y 1828) se constatan normas jurídicas de similar extensión axiológica, lo que denota un espíritu refundacional en las citadas Actas Constitucionales de la mitad de la década de los setenta en Chile, situación que hasta hoy le ha restado legitimidad jurídica, en un Estado de Derecho, a los textos constitucionales basados en esas normas primigenias, lo que en parte explica, aquella razón de que no obstante la trascendente reforma a la carta fundamental en el año 2005 mediante la ley de reforma constitucional N° 20.050, este texto constitucional hasta la fecha, no sido capaz de generar amplios consensos en la sociedad chilena en torno a su legitimidad como Norma Suprema, en términos tales que el actual Gobierno de Chile ha iniciado un proceso paulatino destinado a reemplazar la actual Constitución Política.

Por lo expuesto coincidimos con BAS-SA¹² en el sentido de que “El ideal ético de la Constitución, se encuentra determinado por las circunstancias de cada momento histórico, ello permite optimizar el reconocimiento y protección de los distintos valores y principios que la comunidad ubica dentro del marco de la Constitución”.

El citado autor¹³ agrega respecto a la reforma del año 2005 que “... significó un considerable avance en la democratización de la Constitución chilena, sin perjuicio de que aún existen materias pendientes, quizá, la más importante, en materia de derechos fundamentales, cuyo catálogo aún espera por una revisión que lo legitime plenamente”.

c) El ius puniendi y la defensa nacional

El ius puniendi o facultad estatal de castigar el delito, se fundamenta en la protección de bienes jurídicos tutelados que son relevantes para la sociedad, bienes jurídicos que en virtud de principio de juridicidad, deben estar consagrados en el ámbito constitucional; pues desde esta perspectiva, la noción de bien jurídico militar debe tener un sustento en la Constitución Política de la República, que necesariamente se configura como una infracción de deberes o funciones castrenses, es decir no basta vestir uniforme para perpetrar delitos militares, sino que además el delito debe ser un delito de función. En consecuencia, un militar puede cometer delitos comunes o delitos de función, y sólo en este último caso podrá ser sujeto al fuero especial, que como hemos sostenido, ha dejado de ser un fuero personal, como si lo fue en las primeras épocas del Derecho Militar.

Actualmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴, ha expresado que el fuero militar permite el juzgamiento de militares en servicio activo y en actos del servicio -competencia personal, siempre que se perpetren delitos que atenten bienes jurídicos propios del orden militar, esto es denominado competencia material.

En el ámbito constitucional ya he analizado en el título precedente, que el bien jurídico tutelado en materia militar es la defensa nacional, el que ha estado presente en casi todos los textos constitucionales, con mayor o menor precisión de las funciones

12 BASSA Mercado, Jaime. El Estado Constitucional de Derecho. Editorial legal publishing, julio de 2009, página 1.

13 Op. cit. Página 17.

14 Casos “Palamara contra Chile”, “Radilla Pacheco contra México” y “Rosendo Cantú contra México”.

asignadas a los cuerpos armados. Por consiguiente, si ya hemos centrado lo que debe constituir el fundamento del delito militar, claramente debe estar orientado a la protección de la defensa nacional, es decir, el delito militar supone que la conducta se realiza en acto de servicio afectando la existencia y eficacia operativa del cuerpo armado y disminuyendo su capacidad para sostener la defensa nacional.

Lo antes expuesto implica que el militar infringe un deber funcional propio, esto es, aquel que le corresponde conforme a su cargo, grado y jerarquía, pero no debe confundirse con el mero incumplimiento de órdenes superiores, ya que en principio, el *ius puniendi* exigirá una especial relevancia o gravedad que haga necesario el ejercicio de una conminación o amenaza penal, reduciendo al ámbito meramente administrativo, las infracciones que con menor entidad afectan el citado bien jurídico.

Asimismo, el incumplimiento de órdenes superiores, evidentemente afecta la eficacia operativa del cuerpo armado y destruye su estructura jerárquica y de disciplina, lo que permite el ejercicio del *ius puniendi* en el ámbito castrense, para cautelar la estructura jerárquica y de mando, de tal manera de que las fuerzas armadas puedan cumplir los cometidos constitucionales asignados, especialmente en el ámbito de la defensa nacional.

Lo anterior implica que la defensa nacional, como bien jurídico tutelado en un estado de derecho, reconoce como límite el respeto, protección y promoción de los derechos fundamentales; por ello afirmamos que el derecho militar impone al cuerpo armado no solo un deber de obediencia jerárquica o disciplinaria, sino que, además, el deber de respetar en forma permanente los derechos fundamentales.

En consecuencia, el derecho militar existe para preservar derechos fundamentales y no es ajeno a la protección constitucional de tales derechos, situación que permite resolver de manera acertada los casos de órdenes atentatorias contra los derechos fundamentales y el orden constitucional del Estado, ya que en ambas situaciones, los sujetos activos del delito militar, se apartan de la función de defensa nacional que la Constitución Política les asigna. De esta forma se superan los conceptos de obediencia debida y obediencia reflexiva.

La Defensa Nacional, como bien jurídico tutelado, se vincula con la jerarquía, disciplina y la no deliberancia, nociones jurídicas que no alcanzan a constituirse en bienes jurídicos, si permiten ser defendidos por el derecho penal mediante la teoría de la fragmentación de Gunter Jackobs, dado que no se trata de cada uno de esos conceptos que correspondan a diversos bienes jurídicos, sino que por el contrario, los tres últimos conceptos referidos, permiten alcanzar el bien jurídico tutelado en los delitos militares, de tal suerte que si se afecta la jerarquía, disciplina y no deliberancia, se termina poniendo en peligro o afectando la defensa nacional. Gunter Jackobs expresa sobre la materia que "... si bien el comportamiento delictivo no se puede anticipar discrecionalmente a la lesión de un bien jurídico, quizá resulte posible anticipar la propia lesión de un bien jurídico. En este punto no se está pensando en rebajar el ataque al bien jurídico de la lesión a la puesta en peligro, sino en un fraccionamiento del bien jurídico. Se puede fragmentar el injusto correspondiente al estadio de la lesión, en diversos injustos parciales y, renunciando a la completa reunión de todos los injustos parciales, definir el injusto del hecho, por algunos fragmentos de injusto producidos

precozmente o, incluso, por uno solo de ellos”.¹⁵

La protección de bienes jurídicos ha sido analizada por Cury quien expresa que “... la cuestión de qué bienes jurídicos merecen ser protegidos con la amenaza de una pena penal, es la primera- y, posiblemente, la de mayor trascendencia que se propone el legislador. Como ya se ha señalado para resolverla, ha de tener en cuenta que la pena penal es el más severo de los recursos con que cuenta el derecho; por lo mismo, el último que ha de emplear.”¹⁶

En este contexto, al analizar el Código de Justicia Militar del año 1925 y las leyes penales especiales que quedaron sometidas al fuero militar, afirmamos que se presenta una diversidad y amplitud en materia de bienes jurídicos tutelados, tipificándose conductas que a juicio del suscrito, no requerirían de la amenaza penal para ser sancionadas, bastando simplemente una mera infracción administrativa y disciplinaria. Asimismo, existen tipos penales sustentados en bienes jurídicos que no son estrictamente castrenses, y que deben ser abordados desde el derecho penal común.

Cury, además, agrega: “... si se desea que la amenaza penal surta sus efectos, importa usarla con prudencia, la prodigalidad suele conducir a la grosería, y tipos grotescos, amenazados con penas grotescas, desvalorizan la institución penal, deteriorando el instrumento más poderoso del ordenamiento jurídico.”¹⁷

En consecuencia, a nuestro entender, es necesaria una reforma que delimite el

concepto de delito militar, en cuanto a que, sólo deben ser considerados como tales, aquellas conductas que afecten la defensa nacional y las que se vinculen a este bien jurídico mediante el sistema de fragmentación, es decir, aquellas que incidan o afecten en la disciplina, la jerarquía y la no deliberancia, toda vez que, de lo contrario, se afectaría el principio de especialidad, que es precisamente el fundamento de la existencia de la judicatura del fuero.

Reiteramos que la correcta determinación material del delito militar, solo debe considerar aquellos tipos penales que se sustentan en un bien jurídico de exclusivo carácter militar, de acuerdo a las actuales exigencias que el Estado de Chile asigna a las Fuerzas Armadas, y ese es la Defensa Nacional.

Exclusión de Carabineros de Chile como sujeto activo militar

En lo que respecta a Carabineros de Chile, sus deberes y cometidos constitucionales son distintos a los previstos para las Fuerzas Armadas, de tal manera que desde el punto estrictamente jurídico, no existe un fundamento concreto para justificar la tipificación de delitos militares, respecto de aquellos.

En efecto, Carabineros de Chile es una fuerza de orden y seguridad pública y, como tal, tiene asignado como cometidos constitucionales especialísimos la de dar eficacia al derecho; garantizar el orden público y la seguridad pública interior, todo ello bajo la dependencia orgánica del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

15 JACKOBS, Gunter. Fundamentos del derecho penal. Editorial Gráfica LAF S.R.L. Argentina, año 1996.

16 CURY URZUA, Enrique. Derecho penal Parte GENERAL, TOMO I, Editorial Jurídica, año 1988, página 234.

17 Ob. Cit. Pág. 235.

Por razones históricas y de política criminal, Carabineros de Chile ha sido considerado con un título especial en el Código de Justicia Militar, en su título II, libro cuarto, incorporado mediante el decreto ley N° 650 de 1932, reconociéndole un carácter disciplinario militar, que hasta la fecha se mantiene vigente en su ley orgánica constitucional.

Los tipos penales especiales previstos para Carabineros de Chile, en el Código del Fuero, son los de embriaguez en el servicio, el abandono de servicio y el maltrato de obra a carabineros de servicio, en los que no existe una protección de la defensa nacional como bien jurídico tutelado, y por ello, no pueden efectivamente ser considerados delitos militares, salvo cuando cumplen funciones militares en operaciones de paz, tiempos de crisis o de guerra, en que excepcionalmente protegen la defensa nacional.

Sin embargo, en el derecho comparado constatamos que existen algunos Estados en Latinoamérica que han considerado conjuntamente los fueros militares y policiales, y ello en razón que las realidades institucionales y percepciones de cada sociedad son distintas en esta materia, por cuanto en aquellos países latinoamericanos la macro criminalidad propia del terrorismo y el narcotráfico ha impactado y han requerido una respuesta militar a esos fenómenos delictivos por parte del Estado.

En Chile no se ha presentado actualmente una fenomenología en términos

tales de macro criminalidad como las antes enunciadas, por lo que, en consecuencia, en un nuevo ámbito de aplicación del Código de Justicia Militar, no existe un fundamento objetivo para tipificar actualmente, dentro de la judicatura del Fuero Militar, delitos perpetrados por Carabineros de Chile, salvo las excepciones ya mencionadas, lo que en definitiva debe traducirse en una futura modificación al Código de Justicia Militar.

