



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 V - NÚMERO 7 / JULIO 2016



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 2° AP Luis Urbina Huapaya

Diseño de portada

Licenciado Floiro Tarazona Ramírez

Fotografía

Tco1 EP Darío Castillo Román

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 julio 2016
Año 5 - Número 7
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> _____	11
NOTA DEL EDITOR	
<i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	13

Artículos

PAREJA DE MILITARES: LEY “MARIA DA PENHA” Y LA APLICACIÓN DE SUS INSTITUTOS TUTELARES AL DERECHO CASTRENSE	
<i>Jorge Cesar de Assis</i> _____	19
LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL, EL SISTEMA DE DEFENSA NACIONAL Y LA AUTONOMÍA EN LA CONFORMACIÓN LEGAL DE LOS DELITOS DE FUNCIÓN QUE TIENE EL PARLAMENTO	
<i>Arturo Antonio Giles Ferrer</i> _____	37
ESTATUTO DEL PERSONAL DE LAS FF.AA. ESPAÑOLAS	
<i>José A. Rodríguez Santisteban</i> _____	67
LA DESERCIÓN: UN ESTUDIO MINUCIOSO SOBRE EL CRIMEN MILITAR POR EXCELENCIA	
<i>Antonio Millán Garrido</i> _____	89
LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR POLICIAL	
<i>Francisco Carruitero Lecca</i> _____	95

BASES JURÍDICAS DEL NUEVO CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR DE CHILE <i>Cristián Araya Escobar</i> _____	113
LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO ÚLTIMA RATIO Y LA AUDIENCIA PARA SU ADOPCIÓN, A PROPÓSITO DE LA CASACIÓN N° 626-2013-MOQUEGUA <i>Benji Espinoza Ramos</i> _____	123
REPORTE GENERAL (SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR) <i>Stanislav Horvat y Dimitrios Zafeiropoulos</i> _____	129
RESUMEN DE LA PONENCIA DEL ACADÉMICO ANTONIO MILLÁN GARRIDO, SOBRE LA “VIDA Y OBRA DE UN JURISTA MILITAR EN EL EXILIO. RICARDO CALDERÓN SERRANO (1897-1952)” _____	165
EFFECTOS DEL AUTO DE NO HA LUGAR A ABRIR INSTRUCCIÓN (CASACIÓN 326-2011) <i>Víctor Jimmy Arbulú Martínez</i> _____	171
LA REPARACIÓN CIVIL EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL DEL PERÚ <i>Juan Carlos Monroy Meza</i> _____	177

Homenaje a José Gabriel Gálvez Egúsqüza

JOSÉ GABRIEL GÁLVEZ EGÚSQÜZA, UN LIBERAL EJEMPLAR <i>José Francisco Gálvez</i> _____	191
JOSÉ GÁLVEZ EGÚSQÜZA Y LA INFLUENCIA JURÍDICA DE HEINRICH AHRENSEN SU TESIS DE DOCTOR EN JURISPRUDENCIA <i>Alex Loayza Pérez</i> _____	205
DISCURSO PRONUNCIADO POR EL DOCTOR DON JOSÉ GÁLVEZ EN LA SESIÓN DEL 8 DE NOVIEMBRE DE 1855, AL DISCUTIRSE EL PROYECTO DE AMNISTÍA _____	223

Biografía

COMPENDIUM VITAE DEL GENERAL DE BRIGADA
JUSTINIANO BORGOÑO CASTAÑEDA

Roosevelt Bravo Maxdeo _____ 239

Miscelánea

CRÍMENES CONTRA EL LENGUAJE 3

Jorge López Zapata _____ 257

PRESENTACIÓN

Este año el Perú rinde justo homenaje a uno de sus más insignes hijos: Don José Gabriel Gálvez Egúsqiza, al conmemorarse el sesquicentenario de su muerte gloriosa, el dos de mayo de 1866, cuando dirigía la defensa del puerto del Callao, ante una amenaza de la escuadra española, en un episodio bélico victorioso, que significó finalmente la independencia peruana y americana.

El Jurista del Fuero Militar Policial, en esta edición, además de ofrecer los temas especializados que siempre compartimos con nuestros lectores, incluye artículos ilustrativos sobre la trayectoria de Don José Gálvez, particularmente, sobre su vida académica y política.

Brillante abogado y defensor de la patria, Gálvez, nacido en 1819, perteneció a una generación que creció justo durante el nacimiento de la república y por tanto respiró los vientos de libertad de los primeros años de la independencia y del parto histórico del Estado Peruano. Dueño de una gran capacidad como estadista y de un temple moral ineludible, José Gálvez dejó grandes lecciones de integridad y coherencia en sus actos patrióticos. En una de sus presentaciones en el Congreso dijo ante una audiencia de políticos inclinados al facilismo que ***“La nación necesita de hombres que se empleen en su servicio, y no de máquinas que no sepan distinguir entre la causa de un hombre y la de la nación, entre el vicio y la virtud”***. La expresión, de quien es muy merecidamente Patrono del Fuero Militar Policial, posee una

gran vigencia en nuestros días, y la seguirá teniendo, sobre todo en el ámbito de acción de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que tienen el deber de actuar con alto profesionalismo, ética y disciplina para garantizar la conservación de la paz y la seguridad en el extenso y difícil territorio nacional.

Quiero, también, referirme a que todos los aportes en el tratamiento del Derecho y la Justicia Militar, a través de esta publicación, apuntan a afianzar el desarrollo del conocimiento y ampliar la cultura jurídica en torno a las leyes que rigen a quienes visten el honroso uniforme de la patria. No existe nada mejor que el intercambio de saberes y experiencias, que no se restringen a textos de producción local, sino que, como ya es una constante de nuestra labor editorial, convoca una gama de artículos de colaboradores y fuentes internacionales, a través de los cuales podemos acceder a nuevas visiones y tendencias jurídicas. Los invitamos pues a leer y compartir el contenido de esta edición especial de El Jurista del Fuero Militar Policial.

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

NOTA DEL EDITOR

Este “Jurista” que llega a vuestras manos, amigo lector, es el VII número. Nos sentimos satisfechos que haya hecho camino al andar, ayude a entender los “Temas de Justicia Militar”, en particular, y noticie el quehacer del Fuero Militar Policial del Perú.

En este número, se ha incluido una sección especial con el fin de resaltar la figura del Coronel José Gabriel Gálvez Egúquiz, Patrono del Fuero Militar Policial, dado que este año se celebra el sesquicentenario de su muerte heroica, ocurrida durante el Combate Naval del 2 de Mayo de 1866, en el Callao, contra los españoles.

En este contexto, el Fuero Militar Policial del Perú y la Municipalidad Distrital de La Punta, de común acuerdo, rindieron homenaje al Coronel Gálvez, a través de una ceremonia castrense que se llevó a cabo el 28 de abril del año en curso, en la Plaza Torreón de la Merced del citado Distrito. En esa ocasión, el General de Brigada Juan Pablo Ramos Espinoza, Presidente del Fuero Militar Policial, develó una placa recordatoria en el monumento al Coronel Gálvez, que se erige en la plaza del mismo nombre, en el Distrito de la Punta, acto en el que estuvo acompañado por el Contralmirante José Risi Carrascal, Alcalde de dicho distrito y dos familiares del héroe: la

licenciada Carolina Gálvez Cabrera y el Dr. Gastón Gálvez Cabrera, además de otros invitados civiles y militares.

En el brindis que se llevó al cabo de este acto en el local del Club Regatas, el General Ramos presentó el “Libro Homenaje a José Gálvez Egúsqiza en el Sesquicentenario de su Muerte Heroica (1866-2016)” y una moneda recordatoria con el mismo propósito.

En la parte correspondiente de la revista, amigo lector, podrá ver usted algunas fotografías que perennizan dichos actos, además de tres artículos referidos al Coronel José Gabriel Gálvez Egúsqiza, nuestro Patrono.

Teniente Coronel EP
ROOSEVELT BRAVO MAXDEO
Editor de “EL Jurista del Fuero Militar Policial”

El Jurista
del
Fuero Militar Policial

■ Artículos

Jorge Cesar de Assis¹

PAREJA DE MILITARES

Ley “Maria da Penha” y la aplicación de sus institutos tutelares al derecho castrense

1. CONSIDERACIONES NECESARIAS PARA LA INTRODUCCIÓN AL TEMA

Algunos factores pueden ser enumerados como motivadores de la expedición de la llamada Ley “Maria da Penha”, Ley 11.340, de 07.08.2006. El punto preponderante fue el caso de la biofarmacéutica Maria da Penha Maia Fernandes, quien en mayo de 1983 fue víctima de su marido, un profesor universitario, que la atacó cuando dormía y le produjo secuelas que la dejaron tetraplégica, lo cual demuestra que la violencia contra la mujer alcanza todas las clases sociales². A raíz de este triste episodio, el informe 54, de 2001, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, responsabilizó a Brasil por omisión al castigo de las infracciones contra los Derechos Humanos.

- 1 Miembro del Ministerio Público de la Federación. Fiscal de la Justicia Militar en Santa Maria – RS (Brasil). Socio Fundador de la Asociación Internacional de las Justicias Militares. Miembro Correspondiente de la Academia Minera de Derecho Militar. Coordinador de la Biblioteca de Estudios de Derecho Militar de la Editora Juruá.
- 2 Perfil de la víctima: de un universo de 50 casos (por lo tanto restringido) registrados por el Servicio Social del Ministerio Público en Camboriú – SC (Brasil) entre 2008-2009, 82% se presentó a la audiencia judicial de instrucción y juicio; 54% se presentó sin la compañía de un abogado; 34% eran solteras, 16% casadas, 12% en unión estable, 14% separadas, 4% divorciadas y 4% viudas; 30% tenían la escuela primaria incompleta y 6% completa, 12% el secundario incompleto y 16% completo, 6% estudios superiores completos y 6% incompletos. *Apud* GUIMARÃES, Isaac Sabbá e MOREIRA, Romulo Andrade. Lei Maria da Penha, Curitiba: Juruá, 2014, pp. 97-102.

A pesar de ser crimen y grave violación a los derechos humanos, la violencia contra las mujeres sigue matando miles de brasileñas reiteradamente: 43% de las mujeres en situación de violencia sufren agresiones diariamente; y para 35% de ellas, la agresión es semanal.

Estos datos fueron revelados en el Balance de los atendimientos realizados en 2014 por la Central de Atendimiento a la Mujer – Disque 180, de la Secretaría de Políticas para las Mujeres de la Presidencia de la República (SPM-PR).

Con relación al momento en que la violencia comenzó dentro de la relación, los atendimientos de 2014 revelaron que los episodios de violencia ocurren desde el inicio de la relación (23,51%) o entre uno a cinco años (23,28%) de la misma.

En 2014, del total de 52.957 denuncias de violencia contra la mujer, 27.369 correspondieron a violencia física (51,68%), 16.846 a violencia psicológica (31,81%), 5.126 a violencia moral (9,68%), 1.028 a violencia patrimonial (1,94%), 1.517 a violencia sexual (2,86%), 931 fueron de cárcel privada (1,76%) y 140 relacionadas con tráfico (0,26%).

De los asuntos registrados en 2014, 80% de las víctimas tenían hijos, de los cuales 64,35% presenciaban la violencia y 18,74% eran víctimas directas juntamente con sus madres³.

Entre los precedentes importantes para la dación de la Ley “Maria da Penha”, se registra que: en 1995 Brasil firma y ratifica dos convenciones internacionales, sobre la

Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer y la Interamericana para prevenir, castigar y erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará); en 2002 fue sancionada la ley 10.445, que alteró el párrafo único del artículo 69, de la ley 9099/95, haciendo posible al juez, que “*en caso de violencia familiar, determinar cautelarmente el alejamiento del agresor del domicilio*” y en 2004 se dio la ley 10.886, agregando los incisos 9º y 10º, al art. 129 del CP (Código Penal), tipificando la lesión como consecuencia de la violencia doméstica.

Para comprender mejor la materia, téngase en cuenta que la Ley “Maria da Penha” es una ley mixta, que trata *aspectos penales* (aumentando la pena en la legislación penal común); *procesales* (dictando ritos para los procesos); *tutelares* (editando medidas de protección).

2. LA LEY Y SU FINALIDAD

La Ley “Maria da Penha” trata, en su interior, la violencia de género, dirigida especialmente contra la mujer, originada generalmente por la violencia doméstica. Esta *violencia de género* es amplia y comprende todas las maneras de someter a la mujer al sufrimiento *físico, sexual y psicológico*, incluyendo todas las formas de amenazas. Por lo tanto, su finalidad fue la creación de mecanismos para cohibir y prevenir la *violencia doméstica y familiar* contra la mujer.

Estableciendo paralelos entre la legislación penal común y la militar, vemos que la *violencia física* puede ser encontrada en

3 Dados nacionais da violência contra mulheres. Disponible en <<http://www.compromissoeatitude.org.br/dados-nacionais-sobre-violencia-contra-a-mulher/>> acceso el 03.10.2015.

el Código Penal - CP común en su art. 129, incisos 9º y 11º, con tipificación también en el Código Penal Militar - CPM, art. 209 (lesión corporal) y 210 (lesión culposa). Engloba, asimismo, crímenes dolosos contra la vida de la mujer, destacándose en el CP común el art. 121, inciso 2º-A (feminicidio) y 122 (inducción, instigación o auxilio a suicidio), tipificados también en el CPM, en los artículos 205 y 207.

De igual manera, la violencia sexual se trata en el CP común, en los crímenes contra la dignidad sexual, violación (art. 213); violencia sexual por medio de fraude (art. 215); acoso sexual (art. 216-A); violencia de vulnerable (art. 217-A); corrupción de menores (art. 218) y satisfacción de lascivia ante niños o adolescentes (art. 218-A). Cuando la practica un familiar (padre, marido, novio o compañero) la pena se aumenta, de acuerdo con el art. 226, II, del CP.