Los delitos militares y la exclusión de la víctima civil

Como hemos expresado, el delito militar es un delito de función, que tutela el bien jurídico defensa nacional. Este bien jurídico es de naturaleza colectiva y permite al Estado mantener la adecuada protección a la población, los recursos naturales y la integridad territorial en el marco de las funciones asignadas constitucionalmente a las Fuerzas Armadas, en razón de que tales situaciones que son incompatibles con las víctimas civiles en el ámbito del delito del fuero¹⁸.

Lo anterior había sido reafirmado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha establecido de manera reiterada que la justicia militar carece de jurisdicción sobre intervinientes civiles y que sólo puede investigar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense.

En consecuencia, el bien jurídico defensa nacional y la función militar, se

18 En Sentencia de fecha 29 de julio de 2015, la Ilma. Corte de Apelaciones de Valdivia, acogiendo un recurso de apelación en materia de competencia, en causa Rol N° 470-2015, declaró competente a la justicia ordinaria, para conocer un caso de violencia policial, por las lesiones sufridas por el comunero mapuche Miguel Antiquero Painen durante el violento desalojo realizado con fecha 9 de enero de 2015 del Fundo Lumaco Bajo, en la Comuna de Río Bueno.

encuentran limitados para afectar derechos fundamentales de civiles¹⁹.

Delitos militares de función

Si bien algunos Códigos de Justicia Militar consideran como bienes jurídicos la disciplina y la jerarquía, esto claramente no debiera ser considerado como argumento para sostener que tales bienes jurídicos son exclusivamente militares, ya que la disciplina y jerarquía no son características exclusivas solo de las Fuerzas Armadas, sino que se presentan en todos los órganos de la Administración del Estado, incluso de aquellos que integran la Administración civil, de esta manera se confundirían algunos delitos cometidos por funcionarios públicos con los delitos militares propiamente tales.

La ley N° 18.834 establece, expresamente, en el artículo 61 letra f), que los funcionarios públicos de la Administración Civil deben obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico, pudiendo ser objeto de medidas disciplinarias si infringen dicha obligación.

Sin embargo, la intensidad de la jerarquía y la disciplina constituyen en los Cuerpos Armados un régimen de sujeción especial de sus integrantes, en especial la disciplina, que es un pilar esencial dentro de la estructura de las organizaciones militares.

Las violaciones a los derechos humanos (genocidio y lesa humanidad) no están comprendidas dentro del bien jurídico defensa del Estado y, por ello, esos actos no

deben sancionarse con un ius puniendi militar, sino que con el ius puniendo común. Esto, además, explica por qué razón quedan excluidas de la competencia de la justicia militar.

CONCLUSIONES

1.- En el proceso de reforma a la justicia militar en Chile es evidente que quedan pendientes modificaciones a un sinnúmero de instituciones jurídicas de la Justicia Militar y que no fueron consideradas en la ley N° 20.477 de fecha 30 de diciembre del año 2010.

2.- A juicio del suscrito, las materias o contenidos que deben ser necesariamente abordadas en una próxima ley son: a) la organización de los tribunales militares y su respectiva competencia, respetando el principio de especialidad en ponderación con la adecuada independencia e imparcialidad que requieren dichos órganos y sujetos procesales; b) Reemplazar el actual procedimiento inquisitivo por uno acusatorio, en el que se resguarde, en mejor forma, el debido proceso y la presunción de inocencia, considerando las especiales características de la función y profesión militar. No es concebible ni razonable que en la actualidad en Chile exista una isla jurídica para los integrantes de las Fuerzas Armadas en esta materia; c) la correcta determinación material del delito militar, considerándose aquellos tipos penales que se sustentan en un bien jurídico de exclusivo carácter militar, de acuerdo a las actuales exigencias que

19 Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2493-13-INA del 6 de mayo del 2014, sobre el Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del primer párrafo del art. 5 n°1 y n°3 del Código de Justicia Militar.

el Estado de Chile asigna a las Fuerzas Armadas y ese bien jurídico es la Defensa Nacional; y, d) la posibilidad de que la potestad sancionadora disciplinaria tenga un sistema de control en sede jurisdiccional especial, de tipo contencioso administrativo, en el que exista una acción que se pueda interponer, contra las resoluciones que contengan medidas disciplinarias que afecten derechos fundamentales.

3.- En el ámbito material constituido por el delito militar, el bien jurídico más relevante que se requiere preservar es, precisamente, la Defensa Nacional y ello se vincula directamente con el ius puniendi o

facultad estatal de castigar el delito, que se fundamenta en la protección de bienes jurídicos tutelados relevantes para la sociedad y que en virtud del principio de juridicidad, deben estar consagrados en el ámbito constitucional.

4.- Entonces, la conclusión de este Ensayo es que la adecuada determinación material del delito militar solo debe considerar aquellos tipos penales que se sustentan en un bien jurídico de exclusivo carácter militar, de acuerdo a las actuales exigencias que el Estado de Chile asigna a las Fuerzas Armadas, y ese es la Defensa Nacional.

“OCASIÓN DEL SERVICIO” Y SU INTERPRETACIÓN A TRAVÉS DE LAS TEORÍAS DEL TIPO OBJETIVO Y DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

*MAG FAP Arturo Antonio Giles Ferrer**
*COR FAP Jorge Félix Ampuero Begazo***

RESUMEN

Sostener que la teoría no es muy útil al momento de resolver casos judiciales, es caer en precariedad argumentativa y, lo que es peor, en arbitrariedad, debido a que el operador jurisdiccional o fiscal no va a sustentar su decisión en un criterio legítimo sino personal, que por ser tal, ya es improvisado. La importancia de la teoría es resaltada en el presente estudio, principalmente las teorías del tipo objetivo y de la imputación objetiva, que llevadas a la práctica en un caso real en el presente año en el Tribunal Superior Militar Policial del Centro, reflejan su trascendental importancia en la solución de un caso difícil y permiten legitimar un fallo al dotarlo de solvencia jurídica.

PALABRAS CLAVE

Ocasión del servicio, teoría del tipo objetivo, elemento normativo del tipo y teoría de la imputación objetiva.

1. “OCASIÓN DEL SERVICIO” Y VACÍO JURISPRUDENCIAL

Uno de los elementos del delito de función y que es materia del presente estudio es el elemento normativo “ocasión del servicio”, el mismo que junto al “acto de servicio”, fueron abordados por la jurisprudencia con cierta displicencia, sino veamos un fundamento de la sentencia del Tribunal Constitucional derivada del expediente N° 02557-2009-PHC/TC:

* Vocal Supremo del Fuero Militar Policial, doctor en Derecho.

** Presidente del Tribunal Superior Militar Policial del Centro, magíster en Derecho Penal Militar.

“8. En ese sentido, como ha indicado este Tribunal, para que un ilícito califique como delito de función, deben concurrir tres exigencias: a) el hecho debe ser cometido por un agente en situación de actividad; b) la conducta imputada debe ser cometida en el ejercicio de las funciones policiales o militares, es decir, en acto de servicio; y c) que el acto en cuestión infrinja un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses, el que además se configura de los fines constitucionales y legales establecidos a dichas instituciones. Respecto de la última exigencia, cabe señalar que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 165° de la Constitución, las Fuerzas Armadas tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República (excepcionalmente puede asumir el control del orden interno sobre la base de lo dispuesto por el artículo 137° de la Constitución). Por su parte, el artículo 166° de la Constitución establece que la finalidad de la Policía Nacional consiste en garantizar, mantener y restablecer el orden interno”¹.

No es sino hasta el 08 de Julio del 2015, en que el Tribunal Constitucional, vía la sentencia recaída en el expediente N° 00022-2011-PI/TC, retoma ese aspecto fundamental relacionado a la justicia militar policial, como es el referido a los elementos del delito de función, con el mérito de ser la primera vez que la jurisprudencia aborda con cierto detalle en materia penal, los elementos del

delito de función “acto de servicio” y “ocasión del servicio”, al que los fundamentos 81 y 82 los desarrollan doctrinal, pero parcialmente en los siguientes términos:

“B.2.b.2 Elemento funcional

81. La conducta típica debe originarse en un acto del servicio o con ocasión de él, infracción que debe revestir cierta gravedad y justificar el empleo de una conminación y una sanción penal. Los tribunales militares solo están habilitados, ergo, para juzgar los asuntos constitutivos de infracciones cometidas por el sujeto activo en ejercicio de sus funciones. Se requerirá que la función o servicio en el cumplimiento del cual se cometió el delito sea en sí misma una actuación legítima enmarcada en las funciones encargadas por la Constitución o las leyes a las FFAA o a la PNP.

82. Asimismo, es preciso que exista una relación normativa entre la actividad del policía o militar –función encomendada– y la comisión del delito. Con esto se quiere decir que el delito de función debe ser entendido como el quebrantamiento de un deber institucional que forma parte del rol jurídico que corresponde desarrollar a militares y policías en la sociedad. Así, para que un delito sea de competencia penal militar policial debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio; esto es, el hecho punible debe surgir como un abuso de poder –o una extralimitación– ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado”².

1 Página web del Tribunal Constitucional, <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02557-2009-HC.html>, información extraída el 30-11-2015.

2 Diario oficial El Peruano, <<http://www.elperuano.com.pe/NormasElperuano/2015/08/22/1277296-1.html>>, información extraída el 30-11-2015.

En efecto, ante la sola mención y sin ningún tipo de definición que hacen los artículos II y 7° del Código Penal Militar Policial, respecto al “acto de servicio” y la “ocasión del servicio”, es meritorio el criterio sentado en materia penal por el Tribunal Constitucional, puesto que permite a la doctrina, vía esta valiosa publicación académica y la jurisprudencia de nuestros tribunales militares policiales, ampliar y desarrollar este criterio, como que así se hará en este estudio, debido a que consideramos que existe un vacío jurisprudencial en esta materia, el mismo que parece haber sido llenado con la dación del auto de fecha 12 de Noviembre del 2015, expedido en mayoría por el Tribunal Superior Militar Policial del Centro y recaído en la apelación interpuesta contra la resolución que declara infundada la excepción de naturaleza de acción, en la causa N° 0066-2015-02-17.

2. DEBATE: ¿FUE CON OCASIÓN DEL SERVICIO O NO?

Del debate oral entre las partes realizado en la Audiencia de Apelación de Auto, el Colegiado consideró que el fundamento de la indicada apelación, se centra en la supuesta ausencia de una de las características básicas de los delitos de función, como es que los delitos de Desobediencia y Falsificación o Adulteración de Documentación Militar Policial, no han sido cometidos “con ocasión del servicio”, basándose la Defensa Técnica del acusado, en la circunstancia que su patrocinado no ha realizado los hechos que se le imputan como efectivo de la División de Lavado de Activos de la Policía Nacional del Perú, sino como un efectivo policial que se encontraba de vacaciones el día de los hechos, consistiendo su conducta o acción consistente en una supuesta entrega de dinero, en un monto de quince mil

nuevos soles, al Jefe del Departamento de Control de Tránsito de la Región Policial de Huánuco, con la finalidad de que brindase versión diferente a la real sobre expedición de autorización de lunas oscurecidas, emitidas por el Departamento de Tránsito de Huánuco.

El principal argumento que encontró el Colegiado para resolver la apelación del auto puesto en su conocimiento, radicó en la concurrencia de los supuestos que establece el literal “b”, del Inciso 1), del artículo 167° del Código Penal Militar Policial, que son por los que cabe deducir la Excepción de Naturaleza de Acción: cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente; por lo que de ser amparada la excepción, se dará por fenecido el proceso y se mandará archivar definitivamente la causa.

En relación al primer supuesto por el que cabe deducir la Excepción de Naturaleza de Acción, el hecho denunciado no constituye delito cuando no se adecua a un tipo penal, pudiéndose distinguir dos situaciones: a) La ausencia del tipo penal, cuando el tipo de lo injusto alegado es inexistente en el ordenamiento jurídico, ya sea en su forma perfeccionada o en una ampliación del mismo, y b) La ausencia de tipicidad, cuando el tipo penal existe normativamente, pero los hechos denunciados no se adecuan a él.

El análisis y consideración aplicable por el Tribunal, fue la segunda situación descrita en el párrafo precedente, debido a que se discute la ausencia de tipicidad en tipos penales existentes como son los delitos de Desobediencia y Falsificación o Adulteración de Documentación Militar Policial, pero los hechos denunciados no se adecuan a ellos, por los motivos resumidos por la Defensa Técnica del acusado.

3. DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL Y TEORÍA DEL DELITO

Definido así el problema fáctico en conflicto, luego de recibidas las argumentaciones de las partes en la Audiencia de Apelación de Auto, viene la deliberación de los integrantes del Tribunal y les corresponde justificar su decisión con consideraciones legítimas y que mejor ilustración para motivar una resolución en materia penal, que la enseñanza de GIMBERNATT sobre la importancia que reviste la dogmática jurídico penal, la misma que se resume en los siguientes términos:

“Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuando menos desarrollada esté una Dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución (...) La Dogmática se opone a esta situación de inseguridad”³.

Esas sabias palabras implican que en el Derecho penal no hay criterio de interpretación más abusivo que el individual o particular, por lo que si queremos emitir una resolución justa en esta materia, debemos motivarla o sustentarla, necesariamente, en la dogmática jurídico penal, cuyo derivado principal es la teoría del delito.

ZAFFARONI la define así: “(...) En síntesis, la teoría del delito es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada

caso concreto”⁴. La importancia de la teoría del delito es su trascendencia práctica, pues proporciona un método basado en el sistema dogmático y el concepto dogmático del delito, que son herramientas que sirven para solucionar casos penales difíciles. Forman parte de ella, las teorías del tipo objetivo y de la imputación objetiva.

Así, el sustento garantista para interpretar el delito de función y específicamente al elemento “ocasión del servicio”, se encuentra en las teorías del tipo objetivo y de la imputación objetiva, a las cuales ha hecho referencia la indicada resolución del Tribunal Superior Militar Policial del Centro de fecha 12 de Noviembre del 2015.

4. ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO “OCASIÓN DEL SERVICIO”

El tipo penal es definido por el mismo ZAFFARONI como “un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas)... Tipos son las fórmulas legales mismas, de la especie de las que mencionamos, es decir, las fórmulas legales que nos sirven para individualizar la conducta que la ley penal prohíbe”⁵. Comprende el tipo objetivo y el subjetivo. Para fines de nuestro estudio sólo nos interesa el tipo objetivo, por cuanto el dolo y la culpa que forman parte del subjetivo, son elementos ajenos a este artículo.

El tipo objetivo consiste en la descripción de las características exteriores de la

3 GIMBERNATT, Enrique: “¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídico-Penal?”, publicado en España en “Problemas Actuales de Derecho Penal y Procesal Penal”, Universidad de Salamanca, 1971. También en “Problemas Actuales de las Ciencias Penales y de Filosofía del Derecho”, en homenaje al profesor JIMÉNEZ DE ASÚA, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970, Madrid, tercera edición, Tecnos 1990, p. 158.

4 ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Manual de Derecho Penal”, tomo I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1986, pp. 317 y 318.

5 ZAFFARONI, op. cit., p. 371.

conducta prohibida o elementos del obrar externo. Comprende al sujeto activo, la descripción de la acción y la penalidad.

La descripción de la acción, esto es, las circunstancias (tiempo, medio, lugar, etc.) extraídas de la vida real que caracterizan a la conducta prohibida, estando integrada por el verbo rector y los elementos descriptivos y normativos.

Con los elementos descriptivos no hay mucho problema, porque son aquellos que el autor puede conocer a través de los sentidos (vista, tacto, oído, etc.). Son objetos del mundo exterior que el autor puede conocer a través de sus sentidos sin hacer una especial valoración. Tal es el caso de la cosa mueble en el delito de hurto.

Por su parte, los elementos normativos son aquellos contenidos en una descripción típica que sólo se pueden captar mediante un acto de valoración de un hecho o de una circunstancia determinada. Para apreciarlos el juez debe realizar un juicio de valor, que puede ser jurídico (por ejemplo: “funcionario” o “servidor público”, artículo 380° del Código Penal) o empírico cultural (como las “proposiciones inmorales o deshonestas” contenidas en el artículo 450°, inciso 1°, del Código Penal). En este caso, la percepción sensorial del funcionario o de las proposiciones deshonestas, es todavía insuficiente para fundamentar su existencia en el sentido del Derecho vigente. El carácter jurídico o cultural no se percibe mediante una actividad sensorial.

Como se puede apreciar, son los elementos normativos los que revisten particular importancia, por cuanto es aquí donde técnicamente se ubica nuestro tema de estudio “ocasión del servicio”. Así, para poder interpretarlo, debemos realizar un juicio de valor jurídico, remitiéndonos a alguna norma legal que lo defina, que en el caso de la resolución de fecha 12 de Noviembre del

2015, considerando décimo séptimo, ante la ausencia de definición de la expresión “con ocasión del servicio” en el Código Penal Militar Policial, se tuvo que recurrir a normas extrapenales, encontrando el artículo 10° del Decreto Supremo N° 009-88-DE-CCFA, Reglamento de la Ley de Pensiones Militar Policial, que entiende por “ocasión del servicio”: “el que por causas externas muera o quede invalidado, como resultado de los servicios que ha prestado con anterioridad, en cumplimiento de la misión institucional o funciones propias inherentes al cargo”.

Sin embargo, siendo la anterior definición dada para efectos previsionales, resulta insuficiente para fines penales, debido a que sólo resulta pertinente efectuar interpretaciones de índole penal para resolver el problema derivado del debate realizado en la Audiencia de Apelación de Auto, siendo la interpretación idónea en esta oportunidad, por estar incurso dentro del juicio de tipicidad, la teoría de la imputación objetiva, por cuanto no basta con haber causado el resultado para que el sujeto activo haya realizado el tipo penal, sino que, además, dicho resultado típico debe serle imputado objetivamente al sujeto, con base en determinados criterios que son reconocidos por la doctrina penal a falta de normativa legal y jurisprudencia, como es de lo que adolece el presente caso.

5. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y “OCASIÓN DEL SERVICIO”

Claus ROXIN sintetiza la teoría de la imputación objetiva del siguiente modo: *“un resultado causado por el sujeto que actúa, sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo, cuando: (1) El comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de*

acción; (2) cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto; y (3) cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo"⁶. Mientras que Günther JAKOBS establece como criterio rector de sus criterios de la imputación objetiva el rol desempeñado por el agente en el contexto de la acción, el mismo que está referido a "un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables"⁷, de tal forma que el quebrantamiento de los límites que nos impone dicho rol, es aquello que objetivamente se imputa a su portador.

Son los criterios señalados en el párrafo anterior, específicamente el signado con el número (1), denominado en la doctrina penal como "creación de un riesgo no permitido o prohibido", aplicables al presente caso. Este último criterio doctrinal da a entender que se niega la imputación objetiva y, por tanto, no se atribuye un tipo a un sujeto, cuando la acción no ha creado el riesgo relevante de una lesión al bien jurídico. Para ello, se valoran las normas administrativas, técnicas, deontológicas o de experiencia.

En el debate realizado en la Audiencia de Apelación de Auto, han sido invocadas por las partes solo jurisprudencia del Tribunal Constitucional y supuestas normas genéricas de la Policía Nacional del Perú, sin indicación precisa de la parte específica que norme la regulación de la circunstancia "con ocasión del servicio" en la función policial, por lo que, ante tal vacío, este Colegiado ha recurrido a una norma administrativa extra penal, como es el artículo 10° del Decreto Supremo N° 009-88-DE-CCFA, Reglamento de la Ley de Pensiones Militar Policial, a través del

cual queda claro que una acción realizada "con ocasión de servicio", es aquella que es resultado de los servicios que el militar o policía en situación de actividad ha prestado con anterioridad, en cumplimiento de la misión institucional o funciones propias inherentes al cargo.

En el presente caso, no derivándose la acción imputada al acusado del servicio que éste presta con anterioridad, como es la función que realiza como efectivo de la División de Lavado de Activos de la Policía Nacional del Perú, sino de una actividad propia a un ciudadano común, como es realizar en período de vacaciones una supuesta entrega de dinero a otro miembro policial, para que brinde versión diferente a la real sobre expedición de autorización de lunas oscurecidas, emitidas por el Departamento de Tránsito de Huánuco, el Tribunal consideró por mayoría que no debe imputársele al acusado los delitos de Desobediencia y Falsificación o Adulteración de Documentación Militar Policial, por no haber puesto en riesgo con su comportamiento el servicio derivado de su función policial desempeñada en la División de Lavado de Activos de la Policía Nacional del Perú y por haber realizado esta acción en un contexto y rol propios de un ciudadano común, como es una actividad cotidiana, no de función, y en período de vacaciones.

Así, a través de la precitada jurisprudencia del Tribunal Superior Militar Policial del Centro y del presente estudio, se trata de desarrollar doctrina propia que coadyuve a una mejor administración de justicia en el Fuero Militar Policial. De ser así, la gratitud de los autores de esta doctrina, dentro de los que se incluye al Coronel CJ PNP (R) José Cieza Celis, no tendrá límites.