El Código Penal Militar también prevé ese tipo de violencia, tipificando la violación (art. 232), el atentado violento al pudor (art. 233) y la corrupción de menores (art. 234).

Con relación a la violencia psicológica, aparece en el texto de la ley un concepto amplio que puede englobar otras formas de violencia: cualquier conducta que cause daño emocional y disminución de la autoestima o perturbe el pleno desarrollo o que intente degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, por medio de amenaza, turbación, humillación, manipulación, aislamiento, vigilancia constante, persecución obstinada, insulto, chantaje, ridicularización, explotación y limitación del derecho de ir y venir o cualquier otro medio que cause perjuicio a la salud psicológica y a la autodeterminación.

Asimismo, la violencia patrimonial que consiste en subordinar económicamente a la mujer respecto al agresor, impidiéndole ser libre. Con referencia a esto, tomando como base el CP común, se puede cuestionarla actual efectividad de la posibilidad de extensión de pena (CP, art. 181) en los crímenes patrimoniales contra la mujer. Por ese prisma, se puede concluir que el art. 183 del mismo está incompleto, amparando solamente al anciano.

La violencia patrimonial en el CPM aparece previendo hurto simple (art. 240); daño simple (art. 259); apropiación indebida (art. 248) y estelionato (art. 251).

Finalmente, la violencia moral está relacionada con la falta de respeto a la dignidad de la mujer y se reprime en los códigos, cuando tipifican la Calumnia: CP, art. 138 – CPM, art. 214; la Difamación: CP, art. 139 – CPM, art. 215 y la Injuria: CP, art. 140 – CPM, art. 216.

3. ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LA LEY “MARIA DA PENHA”

Se argumenta que hay una aparente contradicción entre el objeto de la Ley “Maria da Penha” y la dicción de la norma constitucional, puesto que de acuerdo a su artículo 1º [...] *crea mecanismos para cohibir y prevenir la violencia doméstica contra la mujer, en los términos del inc. 8º, del art. 226 de la Constitución Federal [...]*, mientras que por el inc. 8º, *del art. 226 de la Carta Magna*, el Estado asegurará [...] *la asistencia a la familia, en la persona de cada uno de sus integrantes, creando mecanismos para cohibir la violencia en el ámbito de sus relaciones [...]*. Si la expresión “cada uno de los integrantes de la familia” no termina en la mujer como objeto de tutela, no se puede

negar que el Estado también proveyó protección especial al niño, al adolescente y al anciano.

De igual manera hay quien considera la ley inconstitucional por tratar solo la protección de la mujer. Algunos la consideran una manifestación del llamado Derecho Penal Simbólico, sin resultado práctico efectivo, como la edición (dación) de la ley que creó la figura del feminicidio⁴, lo cual aumenta las dificultades legislativas que asolan al país.

La Corte Suprema de Justicia, debido a la proposición de la ADC 19⁵ y de la ADI 4.424⁶, decidió que no hay violación del principio de la igualdad por el hecho de que la ley protege apenas a la mujer. Decidió también que cuando no existan Juzgados de Violencia Doméstica y Familiar contra la Mujer, los juzgados penales comunes tratarán los temas civiles y criminales originados en la Ley “Maria da Penha” (LMP). Especificó también, que en los casos de crímenes cuyo origen sea la violencia doméstica, no se aplica la Ley 9.099/95. De esta forma,

toda lesión corporal (leve o culposa)⁷, es de acción pública incondicional⁸.

En fin, los artículos 12, I y 16 no fueron declarados inconstitucionales, solo fueron interpretados según la CF, confirmando que deben ser interpretados según el art. 41 de la LMP⁹.

4. ¿QUIÉN ES EL AGRESOR Y QUIÉN PUEDE SER VÍCTIMA, SEGÚN LA LEY “MARIA DA PENHA”?

La Ley “Maria da Penha” estableció al sujeto pasivo (mujer) y no lo hizo con el sujeto activo (que puede incluso ser otra mujer).

La constitución de la Familia no depende exclusivamente del matrimonio (surge de la unión estable y de la relación monoparental, según el art. 226, incisos 3º y 4º, de la CF);

La mayor tolerancia de la sociedad reconoció la unión entre homosexuales como entidad *familiae*, derrumbando por completo las antiguas suposiciones que

4 CABETE, Eduardo Luiz Santos. *Feminicidio. Aprobada a Lei 13.104/15 e consagrada a demagogia legislativa e o direito penal simbólico mesclado com o politicamente correto no solo brasileiro*. **Revista Jurídica Consulex** n. 439, Brasília-DF, 1º.05.2015, pp. 34-45.

5 Propuesta por la Presidencia de la República, que tenía como objetivo declarar constitucionales los artículos 1º, 33 e 41, de la LMP.

6 Propuesta por el Fiscal General de la República, para dar interpretación conforme los artículos 12, I, 16 e 41, asentando la naturaleza INCONDICIONADA de la acción penal, en caso de crimen de lesión corporal, poco importando la extensión de esta, en los casos de violencia doméstica.

7 STJ (Tribunal Superior de Justicia): El 6º Grupo **rechazó la aplicación del principio de la insignificancia en caso de agresión doméstica contra la mujer**, manteniendo la pena de 3 meses y 15 días, en régimen abierto, impuesta a un hombre que agredió a su compañera con puñetazos y empujones (14.07.2015).

8 El STF, ante Reclamação (RCL 19.525), anuló acuerdo del TJRS que, debido al **desinterés de la víctima en proseguir la acción penal**, absolvió al hombre acusado de agredir a la compañera. Aseveró que em el juicio de la ADI 4424, decidió que la acción penal relativa a violencia doméstica es pública incondicionada (07.07.2015).

9 **STJ, Súmula 542**: La acción penal relativa al crimen de lesión corporal resultante de la violencia doméstica contra la mujer es pública incondicionada. Tercera Sección, aprobada el 26/8/2015, DJe 31/8/2015.

caracterizaban de la entidad familiar. La idea de familia, por lo tanto, ultrapasó los límites rigurosamente formales (basados en los documentos, registro civil) para asentarse en las relaciones de afecto.

Es importante tener en cuenta que la ley se basa, prioritariamente, en la idea de violencia de género perpetrada contra la mujer, motivada por la desigualdad y por la intención de subyugar a la víctima al poder del agresor.

Partiendo de esta base, se pueden imaginar algunas hipótesis de la incidencia o no de la Ley “Maria da Penha” en las peleas de distintos tipos de parejas: **Unión homoafectiva** (compañera que golpea a compañera).

Víctima travesti - víctima transexual: Es necesario tener en cuenta la ampliación del concepto de familia, recordando que el objetivo de la Ley es el de proteger a la ‘mujer’. Considerar que cuando la ley se refiere a relaciones personales, habla de la relación entre agresor y víctima y la orientación sexual independiente de lo que se dice, es la del agresor. El travesti no tiene ninguna característica biológica de la mujer y, por lo tanto, con relación a él no sería aplicable la Ley. En cambio, para el transexual, declarado mujer por la Justicia y documentado como tal, encontraremos dos posiciones: 1. Si se considera el aspecto estrictamente jurídico, se aplica la LMP¹⁰; 2. No se aplica¹¹.