6 CANCIO MELIÁ, Manuel. Líneas Básicas de la Teoría del a Imputación Objetiva, Madrid, p. 52.

7 JAKOBS, Günther, La Imputación Objetiva en Derecho Penal, trad. Por Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima, 1998, p. 21.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DEL DERECHO DE DEFENSA, A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DDHH Y SU OBSERVANCIA POR LOS DEFENSORES TÉCNICOS

*José Castro Eguavil**

INTRODUCCIÓN

“La abogacía es una vieja profesión cargada de futuro”, dijo en alguna oportunidad, Luis Martí Mingarro, decano del Colegio de Abogados de Madrid; y esta afirmación cobra vigencia, a partir que en nuestro país, para nosotros con acierto, se decide la entrada en vigencia del modelo procesal penal acusatorio, resurgiendo así aquellas corrientes garantistas que se reflejan en diversas exigencias; cuya inobservancia deviene en nulidad por vulneración al debido proceso o a la tutela procesal efectiva, inter alia, el hecho de que toda persona tiene derecho a defenderse y/o a que lo represente un abogado ante las instancias jurisdiccionales pertinentes; por cuanto, de no ser así, se estaría violando uno de los derechos más importantes que posee toda persona, el derecho de defensa.

Nuestra intención, en las próximas líneas, es desarrollar algunos criterios mínimos de este derecho fundamental, a partir de la jurisprudencia internacional, con la finalidad de encontrar estándares del derecho de defensa en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y proponer su observancia, a los defensores técnicos que litigan en el Fuero Militar Policial peruano.

En consonancia a los principios que inspiraron nuestra actual Carta Constitucional; el Código Penal Militar Policial peruano vigente, entiende

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Defensor público en el Fuero Militar Policial.

que las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos, de los que el país forma parte, prevalecen sobre las normas internas; además, como quiera que el Perú ha reconocido la jurisdicción de la Corte IDH, resulta de especial interés para los operadores judiciales, y muy especialmente, los defensores técnicos, conocer los contenidos de sus resoluciones, habida cuenta que los fundamentos jurídicos de sus sentencias son vinculantes para los magistrados militares policiales; razón por la cual es menester que sean empleados como instrumentos para una mejor defensa técnica, dentro de la administración de justicia militar policial.

I. CONCEPTO DEL DERECHO DE DEFENSA

En la Grecia antigua, el acusado debía comparecer por sí mismo, aunque era posible ser representado; y tenía el derecho de aportar dictámenes elaborados por peritos.

En Roma, la defensa se desarrolló con la institución del patronato; en tiempos republicanos, los denominados “advocati” eran una clase especial de defensores, que gozaba de ciertos privilegios¹.

En el derecho actual, la defensa viene a constituir toda aquella actividad dirigida a eliminar la duda, que el ejercicio de la acción penal, ha hecho recaer sobre una determinada persona².

Así, este derecho es reconocido a las partes de todo proceso, para que, siendo observado por el juzgador, aquellas tengan

la real posibilidad de ser escuchadas, entendida como “aquella atribución de alegar y demostrar su dicho”. Se trata entonces que, tanto el acusador como el acusado, han de poder aportar al proceso todos los hechos que estimen adecuados al objeto del mismo y han de poder utilizar todos los medios de prueba legales, pertinentes y útiles para probar los hechos por ellos afirmados³.

En un Estado denominado Constitucional de Derecho, este ejercicio legal implica una serie de exigencias y consecuencias trascendentales para el mismo, ya que los tribunales administradores de justicia, y especialmente los militares policiales, no pueden llevar adelante un proceso judicial, y menos imponer sanción penal, si el imputado no contó con la asistencia técnica de un abogado defensor.

Visto así, el derecho de defensa viene a constituirse en un derecho fundamental; y, así se encuentra consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴, cuando versa, sobre el derecho que tiene toda persona acusada, para que se aseguren las garantías necesarias para su defensa en juicio.

II. EL DERECHO DE DEFENSA TRADICIONAL

La doctrina distingue entre una defensa en sentido estricto, en contraposición a la acción penal del representante del ministerio público o fiscal, que se ejerce mediante actos propios del imputado (conocido como defensa material) o de su abogado (defensa técnica); y esto es así, por cuanto, bajo el

1 Goldschmidt, J.- Principios Generales del Proceso II; Edit. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

2 Moreno Catena, V.- La Defensa en el Proceso Penal; Edit. Civitas, Madrid, 1982, 1ra. Edic.

3 Montero Aroca, J.- Principios del Proceso Penal; Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

4 DUDH Art. 11.1.

espíritu del concepto de “igualdad de armas”, el acusador conoce el derecho formal y material, mientras que el procesado no, y por tanto, la ley le reconoce la facultad de elegir como su defensor a un profesional del derecho de su libre elección.

Por otro lado, también se refiere a la defensa, en sentido lato o amplio, entendiendo ella, como la actividad procesal dirigida a hacer valer ante el juez los derechos subjetivos y los demás intereses jurídicos del imputado⁵.

Entonces, el derecho de defensa posee un doble fundamento; es por un lado, derecho subjetivo, individual, que protege al acusado frente a la acusación que pesa sobre él; y conlleva, también, un aspecto social y político, constituyendo uno de los pilares de todo sistema de justicia que se precie de serlo.

III. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE DEFENSA

El derecho de defensa se encuentra reconocido en el artículo 139, inciso 14) de nuestra Constitución, cuando establece que “[...] Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”⁶.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que la Constitución

reconoce el derecho a la defensa, estableciendo que: “El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”⁷. Así, en virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos.

Entonces, para el máximo intérprete de la carta constitucional, de la lectura de dicho artículo se desprende una doble obligación por parte de los órganos judiciales: garantizar que el acusado pueda estructurar y planificar su defensa en forma efectiva para poder afrontar el debate contradictorio y de comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorado por éste desde que es citado o detenido por cualquier autoridad, con lo que se garantiza que la persona tenga pleno conocimiento de los aspectos jurídicos que conforman el principio acusatorio y que pueda organizar eficiente y oportunamente su defensa.

5 Manzini, V.- Tratado de Derecho Procesal Penal; Edic. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.

6 STC N° 02743-2010-PHC/TC Fj. 4 (Caso Rómulo Llanovarced).

7 EXP. N.º 04587-2009-PA/TC Fj. 5 (Caso Esteban Avelino Sánchez).

IV. EL DERECHO DE DEFENSA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Ahora bien, la noción de debido proceso requiere que, cada una de las partes en el proceso, esté en capacidad de defender su causa en condiciones que no la pongan en desventaja en relación con la parte adversaria. La noción está conformada por toda una serie de garantías específicas, pero que no deben separarse de la garantía general que la exigencia de equidad contiene. Esto equivale a decir que ellas no son un objetivo en sí mismas; deben ser interpretadas a la luz de la función que cumplen en el contexto general del procedimiento.

Así “la noción de debido proceso comprende las condiciones que se requieren para asegurar una defensa adecuada de todos aquellos cuyos derechos y obligaciones se encuentran bajo consideración judicial”⁸, y agrega la Comisión Interamericana “*la noción de debido proceso estaría desprovista de su efecto útil sin el respeto de los derechos de la defensa y de la oportunidad de defenderse contra una decisión judicial desfavorable*”⁹.

En el ámbito de protección de los derechos humanos, se distingue toda una serie

de derechos que, sistematizados convenientemente, caen dentro del contexto del vocablo “derechos de la defensa” y que constituyen garantías judiciales mínimas para el adecuado ejercicio del derecho de defensa, siendo fundamentales para asegurar un debido proceso y el principio de equidad de armas que debe existir en todo proceso.

Estas garantías mínimas son las que deben ser conocidas, estudiadas y difundidas por todos los operadores judiciales del Fuero Militar Policial y muy especialmente por los defensores técnicos, en provecho de los justiciables.

V. EL DERECHO DE DEFENSA Y LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En el ámbito de la región continental, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) reconoce las garantías judiciales, y en los numerales 2, 3, 4 y 5, establece las garantías mínimas que toda defensa en juicio debe tener¹⁰.

Estas garantías reconocidas a la defensa en la Convención Americana, son

8 Informe CIDH, Caso Abella y otros.

9 Ídem.

10 Los numerales 2 a 5 del artículo 8 de la Convención Americana establecen lo siguiente:

“2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

meramente enunciativas y constituyen el umbral mínimo de protección. Incluyen: la presunción de inocencia; derecho de asistencia de un traductor o intérprete; la comunicación previa y detallada de la acusación formulada; el plazo razonable para la preparación de la defensa; el derecho de defensa técnica; el derecho a tener un defensor; el derecho a interrogar a testigos; el derecho a no autoinculparse; y, el derecho a presentar recurso de apelación.

De forma complementaria, el artículo 8 determina las circunstancias bajo las cuales son válidas las confesiones, el *non bis in idem* en caso de absolución del inculpa-do y la publicidad del proceso penal.

Que la Convención Americana de Derechos Humanos no es ajena a este derecho fundamental. Así, en el apartado b) del inciso 2 del artículo 8.º, se establece que “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a una comunicación previa y detallada de la acusación formulada”. En esa línea, los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen que durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y las causas de la

acusación formulada contra ella; a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección.

VI. JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Entre los muchos casos puestos a conocimiento de la Corte IDH, son los seguidos contra nuestro país y Ecuador, aquellos en los cuales se ha dado un mayor desarrollo de los indicados artículos 8.2 a 8.5; y más aún, la mayoría de la jurisprudencia que vamos a reseñar, ha tenido que ver con la práctica de los tribunales militares principalmente.

Planteado así nuestro objetivo, pasaremos a revisar el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, referido a las garantías establecidas en el artículo 8.2, 8.3, 8.4, y 8.5 de la CADH:

6.1. Artículo 8.2 CADH: La presunción de inocencia

En el caso Loayza Tamayo,¹¹ la Corte IDH determinó que el Estado peruano había violado la convención debido a que la recurrente fue procesada por el delito de traición a la patria por un tribunal militar, cuyo proceso no respetaba las garantías

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpa-do solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpa-do absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

11 Corte IDH, caso Loayza Tamayo contra Perú, sentencia del 17 de septiembre de 1997.

mínimas de imparcialidad ni el reconocimiento de la presunción de inocencia.

Cabe destacar que en este fallo la Corte se abstuvo de hacer precisión doctrinaria alguna sobre el contenido de este derecho, limitándose a aplicarlo al caso concreto.

En todo caso, debemos recordar que “(...) la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada”.¹²

En nuestro país, el fundamento de este derecho se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana como en el principio pro *hómine*.

Dicho principio implica, entonces, que a todo procesado se le debe considerar inocente mientras no se exhiba prueba en contrario. De igual forma, se ha dicho que “la presunción de inocencia se mantiene ‘viva’ en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigador llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla (...)”¹³.

6.2. Artículo 8.2.a: Derecho a ser asistido por un intérprete

Constituye un aspecto de suma importancia para la adecuada defensa de una persona que no comprende o no habla el idioma del tribunal, el derecho a contar gratuitamente con la asistencia de un intérprete o traductor.

La ignorancia del idioma utilizado por un tribunal o la dificultad de su comprensión, puedan constituir un obstáculo para el ejercicio del derecho de defensa.

No existe jurisprudencia de la Corte IDH sobre la materia; sin embargo, existe una breve referencia al tema en una Opinión Consultiva¹⁴, en la consideración que este derecho constituye un factor que permite superar eventuales situaciones de desigualdad en el desarrollo de un proceso.

6.3. Artículo 8.2.b: Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada

En el caso Castillo Petrucci, la Corte IDH analizó las garantías dadas a la defensa para el proceso por cargo de traición a la patria ante la justicia militar, considerando el carácter sumario del proceso y la reducción de los términos procesales establecidos en la ley.

“[...] la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en este caso. Efectivamente, los inculcados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y solo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia.

En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las

12 Corte IDH, caso Suárez Rosero contra Ecuador, Sentencia del 12 de noviembre de 1997 § 77.

13 STC 2915-2004-PHC/TC, Fj. 12.

14 Corte IDH. “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”. Opinión Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, § 119 y 120.

víctimas contaron con una defensa adecuada.”¹⁵

El derecho a ser informado de la acusación, tiene como presupuesto normativo que haya una acusación y/o una imputación. La inexistencia de ellas impide a la sociedad cumplir con el mandato de poner en conocimiento del imputado, cuales son los cargos formulados.

Este principio tiene su fundamento en la vigencia del sistema acusatorio dentro de un ordenamiento procesal democrático, expresión de dicho sistema basado en garantías.

En el sistema acusatorio se expone sobre el “principio de igualdad de armas”, pues un proceso respetuoso de las reglas del acusatorio, obliga a los operadores judiciales a informar al imputado desde un comienzo, de manera suficiente y clara, sobre los hechos y su significado jurídico, para que no se encuentre en una desventaja irremediable respecto del investigador.

En el proceso militar policial, cuando en el 2010 se aprobó el Código Penal Militar Policial, reputados juristas y expertos en derecho procesal, saludaron y comentaron, de manera favorable, la inclusión dentro del proceso castrense, de una Audiencia de comunicación de Inicio de Investigación Preparatoria¹⁶ o de imputación. Dichas referencias se produjeron por cuanto, haciendo una comparación con el Código Procesal Penal común, esta institución procesal no figuraba en dicho articulado; lo que de por sí ya genera indefensión en los investigados,

al no tener conocimiento efectivo de los hechos materia de imputación y menos de los criterios jurídicos de la misma.

Sin embargo, causa placer, hacer saber que días antes de entrar en prensa el presente artículo, más específicamente con fecha 23 de noviembre de 2015, entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1206¹⁷, que regula medidas para dotar de eficacia a los procesos penales tramitados bajo el Código de Procedimientos Penales de 1940, pues dicha norma, modificando el artículo 77° del Código adjetivo, todavía vigente en la ciudad de Lima, de corte inquisitivo, incorpora la denominada “Audiencia de Presentación de Cargos”, que no es otra que la antes mencionada “Audiencia de Imputación” del proceso militar policial.

Esta nueva audiencia¹⁸, como paso previo obligatorio para la apertura de instrucción, se realizará a solicitud escrita del Fiscal, donde el representante de la sociedad sustentará oralmente su denuncia, explicando los hechos, la calificación legal y los actos de investigación actuados que la justifiquen; pudiendo ser contradicha por el defensor del imputado. Luego del cual, el Juez deberá resolver oralmente la procedencia o no de la apertura de instrucción.

Al respecto, nos tomamos la licencia de continuar en la brega para que esta Audiencia, para quien escribe muy importante como manifestación del pleno respeto al derecho de defensa, sea incorporada también al Código Procesal Penal común.

15 Corte IDH, caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú, sentencia del 30 de mayo de 1999 § 141.

16 Ver: artículo 360° del Código Penal Militar Policial.

17 Publicado en el diario Oficial “El Peruano” de fecha 23 de setiembre de 2015, que dispone su entrada en vigencia 60 días de su publicación.

18 El autor desarrollara in extenso en otro artículo.

En Latinoamérica, denominaciones más o denominaciones menos, la “Audencia de Comunicación de Imputación”, se encuentra prevista en normas procesales de Chile (CPP art. 229), Colombia (CPP art. 286), México (CP Est.México art. 288; y CP Est.Oaxaca art. 277), y otros más; institución procesal que se constituye en un aporte innovador al derecho procesal peruano, por cuanto proceso respetuoso de las garantías procesales y derechos fundamentales del imputado, impone al Juez el cumplimiento de una serie de actos que se deben cumplir al interior de la audiencia respectiva: comunicar al imputado sobre el inicio de la investigación, disponiendo que el Fiscal exponga los hechos relevantes, controlar la regularidad del proceso, a partir de ella, el justiciable puede acudir al Juez en demanda de sus derechos ante algún acto de investigación fiscal que considere vulnera los mismos; y asegurar la defensa del imputado; justamente es en este importantísimo acto procesal donde el Juez, luego de hacer conocer al imputado respecto de los hechos por lo que va a ser investigado, le debe explicar también, cuáles son sus derechos, el más importante a contar con un abogado de su libre elección; y si no puede contratar uno, el estado le proporcionará uno.

Por otro lado, en cuanto al conocimiento “detallado” de la acusación, conviene precisar que en la sentencia del Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, de fecha 17 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana ha precisado que el ejercicio de este derecho se satisface cuando: “a. Se le informa al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan (tiempo, lugar y circunstancias), sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta

y la caracterización legal que se da a esos hechos. b. La información es expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir que el acusado ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos. Esto quiere decir que la acusación no puede ser ambigua o genérica.”.

Para la Corte IDH, este derecho rige incluso antes de que se formule una “acusación” en sentido estricto. Y es que la transición entre “investigado” y “acusado” –y en ocasiones incluso “condenado”– puede producirse de un momento a otro. Por ello ha subrayado que no puede esperarse a que la persona sea formalmente acusada o que se encuentre privada de la libertad para proporcionarle la información [expresa, clara, integral y suficientemente detallada] de la que depende el oportuno ejercicio del derecho a la defensa.

En el mismo caso, antes mencionado, la Corte IDH, señaló que el hecho que el inculcado pudiese conocer por los medios de comunicación respecto del tema de la investigación, ello no le exime al Estado de su obligación de informarle previa y detalladamente el contenido de la acusación.

En buena cuenta, la finalidad de este derecho es brindarle al acusado, en forma oportuna, todos los elementos de hecho y de derecho, así como los medios probatorios que fundamentan la acusación con el fin de que éste pueda ejercer en forma adecuada y razonable su derecho a la defensa.

6.4. Artículo 8.2.c: Concesión de tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa

El empleo de los medios de prueba pertinentes y relevantes para la defensa es inseparable del derecho de defensa. Este

derecho exige que las pruebas presentadas por el inculcado sean admitidas y practicadas por ser pertinentes y relevantes, sin desconocimiento ni obstáculos, y resulta vulnerado en aquellos supuestos en los que el rechazo de la prueba propuesta carezca de motivación, o cuando la motivación que se ofrezca sea arbitraria o irrazonable.

El caso Suárez Rosero es el primer fallo de la Corte IDH que hace referencia a los literales c, d y e del artículo 8.2 de la CADH. Sin embargo, dado que el Estado demandado no contradijo los términos de la demanda de la Comisión sobre este aspecto, la Corte no elaboró su contenido, si bien precisó de forma general que, dado el plazo de incomunicación, “[...] *el señor Suárez Rosero no tuvo la posibilidad de preparar debidamente su defensa, ya que no pudo contar con el patrocinio letrado de un defensor público y, una vez que pudo obtener un abogado de su elección, no tuvo posibilidad de comunicarse en forma libre y privada con él. Por ende, la Corte considera que el Ecuador violó el artículo 8.2.c, 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana.*”¹⁹

A decir de la Corte Interamericana, este derecho “obliga al Estado a permitir el acceso del inculcado al conocimiento del expediente llevado en su contra” y le exige que se respete el “principio del contradictorio, que garantiza la intervención de aquél en el análisis de la prueba” (Caso Barreto Leiva vs. Venezuela).

Igualmente, en la sentencia del Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, la Corte consideró que el Estado peruano había violado este derecho, puesto que de acuerdo al Código de Justicia Militar, una vez

producida la acusación fiscal se concedía a la defensa doce horas para conocer los autos, tiempo a todas luces insuficiente y muy reducido para poder prepararla adecuadamente.

No debe olvidarse que cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado peruano por la destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional, su principal argumento fue que éstos no habían contado con el tiempo suficiente para preparar su defensa.

Así, en este Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, la Corte IDH concluyó que el Estado peruano había violado el derecho al debido proceso porque “[e]l plazo otorgado [por el Congreso de la República a los magistrados] para ejercer su defensa fue extremadamente corto, considerando la necesidad del examen de la causa y la revisión del acervo probatorio a que tiene derecho cualquier imputado”.

El derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa se encuentra previsto también en el Título Preliminar del Código Procesal Penal, cuyo artículo IX reconoce que toda persona “tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa”.

Entonces, para la Corte constituyen dos derechos válidos; por un lado, a contar con el tiempo adecuado para preparar la defensa, y por el otro, a contar con los medios, igualmente adecuados, para tal efecto.

El ejercicio de estos derechos implica diversos aspectos, como por ejemplo, acceder a documentos y pruebas con una antelación suficiente para preparar la defensa,

19 Corte IDH, caso Suárez Rosero, loc. cit. § 83.

ser informado con anticipación de las actuaciones judiciales y poder participar en ellas, etc.

Desde esta perspectiva, el artículo de la Convención tiene una importante incidencia en las normas que regulan los procesos penales, puesto que su contenido debe respetar los estándares que a nivel internacional se consideren como los apropiados, en cuanto a tiempo y medios, para garantizar una adecuada defensa.

Finalmente, la Corte consideró afectada la mencionada garantía del derecho de defensa, por cuanto “el abogado de la víctima no pudo lograr que se practicaran ciertas diligencias probatorias cruciales para los fines de la defensa, como la recepción de los testimonios de los miembros de la (policía) que participaron en (su) captura y en la elaboración del atestado inculminatorio”.²⁰

6.5. Artículo 8.2.d: Derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor

El derecho a ser asistido, implica no solo el libre nombramiento de un abogado, sino, también, su asistencia efectiva. Para que ello suceda, la autoridad competente debe informar debidamente que su defensa puede ser asumida por el encausado, por un abogado elegido libremente por él o por un defensor de oficio asignado por el Estado.

En cuanto a la libertad de comunicación entre procesado y abogado, la Corte

ha precisado que “los obstáculos a los abogados defensores para entrevistarse privadamente con sus defendidos, constituyen violaciones del artículo 8.2.d de la Convención...”.²¹

Así también la Corte ha indicado que “la presencia del abogado es formal, si se les impide intervenir en la declaración o se les impide fundamentar los recursos a los que tiene derecho el imputado”.²²

En este mismo proceso, la Corte fundó sus argumentos tomado en cuenta la jurisprudencia de la Corte Europea de DDHH, que “dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa”.²³

La doctrina ha esbozado que el ejercicio del derecho de defensa, de especial relevancia sobre todo en el proceso penal, tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, lo que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos, se garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión.