Delito contra la honra, involucrando hermanas: no configura hipótesis de incidencia de la LMP, que tiene como objetivo a la mujer bajo la perspectiva de género, que no es autosuficiente y está en condiciones de inferioridad física y económica (STJ, CC 88.027-MG).

Una situación problemática es aquella relacionada con la agresión practicada por el exmarido o antiguo compañero/novio. Se verifica un pecadillo cometido por el legislador en el art. 5º, III, da LMP, puesto que, de forma general, no se puede comprender el hecho de la agresión “*en la relación íntima de afecto*” por quien no convive más con la víctima. La separación de las personas, con excepción de ciertas contingencias que las obligan a eso, indica, por regla, el fin de la relación afectiva¹².

5. VIOLENCIA DE LA MUJER PRACTICADA CONTRA EL HOMBRE

Una discusión que también se presenta es la de la posibilidad de aplicación del contenido de la Ley “Maria da Penha” a favor del hombre, en este caso considerado como víctima y no como agresor.

Como respuesta afirmativa, encontramos a Marcos José Pinto, para quien puede haber analogía, cuando ocurre que el hombre es víctima de violencia doméstica o familiar, con la aplicación de las disposiciones

10 CABETE, Eduardo Luiz Santos. Feminicidio. Aprovada a Lei 13.104/15 e consagrada a demagogia legislativa e o direito penal simbólico mesclado com o politicamente correto no solo brasileiro... p. 36.

11 GUIMARÃES, Isaac Sabbá e MOREIRA, Romulo Andrade. *Lei Maria da Penha*, Curitiba: Juruá, 2014.p.51.

12 En este sentido, en que tratándose de un caso entre exflirt, no cabe aplicación de la Ley “Maria da Penha”, vide STJ: CC 91.980 e CC 94.447. El Tribunal consideró que, en los dos casos, la relación quedó solo en la fase de flirt, simple flirt, que, como se sabe, es fugaz muchas de las veces.

de la Ley “Maria da Penha”, ya que el mayor sujeto de derechos objeto de una ley, no es la persona en razón de su sexo, sino que es el ser humano quien es víctima de violencia, independientemente de su género¹³.

En forma aislada debemos decir que la Justicia ya decidió de esa forma. Para el Tribunal de Justicia de Minas Gerais – Brasil, “si la mujer usa la violencia como forma de imposición de poder sobre el hombre, las medidas de protección de la LMP pueden favorecerlo, imponiéndose la analogía *in bonam partem*”¹⁴.

Asimismo, un rápido paseo por internet irá a demostrar que la violencia no es un privilegio masculino. Veamos los siguientes titulares: *Una mujer incendia su propia casa después de pelear con su marido y golpearlo con un martillo en Manaus*¹⁵; *Una mujer dispara 12 tiros contra su novio, en Florianópolis*¹⁶; *Médica que mandó cortar el pene a su exnovio es conducida a prisión domiciliaria en MG*¹⁷; *Viuda del director de la YOKI confiesa haber matado y descuartizado a su marido*¹⁸, citando solo los más recientes.

Un vídeo disponible en el canal Youtube muestra las imágenes de una sargento

de la PM de Minas Gerais – Brasil matando a su pareja, también sargento de la misma corporación, a tiros de pistola, en un restaurante, después de una pelea entre ellos, durante la cual la mujer fue inicialmente agredida a puñetazos, salió del establecimiento y luego retornó para el desenlace trágico¹⁹.

Por lo tanto, la violencia alcanza a todos, independientemente de sexo u opción sexual, aunque no en la misma escala.

6. ¿SON LAS MUJERES MILITARES SIEMPRE LA PARTE MÁS DÉBIL?

A partir de ahora nos centraremos directamente en el objeto de este análisis. Se trata de responder si la mujer militar se encuadra en el perfil de aquella protegida por la Ley “Maria da Penha”, y si el avance de la mujer –dígase legítimo– en la carrera militar la vuelve incompatible con aquella protección, y si una vez protegida, eso implicaría una incompatibilidad con la propia vida militar.

Con relación al ingreso de mujeres a la carrera militar, en las Fuerzas Armadas Brasileñas, la Marina fue pionera en admitirlas en sus cuadros (1980). El Cuerpo Femenino

13 PINTO, Marcos José. *A Lei Maria da Penha pode ser aplicada quando o homem for a vítima?* Disponible en <<http://jus.com.br/artigos/22194/a-lei-maria-da-penha-pode-ser-aplicada-quando-o-homem-for-a-vitima>>.

14 TJMG, Ap Crim 1.0672.07.249317-0, rel. Judimar Biber, 06.11.2007.

15 Disponible en <http://acritica.uol.com.br/manaus/Mulher-incendeia-propria-martelo-Manaus_0_1275472450.html> acceso el 03.10.2015.

16 Disponible en <<http://horadesantacatarina.clicrbs.com.br/sc/policia/noticia/2014/11/mulher-dispara-doze-tiros-contr-ex-namorado-nos-ingleses-em-florianopolis-4644504.html>> acceso el 03.10.2015.

17 Disponible en <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/03/26/medica-que-mandou-cortar-penis-de-ex-noivo-vai-para-prisao-domiciliar-em-mg.htm>> acceso el 03.10.2015.

18 Disponible en <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/viuv-confessa-ter-matado-e-esquartejado-executivo-da-yoki/>> acceso el 03.10.2015.

19 **Imágenes muestran sargento de la PM matando a su novio en Minas Gerais**, disponible en <<https://www.youtube.com/watch?v=Z40CeRGUXXE>>, acceso el 27.09.2015.

de Reserva de la FAB fue creado en 1981, y en el Ejército, el ingreso comenzó en 1991.

Inicialmente ejecutaban solo actividades administrativas. En la actualidad, ejercen también funciones de comando²⁰. Participan de las Operaciones de Garantía de la Ley y del Orden, cada vez más comunes en el país e incluso de misiones internacionales en las Fuerzas de Paz de la ONU.

La situación es semejante en las fuerzas auxiliares, en Brasil. En la Policía Militar (PM) de São Paulo fue creado el Cuerpo Policiaco Femenino en 1955, por un acto del entonces gobernador Jânio Quadros. En la Policía Militar de Paraná, la Policía Femenina fue creada en 1979 y en Minas Gerais, en 1981²¹.

Se puede afirmar que, en 1984, con la modificación del DL-667/69, se instituyó la

base legal para la inclusión de las mujeres en las fuerzas de los Estados brasileños (§ 2º, do art. 8º)²².

Recordemos que tanto las Fuerzas Armadas como la Policía y el Cuerpo de Bomberos Militares se fundan en dos pilares: disciplina y jerarquía, y así, la identidad colectiva de los militares se marca por la oposición entre lo militar y lo civil. En este sentido, “las mujeres en estas instituciones deben constituirse en militares y no en mujeres militares”²³

Por lo tanto, la condición de militar distingue a la mujer militar de las demás. El sometimiento al estrés físico y psicológico, a los riesgos de la profesión, a las exigencias del día a día y a la cultura militar hace de la mujer militar –según Marcus Vinicius Souto Graciano– un ser especial²⁴.