20 Corte IDH caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto del 2000 § 127 y 128

21 Corte IDH caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007 § 158

22 Corte IDH, caso Castillo Petruzzi, loc.cit. § 147.

23 Ídem. § 154 y 156.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional²⁴ ha precisado que ambas dimensiones del derecho de defensa pueden ser ejercidas por un abogado que, al mismo tiempo, es procesado. Para ello, es preciso que el letrado esté debidamente capacitado y habilitado conforme a ley; y, en particular, que no esté comprendido en ninguno de los impedimentos previstos en los artículos 285°, 286° y 287° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Asimismo, considera que el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, constituye una de las condiciones indispensables para que un proceso judicial sea realizado con arreglo al debido proceso.

6.6. Artículo 8.2.e: Derecho de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado

En Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, la Corte IDH determinó que los defensores públicos de oficio deben ser personas idóneas y capacitadas. En este caso, la autoridad judicial había obligado a uno de los procesados a ejercer su propia defensa, cuando este carecía de formación jurídica. Posteriormente, la defensa de oficio que le fue asignada a uno de ellos no asistía a los interrogatorios ni tenía interés en asistirlo. Por este motivo, siguiendo el allanamiento del Estado ecuatoriano en este caso, es que la Corte IDH subrayó: “[...] la asistencia letrada suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas”.²⁵

En la Opinión Consultiva OC-11/90, la Corte evaluó la situación de las personas que por su situación económica no tienen acceso a un abogado. La Corte, recordó que los Estados Partes se han obligado por el artículo 1.1. de la CADH a “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por (...) posición económica, ...o cualquier otra condición social”, por el artículo 24, a respetar el principio de igualdad en la protección de la ley, y por el artículo 8, a garantizar el derecho de defensa.

Así razonó que la interpretación de los literales d) y e) de este último artículo, establecen la obligación del Estado de garantizar la provisión de un abogado para el imputado que no se defendiere por sí, ni nombrare abogado. Entonces, si el indigente requiere asistencia legal, y en razón de su situación económica el Estado no se la provee gratuitamente, la persona se encontraría discriminada

Pero las dificultades de acceso a un abogado no se centralizan sólo en quienes sufren padecimientos económicos; en cualquier caso deberá atenderse el deber positivo exigido por el art. 1.1. de la CADH para la remoción de obstáculos que pudieren existir para la limitación de los derechos que acuerda la Convención.

Dentro de la previsión normativa, el derecho a la asistencia jurídica letrada constituye una obligación de prestación cuando no hay un abogado designado por

24 STC N.° 1323-2002-HC/TC; STC N.° 2028-2004-HC/TC

25 Corte IDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, loc. cit. § 159.

el imputado y éste no se defiende personalmente (conf. art. 8.2.e CADH), o no ha sido autorizado a ejercitar la autodefensa.

Pero si esa persona se ha visto obligada a ser representada por un defensor público por una situación de desventaja económica, esa asistencia, igualmente efectiva, debe además ser gratuita. Ello porque el derecho no sólo permite, sino que postula un trato desigual, cuando su objetivo consista en “igualar a los desiguales”.²⁶

Al obligarse el Estado a designar un defensor público e integrar la defensa técnica cuando el imputado no tuviere o no designare abogado de confianza, esa provisión señala una relación de continuidad entre el imputado y la defensa pública, salvo que designe posteriormente a un defensor particular. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que el derecho a la provisión de defensor por parte del Estado, en virtud del 8.2.e), lo es para todos los actos procesales.²⁷

Por otro lado, la Corte también ha considerado que existe violación al derecho de defensa, respecto de las garantías protegidas en el artículo 8.2.d, e y f de la Convención, debido a que “[...] durante las declaraciones ... ante la Policía Judicial y ... ante el Ministerio Público ... no contaron con la asistencia de un abogado defensor, así como por la falta de una defensa adecuada derivada

de las omisiones en que incurrió la defensa otorgada por el Estado en la causa penal en su contra ...”²⁸.

6.7. Artículo 8.2.f: Derecho de interrogar a los testigos y de obtener la comparecencia de testigos o peritos

En Castillo Petruzzi, la Corte IDH no analizó sobre el contenido de este derecho pero al revisar los hechos, demostró una violación al artículo 8.2.f. Considerando las limitaciones que la defensa sufrió en este caso, cabe añadir el hecho de que la legislación para el delito de traición a la patria prohibía el interrogatorio a los agentes del orden.

Adicionalmente, como el abogado defensor solo podía intervenir a partir de que el inculcado declarase, no se podía analizar o controvertir las pruebas que se encontraban en el atestado policial.²⁹ Esto fue reiterado en los casos Cantoral Benavides,³⁰ Lori Berenson³¹ y García Asto y Ramírez Rojas³².

Una de las manifestaciones del principio de inmediación, consiste en la presencia del órgano de prueba ante el tribunal, a diferencia del modelo inquisitivo en el que, en virtud de la delegación, el testigo no deponía ante el tribunal, sino lo hacía ante el investigador. Este control probatorio se completa con la posibilidad de producir prueba de descargo, facultad asegurada por la CADH cuando consagra el derecho a

26 Ver: Principios básicos sobre la función de los abogados, aprobados por el 8vo. Congreso de NNUU sobre “Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente”, La Habana, Cuba, 1990,

27 CIDH, Informe N° 41/99, caso 11.491, “Menores detenidos en Honduras”, 10/3/99

28 Corte IDH, caso García Cruz y Sánchez Silvestre contra México. Sentencia de 26 de noviembre de 2013 § 55 ii.

29 Corte IDH, caso Castillo Petruzzi, loc. cit., § 153.

30 Corte IDH, caso Cantoral Benavides, loc. cit., § 125-128.

31 Corte IDH, caso Lori Berenson, loc. cit., § 183-186.

32 Corte IDH, caso García Asto y Ramírez Rojas, loc. cit., § 161.

obtener la comparecencia de “testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

Estos dos preceptos –controlar y producir prueba–, que integran el derecho de defensa sobre todo en la fase de juzgamiento, en virtud del principio de igualdad de partes (o de armas dicen algunos), deviene en garantía de ineludible observancia.

6.8. Artículo 8.2.g: Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable

Ambas disposiciones deben ser interpretadas como una prohibición para ejercer presión directa o indirecta, física o psicológica, sobre una persona, a fin de hacerle confesar su culpabilidad por la comisión de un delito; sin necesidad de llegar al extremo de someterla a tratos crueles, inhumanos o degradantes para alcanzar ese objetivo.

La Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse dos veces³³ respecto a este derecho. En sentido negativo, en la primera ocasión refirió: “La Corte consideró probado que durante la declaración instructiva ante el Juez Instructor Militar Especial se exhortó a los inculcados a decir la verdad. Sin embargo, no hay constancia de que esa exhortación implicara la amenaza de pena u otra consecuencia jurídica adversa para el caso de que el exhortado faltara a la verdad. Tampoco hay prueba de que se hubiese requerido a los inculcados rendir juramento o formular promesa de decir la verdad, lo cual contrariaría el principio de libertad de aquéllas para declarar o abstenerse de hacerlo”.³⁴

El derecho a declarar y el derecho a la no auto-incriminación es un derecho específico que se desprende del derecho de defensa y la presunción de inocencia. Comprende el derecho a ser oído, a guardar silencio y a estar informado de que su negativa a declarar puede ser tomada como un indicio de culpabilidad. Su campo de aplicación comprende la potestad de la persona acusada de cometer un delito a guardar silencio sobre los hechos por los cuales es investigada o acusada penalmente, tanto en lo que la atañe como en lo que incumbe a terceros.

6.9. Artículo 8.2.h: Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior

Para determinar la violación de este artículo por el Estado peruano, en Castillo Petrucci la Corte IDH inició su deliberación estableciendo que los procesos a civiles ante el fuero militar constituyen una violación al derecho al juez natural del artículo 8.1 de la CADH, independientemente de si existen o no estos recursos y de su grado de accesibilidad. De igual forma, consideró que la existencia de un juez o tribunal superior no se satisface con la mera existencia de un órgano, sino que se necesita que esta instancia tenga legitimidad para conocer del caso.

La Corte ha señalado que dicha garantía se ve afectada cuando la revisión de una decisión judicial es efectuada por un órgano incompetente: “(...) El derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculcado, ante el que éste

33 Corte IDH, casos Castillo Petrucci y Cantoral Benavides contra Perú.

34 Corte IDH, caso Castillo Petrucci, loc.cit., § 167 y 168.

tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. (...) Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él.”³⁵

Esta garantía implica la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió. Revisión judicial que permite un control de los tribunales superiores sobre los inferiores, promoviendo la elaboración de resoluciones suficientemente fundamentadas.

No basta, sin embargo, su reconocimiento formal, sino que, además, se deben eliminar todos aquellos obstáculos que impidan ejercerlo, tales como la exigencia de demasiados requisitos formales o plazos muy breves para su interposición.

El ejercicio del derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, como es lógico suponer, implica que toda persona tiene derecho a disponer, en un plazo razonable y por escrito, de los fallos dictados en la determinación de su responsabilidad, debidamente motivados, a efectos de su posible apelación. En caso contrario, no se estaría concediendo la debida revisión de la sentencia, ni acceso oportuno a las razones del fallo, impidiéndose ejercer eficazmente el derecho de defensa.

6.10. Artículo 8.3: La confesión válida del inculcado

Para que en el marco de un proceso penal la confesión del inculcado sea válida,

esta debe haber sido efectuada sin violencia psíquica o física sobre la persona o mediante el empleo de métodos que pudieran estar destinados a obtener información involuntaria sobre los hechos por los cuales se lo investiga o acusa en un proceso penal. De forma complementaria, los jueces tienen la obligación de no asumir una aceptación tácita de responsabilidad del silencio, pero sí a darle un sentido interpretativo que pueda ayudar a resolver un proceso.

En este sentido, los jueces tienen la obligación de negar valor a las declaraciones obtenidas por la violencia, lo que no debe entenderse en términos restrictivos, con referencia únicamente a la violencia psíquica o física, sino en un sentido amplio, como omnicompreensiva de toda información obtenida del investigado o acusado, sin su voluntad.

De esta manera, la libre voluntad de la persona es lo que diferencia una declaración válida de una que se realice violentando el derecho a la no incriminación. En este tipo de situaciones, el Estado tiene el deber de informar de las ventajas y desventajas que una conducta de esa naturaleza podría generar.

En la Opinión Consultiva “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, la Corte IDH se refiere a la confesión en un proceso penal al analizar el principio de inocencia inherente a todas las personas, incluidos los niños.

En este sentido, la Corte definió el concepto de confesión como: “[...] el reconocimiento que hace el imputado acerca de los hechos que se le atribuyen, lo cual no necesariamente significa que ese reconocimiento

35 Corte IDH, caso Castillo Petruzzi, loc. cit., § 161.

alcance a todas las cuestiones que pudieran vincularse con aquellos hechos o sus efectos. También se ha entendido que la confesión pudiera entrañar un acto de disposición de los bienes o los derechos sobre los que existe contienda.”³⁶

Tal como se señaló líneas antes, esta garantía debe ser interpretada conjuntamente con la prevista en el artículo 8.2.g.; como una prohibición para ejercer presión alguna, directa o indirecta, física o psicológica, sobre una persona, a fin de hacerle confesar su culpabilidad por la comisión de un delito, siendo inaceptable su sometimiento a tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes para alcanzar ese objetivo.

Para la Corte exhortar a los inculcados a decir la verdad, sin que ello implique amenaza de pena u otra consecuencia jurídica adversa, no constituye un acto violatorio del derecho.³⁷

Contrariamente, la Corte constató que se había producido una violación de este derecho debido a que la persona fue sometida a torturas “para doblegar su resistencia psíquica y obligarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas”.³⁸

6.11. Artículo 8.4: Inculcado absuelto en sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos

Para la Corte IDH, el principio de non bis in ídem “busca proteger los derechos de

los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos”.³⁹

En Loayza Tamayo⁴⁰, la Corte precisa el umbral de protección de este derecho frente a lo establecido en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Así, la Corte IDH sostuvo que como Loayza Tamayo fue absuelta por la jurisdicción castrense, la apertura de un nuevo proceso penal constituía una violación a este artículo. Se debe destacar que la Corte determinó que el proceso seguido por el fuero militar violaba las garantías judiciales y del debido proceso reconocidas en la CADH. Sin embargo, dado que aquí el tribunal militar decidió absolver a la persona, “no solo en razón del sentido técnico de la palabra absolución, sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla”,⁴¹ el Estado peruano no podía juzgarla por los mismos hechos, aún en el fuero ordinario.

Tal y como la Corte lo ha precisado, a diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos⁴², que hacen referencia al mismo “delito”, la CADH utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio, en beneficio de la víctima.

36 Corte IDH, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, opinión consultiva OC 17/02, del 28 de agosto de 2002 § 128.

37 Corte IDH, caso Castillo Petruzzi, loc.cit., § 167 y 168.

38 Corte IDH, caso Cantoral Benavides, loc.cit., § 132.

39 Corte IDH, caso Loayza Tamayo, loc.cit., § 66.

40 Idem. § 66.

41 Ibídem, § 76.

42 Ver Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.7

En este sentido, se debe sostener que el artículo 8.4 de la CADH prohíbe un nuevo proceso penal frente a los mismos hechos y no al delito, por lo que resulta más garantista que los otros tratados internacionales.

6.12. Artículo 8.5: Publicidad del proceso penal

La publicidad del proceso penal ha sido analizada por la Corte IDH en el marco de procesos penales seguidos por tribunales militares contra civiles. Este derecho no ha tenido mayor desarrollo normativo porque la Corte consideraba que estos procesos (especialmente aquellos seguidos contra el Perú) violaban las garantías del artículo 8 de la CADH.

En el caso *Palamara Iribarne*, la Corte determinó: “[...] el derecho al proceso público consagrado en el artículo 8.5 de la Convención es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediatez con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público”.⁴³

Esta garantía permite, entre otros aspectos, el control social de la actividad jurisdiccional y fomenta la participación de los ciudadanos en materia judicial, evitándose los procesos secretos.

En una oportunidad, la Corte conoció un caso en el que determinadas personas fueron juzgadas en un recinto militar por un tribunal sin rostro, al que, además, el público no tuvo acceso. Sobre esta situación la

Corte señaló: “La Corte considera probado que los procesos militares de civiles supuestamente incursos en delitos de traición a la patria son desarrollados por jueces y fiscales “sin rostro” y conllevan una serie de restricciones que los hacen violatorios del debido proceso legal. En efecto, se realizaron en un recinto militar, al que no tiene acceso el público. En esta circunstancia de secreto y aislamiento tuvieron lugar todas las diligencias del proceso, entre ellas la audiencia misma. Evidentemente, no se observó el derecho a la publicidad del proceso consagrado por la Convención”.⁴⁴

En otra ocasión, la Corte constató que un proceso penal fue seguido en base a determinadas normas legales que ordenaban su realización en “establecimientos penitenciarios y en ambientes que reúnan las condiciones adecuadas para que los Magistrados, los miembros del Ministerio Público y Auxiliares de Justicia no puedan ser identificados visual o auditivamente por los procesados y abogados defensores”. Para la Corte, en este caso quedó probado que “varias audiencias que se realizaron en el proceso ante el fuero común, fueron llevadas a cabo en el interior de establecimientos carcelarios”, lo cual considera suficiente “para constatar que el proceso adelantado por el fuero común (...) no reunió las condiciones de publicidad que exige el artículo 8.5 de la Convención”.⁴⁵

En cuanto a la excepción a la publicidad del proceso prevista en la Convención, referida a la necesidad de preservar los intereses de la justicia, la Corte no ha tenido

43 Corte IDH, caso *Palamara Iribarne* contra Chile, sentencia del 22 de noviembre de 2005 § 167.

44 Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi*, loc.cit., § 172.

45 Corte IDH, caso *Cantoral Benavides*, loc.cit., § 146 y 147.

muchas oportunidades de pronunciarse. En el único caso en que lo ha hecho, y en donde declaró afectado el derecho reconocido en el artículo 8.5 de la Convención, la Corte sólo manifestó que “dadas las características particulares (del inculcado por el delito de terrorismo), el proceso que se le siguió podía desarrollarse públicamente sin afectar la buena marcha de la justicia”.⁴⁶

Sin embargo, el juez Fernando Vidal Ramírez, en su voto razonado y parcialmente disidente, señaló que “la instauración de un proceso a imputados de terrorismo no debe ser necesariamente público, ni puede compelerse a la jurisdicción ordinaria a que no preserve los intereses de la justicia”.

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como se ha podido apreciar de las resoluciones glosadas, casi todos los casos tienen que ver con la práctica de los tribunales militares policiales, lo que una observancia a los fundamentos jurídicos de dicha jurisprudencia internacional, en buena cuenta, debería permitirnos a los defensores técnicos, mejorar nuestra labor, haciendo respetar el irrestricto derecho de defensa que confieren las normas internacionales y nacionales a nuestros defendidos. Máxime si tal como nuestro país ha convenido, dicha jurisprudencia constituye precedente vinculante para nuestros tribunales nacionales.

“La ley nos declara indispensables”, dijo Ángel Ossorio⁴⁷ en 1919; si pues, hoy en día el respeto al derecho de defensa nadie lo niega formalmente, pero ¿estaremos haciendo

bien nuestro trabajo? Ya lo dijo Ossorio cuando al cumplir sus bodas de plata, escribió este hermoso libro “El Alma de la Toga”: “la sustancia de la Abogacía descansa en sutilísimos y quebradizos estados psicológicos que no figuran en ninguna asignatura ni se enseñan en las aulas. Por todas partes os explicarán lo que es el retracto y la tutela, y la legislación (...) y el recurso (...). Pero la función social del Abogado, las tribulaciones de su conciencia, sus múltiples y heterogéneas obligaciones, la coordinación de sus deberes, a veces antagónicos... todo eso es para el principiante una incógnita, y nadie se cuida de despejársela.”⁴⁸

Cuando los defensores técnicos asumimos una defensa, este deposita toda su confianza en nosotros, en la esperanza que el abogado lo defienda con todos los conocimientos y recursos que tenga a su alcance, pues entonces, van para mis colegas, defensores técnicos, estas líneas como una contribución para engrosar su caudal de sapiencia, en provecho de enfrentar con mejores argumentos la posición de su antagonista; buscando siempre una decisión justa para nuestros patrocinados.

Recordemos siempre que tenemos un rol muy importante que cumplir, y conforme a las ideas del profesor Jakobs sobre los roles sociales, que establecen deberes para cada persona en la sociedad; el que cumple los deberes de su rol no actúa de forma objetivamente imputable, no lesiona derecho alguno; se comete el ilícito cuando ocurre lo contrario, es decir, cuando se niega el rol o se incumple esta.

46 Idem., § 148.

47 “El Alma de la Toga”. Ángel Ossorio. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bs Aires, Argentina. 2000

48 Idem.

■ Miscelánea

CRÍMENES CONTRA EL LENGUAJE – 2

*General PNP Jorge LÓPEZ ZAPATA**

Estimados lectores: el hecho que aparezca el número “2” al costado del presente artículo, NO significa, necesariamente, que en el futuro vayan a publicarse el “3”, el “4”, etc., así que no se preocupen porque, tal vez, este puede ser el último artículo sobre estos aspectos gramaticales tan útiles y necesarios, especialmente para quienes pensamos que tenemos condiciones para escribir. Todo depende de ustedes; pues, si creen que existen más crímenes para ponerlos en evidencia, háganmelo saber para usar esta tribuna y hacerlos de conocimiento de nuestros numerosos y cultos lectores. Y, sin mayor preámbulo, entremos al ataque y continuemos con las palabras que consideramos mal empleadas por sus respectivos autores.

Vamos con la primera: resulta común y corriente el uso de la palabra “andó” durante mucho tiempo, ya que se encontraba totalmente desorientado. Como podrán darse cuenta, la palabra andó está mal empleada, ya que, la correcta, es anduvo, pretérito del verbo andar, siendo ella la palabra que debemos emplear, tanto al hablar como en la escritura.

Asimismo, aunque no habitualmente, al mencionar el antiguo término “comisaría”, suele decirse “comisería”, y es muy lamentable dicha por un letrado, quien debe dar ejemplo de su buena dicción.

Igualmente y con bastante frecuencia, y lamentablemente a nuestros colegas, les escuchamos decir o leer en sus escritos, la palabra “cónyuge”, sí, con “u”, y no “cónyuge” que es la correcta y esto es muy lamentable, ya que es una dicción de uso bastante frecuente en el ejercicio de nuestra profesión.

No sé si se habrán dado cuenta que hoy, con habitualidad, se utilice la frase “... y nada ...”. Sin embargo, la persona que la dice se ha mandado un tremendo rollo de media hora para, finalmente, nos salga con esa frase de “y nada”.

También he notado, de manera habitual, el mal uso que hacemos de los artículos y mal los empleamos, especialmente la, le, lo. Por ejemplo, hace algunos años, se publicitó, tanto por escrito como verbalmente, el entonces nuevo lema que identificaba a la Policía Nacional. Se trataba de la frase “A LA POLICÍA SE LA RESPETA”. A gran parte de la comunidad, este artículo “la” nos parecía errado, equivocado, ya que creíamos que lo correcto era decir se “le” respeta; pero estábamos equivocados, pues, el término o palabra POLICÍA es femenino y, consiguientemente, le correspondía el artículo femenino “la”;

debemos, pues, diferenciar debida y correctamente el uso de los artículos: cuando corresponda al femenino, al masculino y al neutro, así como en sus formas que obligan a usar el plural, tratándose de varias personas y diversos objetos que hacen necesaria tal diferenciación, en procura del buen uso que debemos hacer de nuestro hermoso idioma.