-
- 20 La capitana de mar y guerra Dalva Maria Carvalho Mendes, fue la primera mujer brasileña en ascender a oficial general. En una ceremonia realizada en el *Palácio do Planalto*, el 23.07.2014, ella fue promovida a Contralmirante, habiendo ingresado a la Marina, en el primer grupo del Cuerpo Auxiliar Femenino de oficiales, en 1981.
- 21 Cada vez es más común encontrar mujeres comandantes en las PMs brasileñas. La Policía Militar de Alagoas oficializó, el día 10.10.2014, el **cambio de comando de las unidades** de la capital y del interior del Estado. Cuatro mujeres militares fueron nombradas entre los 44 cargos de comandos. La ceremonia fue realizada en el cuartel de la PM, ubicado en el Centro de la ciudad y conducido por el comandante general cel. Marcus Aurélio Pinheiro. La Mayor Fátima do Valle asumió el 2º Batallón de Policía Militar (BPM), en União dos Palmares, en la Zona del Monte. La Mayor Rita de Cássia asumió la jefatura de la Sección Técnica de Enseñanza. La capitana Martins Lucena pasó a comandar el sector de Procedimientos Ordinarios de la Sección de Policía Disciplinaria de la Alcaldía y la Mayor Crisely Souza fue nombrada subdirectora del Servicio de Enfermería de la Directora de Salud de la Policía Militar.
- 22 **Decreto Ley 667, de 02.07.1969, art. 8º, § 2º**: Los Estados, Territorios y el Distrito Federal (Brasil) podrán, si les conviene a las respectivas Policías Militares: (Redacción dada por el Del 2.106, de 6.2.1984) a) admitir el ingreso de personal femenino en sus efectivos de oficiales y soldados, para atender a las necesidades de la Corporación en actividades específicas, mediante previa autorización del Ministerio del Ejército. (Redacción dada por el Del 2.106, de 6.2.1984)
- 23 TAKAHASHI, Emilia Emi, *Homens e mulheres em campo: um estudo sobre a formação de identidade militar. Tese de Doutorado em Educação* – Faculdade de Educação da Universidade de Campinas – UNICAMP, 2002.
- 24 GRACIANO, Marcus Vinicius Souto. *Aplicação da Lei 11.340/06 –Lei Maria da Penha– nas relações afetivas envolvendo casal de militares*. Trabalho de Conclusão do Curso de Formação de Oficiais da Academia de Polícia Militar de Minas Gerais, 2012. Disponible en <<http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/monomarcusvinicius.pdf>> acceso el 03.10.2015.

Además, por fuerza de ley, los (las) militares de los Estados y de la Nación, se ven obligados a enfrentar el peligro y hasta a morir en el cumplimiento del deber, lo que se llama ‘tributo de sangre’²⁵, circunstancia muy especial que Allan Cesar Macena llamó principio de disponibilidad de la vida²⁶, común a los militares cuando ingresan a la corporación²⁷.

Un rápido paseo por las PMs brasileñas demuestra un número cada vez mayor de mujeres en las fuerzas especiales de estas corporaciones, como Ana da Silva, Bianca Cirillo, Ana Paula Monteiro y Marlisa Neves, las únicas cuatro mujeres en el Batallón de Operaciones Especiales - BOPE, do Rio de Janeiro²⁸; Claudia, Edmeiry, Denise y Vânia, integrantes del Batallón de Policía de Choque - BP Choque, de Rio Grande do Norte²⁹; y Anahy, la primera mujer que asume el Comando de un pelotón de las *Rondas Ostensivas Tático Móvel*- ROTAM, de Paraná³⁰, entre otras.

Responsables por la Defensa de la Patria, de su soberanía e instituciones, y también por la amplia, noble y difícil misión de la preservación del orden público, las mujeres militares se encuentran en pie de igualdad con los hombres en las mismas condiciones. Se tiene la impresión de que esta mujer no se amolda al perfil de aquella protegida por la Ley “Maria da Penha”.

La medida más reciente a favor de la igualdad de las mujeres en el medio militar fue la presentación del Proyecto de Ley PL 213/2015, que agrega un segundo párrafo al art.1 de la Ley 4.375/1964 – Ley del Servicio Militar³¹.

Por el PL, las mujeres están exentas de cumplir el Servicio Militar en tiempos de paz, garantizándoseles la prestación voluntaria de ese servicio, de acuerdo a sus aptitudes, desde que manifiesten esta opción de presentación prevista en el art. 13 de la LSM.

25 ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *A necessidade da Justiça Militar no Estado Democrático de Direito*. Disponible en <<http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/necessidadejme.pdf>> acceso el 03.10.2015.

26 CESAR, Allan. *A Disponibilidade da vida como princípio alicerce do militar*. Revista Direito Militar nº 101, Florianópolis-SC, maio/junho de 2013.

27 *Portaria Normativa do Ministério da Defesa 660*, de 19.05.2009, Art. 176, V – *Compromisso à Bandeira: Incorporando-me à Marinha do Brasil (ou ao Exército Brasileiro ou à Aeronáutica Brasileira) / prometo cumprir rigorosamente as ordens das autoridades a que estiver subordinado / respeitar os superiores hierárquicos / tratar com afeição os irmãos de armas / e com bondade os subordinados / e dedicar-me inteiramente ao serviço da Pátria / cuja honra, integridade e instituições / defenderei com o sacrifício da própria vida*”. Las Policías y los Cuerpos de Bomberos Militares tienen juramento semejante.

28 Batomna Caveira, Disponible en <<http://www.conesulnews.com.br/brasil-mundo/batom-na-caveira-uma-conversa-com-as-unicas-4-mulheres-do-bope>>. Acceso el 27.09.2015.

29 Batomna Tropa de Elite Disponible en <<http://maximusrn.blogspot.com.br/2010/10/batom-na-tropa-de-elite.html>> acceso el 27.09.2015.

30 Mulher assume pela primeira vez o comando de um pelotão da ROTAM, Disponible em <<http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=84827>> acceso el 27.09.2015.

31 MELO, Livia Aragão de. A necessidade de novas regras para o ingresso das mulheres no serviço militar. *Revista Jurídica Consulex* n. 442, Brasília, junho de 2015, pp.16-17.

Para la Senadora Vanessa Graziottin (PCdoB-AM), relatora del Proyecto de Ley, “no existe ningún estudio científico que compruebe la inferioridad de las mujeres con relación a los hombres, que sea capaz de justificar la imposibilidad de que actúen con amplitud en las FFAA”.

La senadora sostiene que el avance de la tecnología permitió la evolución de las armas, tornándolas cada vez más livianas y automáticas. Así, no es más plausible el argumento de que a la mujer le falta fuerza física que le pueda impedir de actuar en los campos de batalla. Esta igualdad, esta participación en misiones peligrosas, cumplidas por largo tiempo, parecen alejar de la mujer militar el estigma de la debilidad.

7. PAREJA DE MILITARES Y EL CASO DE CRIMEN EN EL AMBIENTE DOMÉSTICO-TEORÍAS EXISTENTES

En la doctrina se encuentran tres teorías sobre la cuestión. La primera sostiene que cualquier delito ocurrido entre una pareja de militares en servicio activo (que tenga al marido o a la mujer como agente) se considera crimen militar, por el art. 9º, II, ‘a’, del CPM, y de esta forma no se aplica la LMP. La tesis concede privilegio a la Justicia Militar. No se considera a la mujer como la parte más débil, que merece tutela especial, ya que no depende del lugar donde se comete la infracción.

Defienden esta tesis: Enio Luiz Rosseto, quien entiende que el concepto de crimen militar es *ex vis legis*, imponiéndose la idea que se atienda la ley³², Guilherme de Souza Nucci, quien no ve diferencia si el marido lesiona a la esposa militar dentro del cuartel o en la residencia común de la pareja. Afirma que se trata de un crimen militar, pero reconoce la tendencia de excluir del ámbito militar las agresiones que ocurren en el escenario doméstico³³; también Adriano Marreiros, Guilherme Rocha y Ricardo Freitas, para quienes el argumento de la tutela constitucional de la familia debe ser considerado junto con el de la dignidad humana, y ambos reforzarán la constitucionalidad de la letra ‘a’, del inciso II, del art. 9º, del CPM, a la agresión de la esposa o compañera contra el marido, o entre compañeros del mismo sexo. Están de acuerdo, sin embargo, que en el caso de que el marido practique violencia contra la esposa, o el compañero contra la compañera, la cuestión es un poco más compleja, considerando que la Ley “Maria da Penha” fue creada para ser aplicada en estos casos³⁴.

Entendemos que es una teoría intransigente. No todo delito ocurrido entre militares constituye crimen militar. La caracterización de crimen militar no se resume a este dato objetivo, que autor y víctima sean militares en activo, por lo cual debe considerarse efectiva ofensa a la institución militar, que los defensores de la primera teoría prefieren pasar de largo.

32 ROSSETTO, Enio Luiz. *Código Penal Militar Comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.109.

33 NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Militar Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.44.

34 FREITAS, Ricardo; MARREIROS, Adriano e ROCHA, Guilherme. *Direito Penal Militar. Teoria crítica & prática*. São Paulo: Editora Método, 2015, p.112.

En efecto, llevado esto al pie de la letra, o sea, si se acepta la idea de que una lesión corporal causada por el marido militar, dentro de casa, contra la mujer militar, por un motivo doméstico constituye crimen militar, implica aceptar que, aún dentro del hogar, el cónyuge (compañero) de menor puesto o graduación tenga que pedir permiso para sentarse o retirarse de la mesa, ya que ésta es una regla esencial de disciplina prevista en los reglamentos de honores y señales de respeto, y su violación constituye transgresión. ¿Imagínense en el momento de compartir el mismo lecho?

La segunda teoría, defendida, por ejemplo, por Murillo Salles Freua, precisa, que aceptar que el CPM y el CPPM deben ser aplicados para resolver problemas de la intimidad y de la vida privada del militar, sin ninguna relación con la regulación militar, puede generar daños irreparables a la institución familiar³⁵, y aunque el hecho haya sido cometido entre militares en activo, si la víctima es la mujer, el crimen sería común, siempre pensando en la aplicación de la Ley “Maria da Penha”. Es la posición también de Célio Lobão, al señalar que si el hecho se relaciona con la vida común, permaneciendo en los límites de la relación conyugal o de compañeros, sin reflejo para la disciplina, permanecerá en el ámbito de la jurisdicción común³⁶. Excluye a la Justicia Militar. La demostración de la evolución

de las actividades de la mujer en las Fuerzas militares, y también de su capacidad de defenderse o causar daño al cónyuge (compañero), igualmente torna esta teoría intransigente y hasta irreal, pues la mujer objeto de tutela de la Ley “Maria da Penha” es la que se presenta de manera desigual, subyugada por el poder del agresor, lo cual no es característico en la mujer militar, salvo raras excepciones.

Finalmente, la tercera teoría sostiene que generalmente los hechos delictuosos ocurridos entre parejas de militares se tratan de crímenes militares impropios; por eso se aplica la LMP en su parte de protección. Es una teoría que concilia la aplicación de la ley por la Justicia Militar, o sea, en algunos casos (no todos) podría tratarse de crimen militar, procesado y juzgado por el Consejo de Justicia, pero siempre podrían aplicarse medidas tutelares, sea por el Juez Auditor, y/o por el Consejo de Justicia. Esta es la posición presentada por Abelardo Júlio da Rocha³⁷.

Estamos de acuerdo con la tercera teoría, mucho más adecuada a la realidad de los hechos y a los dictámenes constitucionales vigentes. Independientemente de eso, hay que resaltar que la aplicación de la teoría conciliadora pasa por la correcta clasificación de lo que se considera un crimen militar, si aceptamos tratarse de una tipicidad

35 FREUA, Murillo Salles. O casal de militares perante a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06). Disponible en <<http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/casalmilitares.pdf>> acceso el 02.10.2015.

36 LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*, 3ª edição, Brasília: Brasília Jurídica, 2006, pp. 121-122.

37 ROCHA, Abelardo Júlio da. *Da eventual aplicação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha nos casos de violência doméstica contra a mulher militar*, disponible en <http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/aplicab_lei_mapenha_.pdf> acceso el 02.10.2015.

indirecta³⁸. Es fundamental seguir algunos pasos cuando ocurre un hecho delictivo entre una pareja de militares:

- 1º Verificar si el hecho en análisis está descrito en la Parte General del CPM;
- 2º En caso positivo, verificar si el hecho se encuadra en una de las varias hipótesis del art.9º, del CPM. En caso negativo, no se trata de crimen militar;
- 3º Aunque la verificación sea positiva, es necesario indagar si existe alguna causa excluyente de criminalidad, pues el tipo legal puede parecer antijurídico; y,
- 4º Finalmente, si no existe caracterización de un hecho ilícito, hay que analizar la efectiva ofensa a la institución militar considerada como elemento determinante de la caracterización de crimen militar.

Derivado de este análisis del hecho de crimen militar entre una pareja de militares, es importante recordar que aunque se trate de cuestiones objetivas, y por lo tanto fáciles de ser verificadas, el análisis debe tener en cuenta los siguientes factores: el hecho de que la pareja de militares esté constituida por marido y mujer del mismo puesto o graduación; que la mujer tenga jerarquía superior al marido; que la mujer sea de jerarquía subordinada al marido y si ambos pertenecen o no a la misma Fuerza Militar.

Por lo tanto, a propósito de la observación de Murilo Freua, de que en los casos de violencia doméstica y familiar practicados fuera del ambiente del cuartel, se debe analizar a qué fuerza pertenecen los militares, cuál es el hecho ocurrido, y la graduación o el puesto de los involucrados, así como el motivo, y lugar, entre otros factores³⁹.