Asimismo, y desgraciadamente desde hace bastante tiempo, se usa, indebidamente, la palabra “poeta”, para referirse a la dama que se inspira y hace poesías. Esa palabra está mal empleada, ya que corresponde usar, al tratarse de una persona de sexo femenino, el término “poetisa” y no poeta, que es el que corresponde al varón. Este caso es similar al de la palabra “profeta”, que corresponde al masculino, cuyo femenino es “profetisa” y su significado es “persona que por indicios puede predecir, adivinar o conjeturar sucesos futuros” (Diccionario Básico de la Lengua Española – (Edit. Planeta). Lamentablemente nuestros principales diarios y en obras importantes hacen mal uso de la palabra “poeta” para ambos sexos. Hay que corregirse, pues.

Igual sucede con la palabra antes, a la que con bastante frecuencia se la mal usa. Como bien sabemos, antes significa tiempo antecedente o anterior; sin embargo, de manera totalmente injustificada, le anteponemos el adverbio “más” que resulta totalmente demás e innecesario; basta con decir antes para entender o comprender que se trata de un episodio, hecho o evento que ha sucedido con anterioridad, por lo que resulta totalmente antojadizo y demás anteponerle la palabra más. ¿Estamos? Y lo que es peor aún, decir, para significar lo mismo, “endenantes” que, lamentablemente algunos hispanoparlantes, lo dicen.

No deja de sorprender, asimismo, la frecuencia con la que “dequeamos”. ¿Estará bien dicha esta palabra? Me refiero a la palabra “de” que reiterada e indebidamente se usa. Esto se llama “dequeísmo”. Escuchamos a veces que alguien dice “estoy seguro de que va a llegar en breve”, “No dijo de que iba a ir a la conferencia programada”; “Él nos manifestó de que tomaría el avión ayer”; “Yo tengo la absoluta seguridad de que el Perú se va a clasificar al mundial” ... y, así, diferentes maneras de “dequear” que, a la vez que suena horrible, es una falla de dicción, que debemos evitar, en procura de un mejor uso de nuestro idioma. Así es que debemos olvidarnos por completo de ese de inútil e innecesario.

También, y esto es bastante común con la palabra ítem, con acento en la i, la misma que aparece en la vigésima tercera edición del Tricentenario del Diccionario de la Lengua Española, tomo VII, como procedente del latín y con diversos significados; término que no pocas personas, letrados la gran mayoría con ínfula de sabiondos, le dan entonación o pronunciación inglesa y la lanzan como “aitem”, cuando, en realidad debería pronunciarse tal como se escribe, esto es, Ítem, cuyo significado, quinto que le da la Academia, es el de más frecuente uso, esto es, “Cada una de las partes o unidades de que se compone una prueba, un test, un cuestionario”; y no darle la pronunciación de un anglicismo, que no tiene. Esto nos pasa por el prurito de modificar la pronunciación y pretender darle a las palabras, un “sabor inglés”, que ellas no tienen por pertenecer, originalmente, como se ha dicho, al idioma latino. Hay que corregirse, pues.

Es habitual, asimismo, la forma tan reiterada –y lastimosa– el decir “pre dictamen” o “pre informe”. Se trata, especialmente de los señores parlamentarios, en cuyo caso no debería ser perdonable, por tratarse, como se les llama, “padres de la patria” e igualmente dicho por los señores periodistas en los diversos diarios y revistas capitalinos, es, por decir lo menos, muy lamentable. El pre-informe NO EXISTE. Tal vez pueda tratarse de un INFORME u OPINIÓN PREVIOS, pero NO, de manera alguna, de un PRE INFORME o PRE OPINIÓN. Son informe u opiniones, malas o buenas, pero, al fin y al cabo INFORMES; NO PRE INFORMES NI PREDICTÁMENTES. Que deban perfeccionarse, es posible; entonces corresponde INFORME u OPINIÓN PREVIOS. Con esta afirmación se van a indignar o fastidiar los señores parlamentarios y periodistas; pero es fácil enmendarse: corrijanse y aquí no ha pasado nada. ¿Estamos?

Sin embargo, para una mejor comprensión de estas 2 palabras y con el afán de ser más objetivos, especialmente porque se trata de los señores parlamentarios y de los no menos señores periodistas, trataré de ser más objetivo. Vayamos a la mejor fuente que es el diccionario. Para empezar, remitámonos a lo que dice el DICCIONARIO BÁSICO DE LA LENGUAJE ESPAÑOLA, en cuyo Tomo I, aparece “DICTAMEN (del Lat) acción de dictar. m. Informe, opinión y juicio especializado que se hace sobre una cosa. DER.

Informe escrito y motivado sobre una cuestión legal, emitida por un abogado u otro especialista en Derecho”; y en relación a INFORME, el mismo diccionario nos dice que Informe (de informar) m. Es “noticia o instrucción que se da de alguien o sobre un asunto o suceso // Acción y efecto de informar o dictaminar” según consta a fs. 471 y 764 de los Tomos 1 y 2, respectivamente, del diccionario en mención, en su publicación de 2001 de Editorial Planeta; no existiendo los términos preinforme ni predictamen; y esto se corrobora, no obstante pasados 14 años, en la novísima edición, con bastantes modificaciones, del DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, correspondiente a la edición del Tricentenario (vigésima tercera edición), en cuyos Tomos 5 y 7 aparecen las palabras dictamen e informe respectivamente casi con la misma definición que hemos expuestos y no cuentan entre sus numerosas palabras que contienen, las de predictamen ni preinforme; edición, no sé si auspiciada pero sí distribuida por el Diario El Comercio de Lima, correspondiendo la publicación a “Editorial Planeta Perú S.A.” para su sello “Editorial ESPASA” y luego de esta pequeña explicación, con referencias exactas y documentadas por tan importante publicación, es aconsejable que no se mencionen los términos “preinforme” ni “predictamen” porque no existen en nuestra ilustre y riquísima lengua española.

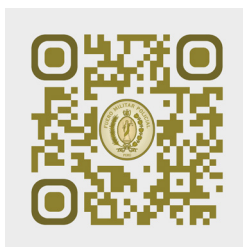
Este caso es diferente, por completo, al de los preseleccionados para conformar el victorioso equipo nacional de fútbol, que tantas alegrías nos da en sus competencias, tanto dentro como fuera del país. Esto, por supuesto es una ironía, ya que nos ilusionamos tanto pero, finalmente, quedamos fuera de competencia o sea eliminados. Bueno, esto ya es costumbre aunque suframos con ello; pero, volviendo al caso que nos ocupa, aquí sí se puede hablar de preseleccionados, ya que van a permanecer bajo la lupa de un entrenador

generalmente extranjero, quien nos ilusiona con su verborrea para, finalmente, terminar eliminados; y volviendo a nuestro caso los preseleccionados tratan de dar lo mejor que saben del balompié y conforme a su rendimiento son seleccionados; y, a otra cosa mariposa.

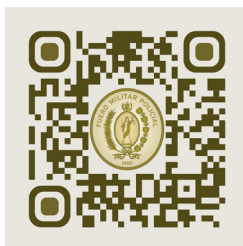
Y finalmente, ahora le toca a nuestros queridos Galenos; sí, quienes velan, atienden, mejoran y curan nuestra salud. Aunque por supuesto, mucho de culpa tenemos los pacientes que les inducimos al error. Le preguntamos, por ejemplo: ¿Doctor, qué cosa es buena para el resfrío?; ¿qué es bueno para el dolor de estómago? o ¿Qué es bueno para el dolor de cabeza?, y, en fin, preguntas muy similares que llevan siempre el consabido “qué es bueno para”Y los médicos, que caen en la trampita, contestan: Puedes –o debes- tomar tal grajea, tableta, jarabe, o cápsula, etc., cada tantas horas al día. Yo, particularmente, creo, que lo “bueno” o quizá insuperable para un resfrío, es salir a la azotea o terraza de la casa sin ropa o ropas muy ligeras y con toda seguridad te vas a resfriar o tu resfrío se va a volver más agudo o grave; y, asimismo, para un dolor de estómago lo mejor es ingerir comidas frías o trasnochadas, sin haberse refrigerado y descompuestas; y para un dolor de cabeza, escuchar ruidos fuertes y molestos, tener enfrentamientos verbales inadecuados o pensar –el pensamiento es muy poderoso- asuntos sin importancia y darles mucha mayor trascendencia de la que en realidad tienen; y en este aspecto, los señores médicos pisan el palito y, en vez de decir lo que es bueno “contra” una gripe, “contra” un dolor de cabeza, etc., contestan que tal medicina o producto es bueno (o muy bueno) “para tal o cual” enfermedad o dolencia. Se olvidaron que las medicinas atacan a tal o cual enfermedad y, al igual que el paciente, afirman que estos productos o medicinas son buenos o la última palabra PARA TAL ENFERMEDAD. Como podrán darse cuenta, en todas partes se cuecen habas ... Bueno, mis distinguidos lectores, será hasta la próxima, si logro encontrar más crímenes contra el lenguaje o contra los buenos usos de nuestro idioma.

ADDENDA: Aunque no se trata de un crimen contra el lenguaje, se trata de un dicho que se ha popularizado desde hace unos 40 años, cuando yo aún estaba en Situación de Actividad y Jefaturaba la Asesoría Jurídica de la Dirección General de las entonces Fuerzas Policiales. En aquella época, mi Despacho estaba en el 3er. piso, debiendo acudir a ella por una escalera de mármol custodiada por una señorita policía, quien en una ocasión, luego de saludarme ya para despedirse me dijo: “Cuídese, mi General”. Esta frase me preocupó y me hizo pensar que tal vez estaba yo con cara de enfermo o algo por el estilo, inquietándome de alguna manera, sin saber que recién se estaba poniendo de moda esos términos o forma de despedida: Cuídese ... “o cuídате...” según el grado de confianza del interlocutor, términos que recién empezaban a usarse y ponerse de moda y que, hasta el día de hoy, tienen vigencia. No se trata, pues, de un crimen contra el lenguaje, pero sí de un modismo que recién se ponía de moda y que perdura a la actualidad.

Se puede acceder a la biblioteca y/o descargar las publicaciones del Fuero Militar Policial en formato digital mediante dispositivos portátiles (tablet, smartphone u otros) escaneando los siguientes códigos:



Para ingresar a la Biblioteca CAEJM-FMP
en la página web



Para ver la Biblioteca FMP en la aplicación

EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Se terminó de imprimir en Diciembre del 2015 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



ANTIGUA SEDE DEL CSJM - LIMA

En este palacete de aires moriscos, ubicado en la Av. Arequipa N° 310 (Santa Beatriz – Lima), funcionó , entre julio de 1966 y 1998, el antiguo Consejo Supremo de Justicia Militar.

Fuero Militar Policial
Av. Arenales N° 321
Santa Beatriz
Telf. (511) 614 4747
www.fmp.gob.pe
Lima - Perú