Siguiendo esta línea de raciocinio, Marcus Vinicius Souto Graciano formula la siguiente hipótesis: ¿si el marido (PM en activo) agrede a su mujer (militar del Ejército en activo), el marido agresor sería juzgado por la Justicia Militar de la Federación? Y prosigue: si el marido militar (EB, en activo) agrediera a su mujer (PM en activo), por lógica, si se acepta que es un crimen militar, el agresor tendría que ser juzgado por la Justicia Militar del estado miembro de la Federación donde ocurrió el hecho, que tutela los valores institucionales militares de ese estado. La cuestión presenta un problema: que esta Justicia Militar solo juzga PM y BM. ¿Entonces el crimen cometido sería común?⁴⁰

Si queremos responder a las dos posturas, veríamos –teniendo en cuenta una vez más la efectiva ofensa a la institución considerada como factor determinante del crimen militar– que inicialmente, y desde que hubiera alguna connotación referente a la institución Ejército Brasileño, sería posible

38 Vide ASSIS, J. C. Art. 9º do CPM: A ofensa às instituições militares como elemento determinante na caracterização do crime militar. *Revista Direito militar*, v. 87, p. 25-29, 2011.

39 FREUA, Murilo Salles. O casal de militares perante a Lei Maria da Penha. Disponible en <<http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/casalmilitares.pdf>> acceso el 03.10.2015.

40 GRACIANO, Marcus Vinicius Souto. *Aplicação da Lei 11.340/06 –Lei Maria da Penha– nas relações afetivas envolvendo casal de militares*, 2012, Disponible en <<http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/monomarcusvinicius.pdf>> acceso el 03.10.2015.

(pero no necesariamente) que el crimen fuera militar y que el marido PM respondiera a la Justicia Militar de la Federación, si el hecho ocurriese en un cuartel de las Fuerzas Armadas.

Asimismo, cambiando la institución del marido agresor, aunque haya sido ofendida la institución Policía Militar (y la agresión ocurriera en uno de sus cuarteles), el marido agresor, por ser del Ejército, por lógica debería ser juzgado en la Justicia Militar del estado-miembro de la Federación, lo que no ocurriría, porque esta Justicia es restrictiva y juzga solamente a los policías y bomberos militares, razón por la cual el crimen sería juzgado en la justicia común, ya que no puede ser juzgado en la justicia Militar de la Federación, debido a que no se lesiona a la institución militar Federada. Para el mismo hecho, solo porque el marido agresor pertenece a otra institución militar, serán presentadas dos soluciones distintas, siendo en la primera crimen militar y, en la segunda, crimen común. Esta constatación irrefutable ya es suficiente para rechazar la primera teoría, aquella que sostiene que un hecho delictivo cometido por un militar contra otro militar, ambos en activo, se considera crimen militar en cualquier situación. Solo analizando el caso concreto, examinando todas las circunstancias que rodearon el hecho delictivo, se podrá concluir si constituye crimen militar o no.

8. APLICACIÓN DE LA LEY “MARIA DA PENHA” EN LA JUSTICIA MILITAR –3ª TEORÍA– MEDIDAS TUTELARES DE URGENCIA QUE OBLIGAN AL AGRESOR

Vamos ahora a considerar la efectiva aplicación de la Ley “Maria da Penha” en casos corrientes del ambiente castrense. Sería el caso de aplicación de la 3ª teoría, conciliadora, ya que el hecho efectivamente habría sido considerado como crimen militar.⁴¹ Una vez constatado que se dan los requisitos necesarios, es posible aplicar las llamadas medidas tutelares de urgencia, que obviamente obligan al agresor. Ellas son:

Suspensión de posesión o restricción deportar armas, con comunicación al órgano competente, en los términos de la Ley 10.826/2003. Finalidad: evitar un mal mayor de parte del agresor. El arma, particular o de la corporación, debe ser recogida por el jefe inmediato del militar en cuestión. Esta providencia puede ser representada por la autoridad de la policía judicial militar al Comandante del agresor, o ser determinada por el juez de derecho del juicio militar (juez-auditor), de oficio o con requisición de la Fiscalía.

Alejamiento del hogar, domicilio o lugar de convivencia con la ofendida, aplicación analógica, atendiendo al art. 3º del CPPM. Si fuera determinada, no corresponde Habeas Corpus. Paciente acusado de crimen sexual contra la hija, también

41 ROCHA, Abelardo Júlio da. *Da eventual aplicação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha nos casos de violência doméstica contra a mulher militar*, disponible em <http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/aplicab_lei_mapenha_.pdf> acceso el 02.10.2015.

militar. Si es posible la condenación del reo sin testigos de la violación, con mucha más razón es posible la aplicación analógica de las medidas de protección urgentes de la LMP (TJMMG, HC. 1678/2011, rel. Juez Fernando Galvão).

Para el Juez Fernando Galvão, relator, sería una paradoja contemplar a la mujer militar con el alejamiento del agresor del hogar de la pareja y al mismo tiempo que ella tenga que convivir con él en el cuartel, principalmente si existe una relación de subordinación jerárquica. El TJMMG entiende que enviar al militar de una unidad para otra deriva del poder discrecional de la Administración. Los militares no tienen derecho a la inamovilidad, agrega.

La Ley “Maria da Penha” prevé la **prohibición de determinadas conductas** que están previstas en su art. 22, III, entre las cuales: a) aproximación de la ofendida, de sus familiares y de los testigos, fijando un límite mínimo de distancia entre estos y el agresor; b) contacto con la ofendida, sus familiares y testigos por cualquier medio de comunicación; y, c) frecuencia a determinados lugares, con el fin de preservar la integridad física y psicológica de la ofendida.

Las medidas de protección de urgencia son cautelares y tienen como finalidad impedir daños inmediatos, por eso deben ser concedidas de plano. Si se labró Auto de Prisión en Flagrante debido a violencia doméstica y familiar practicada por el marido militar, el oficial que estuviera ejerciendo la función de policía judicial militar dará a

conocer tal hecho al juez de derecho (juez-auditor).

Causan incomodidad, especialmente, porque son medidas específicas generalmente relacionadas con el Tribunal de la Familia, la Infancia y la Juventud, las medidas de restricción o suspensión de las visitas a los dependientes menores, oído el Equipo de Atendimiento Multidisciplinario o similar y la prestación de alimentos provisionales o provisorios.

¿Podría hacerlo el juicio militar? En los términos del art. 33 de la LMP, mientras no estén estructurados los Juzgados de Violencia doméstica y Familiar, los tribunales penales acumularán las competencias civiles y criminales que de ella derivan.

Las Auditorías de la Justicia Militar son tribunales penales sin sombra de dudas, de manera que, en principio, sus magistrados podrán acumular tales competencias. Eso presupone que si el magistrado sigue la tercera teoría – conciliadora, y pretende aplicar la Ley “Maria da Penha” en las causas que está juzgando, deberá dirigir su juicio para esta finalidad. En este punto el equipo de atendimento multidisciplinario será fundamental.

Esta posibilidad, sin embargo, es muy criticada por Isaac Sabbá y Romulo de Andrade Moreira, quienes entienden que es muy raro, incluso desde el punto de vista constitucional de juez natural, que esta competencia civil sea “delegada” a un juez criminal⁴².

42 SABBÁ, Isaac e MOREIRA, Romulo Andrade. *Lei Maria da Penha*, Curitiba: Juruá, 2014. p. 37.

9. DE LA ASISTENCIA A LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y FAMILIAR – COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD POLICIAL MILITAR (COMANDANTE). ART. 11, DE LA LMP

Una vez que se acepte la tesis de la aplicación de la Ley “Maria da Penha” a los casos delictivos involucrando a una pareja de militares y que caracterice crimen militar, se debe ver qué asistencia ha de prestarse a la mujer víctima de violencia doméstica y familiar que la necesite.

Para atender a la mujer en situación de violencia doméstica y familiar, la autoridad policial (el Comandante, a pedido de la víctima o el encargado de la investigación policial militar o del auto de prisión en flagrante) deberá tomar, entre otras providencias:

- I garantizar protección policial, cuando sea necesaria, comunicando de inmediato al MP y al Juez-Auditor (Juez de Derecho);
- II encaminar a la ofendida al hospital o unidad sanitaria y al Instituto Médico Legal;
- III proporcionar transporte para trasladar a la ofendida y a sus dependientes a un lugar seguro, si hay riesgo de vida; y,
- IV informar a la ofendida cuáles son sus derechos en la LMP y los “servicios disponibles”⁴³

Se puede cuestionar, sin embargo, cómo quedaría la situación en el seno del cuartel –reflejo del hecho para la tropa–, si

la mujer ofendida fuera superior al marido agresor, y, muchas veces oficial y hasta comandante de una Unidad Militar. ¿Podría esa oficial o comandante beneficiarse de las medidas de protección con relación a su marido subordinado, sin perder la autoridad de su cargo o función?

Un rápido paseo por el Estatuto de los Militares –EM–, irá a demostrar en su art. 34, que el Comando es la suma de autoridad, deberes y responsabilidades de las cuales el militar está investido legalmente cuando conduce hombres o dirige una organización militar. El comando se vincula al grado jerárquico y constituye una prerrogativa impersonal, en cuyo ejercicio el militar se define y se caracteriza como jefe.

De la misma forma, el art. 36 del EM dice que se prepara al oficial, a lo largo de su carrera, para el ejercicio de funciones de comando, de jefatura y de dirección. El art. 37, a su vez, dispone que los graduados prestan auxilio o complementan las actividades de los oficiales, ya sea en el adiestramiento y en el empleo de medios, como en la instrucción y administración.

La ley cercenó innumerables garantías y prerrogativas del oficial para el ejercicio de su noble función, y lo hizo de tal forma que previó, incluso, en el párrafo único del art. 42 del Código Penal Militar, el estado de necesidad justificante para el comandante, según el cual “no hay igualmente crimen cuando el comandante de navío, aeronave o fortificación de campaña, ante un peligro inminente o calamidad grave, obliga a los subalternos, por medios violentos, a

43 Obviamente que el magistrado de la Justicia Militar que decide aplicar la Ley “Maria da Penha” a los crímenes militares deberá tener una lista de todos los servicios disponibles en el área de su jurisdicción.

ejecutar servicios y maniobras urgentes, para salvar la unidad o vidas, o evitar el desánimo, el terror, el desorden, la rendición, la sedición o el saqueo”.

Por último, ¿la oficial, o aún la comandante, podrían recibir esta protección legal con respecto a su marido (compañero) subordinado? Esta cuestión merece reflexión, porque aunque en un primer momento se intente responder negativamente, veremos que el análisis solo puede hacerse conociendo el hecho concreto, hasta porque la violencia contra un superior o contra un inferior siempre existió en el cuartel, tanto es así que el Código Penal Militar lo prevé expresamente en su Parte Especial, en los crímenes contra la autoridad y la disciplina militar.

Qué se dirá entonces de la violencia entre una pareja, aunque sea de militares; aun indeseable; la violencia puede ocurrir y, convengamos, el superior no pierde la autoridad porque en determinado momento fue subyugado físicamente por el subordinado. La verdadera fuerza como consecuencia de la jerarquía y de la disciplina se concentra en el cargo o en la función ejercida, y no tiene ninguna relación con la fuerza física que un militar pueda tener más que otro.

10. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y FAMILIAR ENTRE UNA PAREJA DE MILITARES BAJO LA ÓPTICA DE LOS TRIBUNALES

Acercándonos al final de este trabajo, veremos a continuación la posición de los tribunales brasileños. De un modo general,

parece que los tribunales se inclinan por aceptar la tercera teoría – la conciliadora, o sea, ante un eventual conflicto aparente de normas, se debe verificar, en el caso concreto, si hubo efectiva ofensa a la institución militar. En caso positivo, se trata de crimen militar, caso contrario de delito común, que deberá ser resuelto en la esfera civil.

Iniciemos por la Corte Suprema de Justicia, con el emblemático caso HC 103.812 – SP⁴⁴, interpuesto por la Defensa de un Soldado PM femenino, acusada de homicidio doloso contra el marido, Teniente Coronel de la misma corporación y condenada por la Justicia Militar de São Paulo – Brasil. Para la Corte Suprema de Justicia se trató de un crimen común, sin ningún reflejo en el cuartel, teniendo en cuenta que aunque la paciente y la víctima eran militares en aquella época, ninguno de los dos estaba de servicio y el crimen no fue practicado en un lugar sometido a administración militar, **si bien es cierto que el móvil del crimen fue el término del casamento de la pareja, así como el intuito de la paciente de sustituir la pensión alimenticia interrumpida judicialmente, por pensión por muerte, y de obtener indemnización del seguro de vida**, lo cual ya es suficiente para alejar la incidencia del art. 9º, inciso II, letra ‘a’, del CPM. Afirmó también que los militares, como las demás personas, tienen su vida privada, familiar y conyugal, regida por las normas del Derecho Común.

La decisión de la más alta Corte brasileña nos pareció correcta, ya que el crimen militar debe ser siempre una excepción. En sentido contrario, o sea, si se decide que el

44 STF, 1ª Turma, rel. Min. Carmen Lúcia; rel. para el acuerdo Min. Luiz Fux, j. em 29.11.2011.

hecho involucrando una pareja de militares se trató de un crimen militar, hay que detenerse en la apelación 18-08.2013.7.02.0102-SP, del Superior Tribunal Militar, cuyo relator fue el Min. Luis Carlos Gomes Mattos, juzgada el 10.09.2014.

Se trató de una pelea entre una pareja de militares, durante la cual un Sargento del Ejército amenazó a su mujer, también Sargento del Ejército Brasileño, inicialmente en la residencia de la pareja y después, por teléfono móvil, que fue colocado en viva voz por la víctima, que se encontraba en la Base de Administración y Apoyo de la Organización Militar, donde la sargento estaba autorizada a pernoctar y donde varios testigos escucharon las amenazas.

Para el tribunal, ya que el caso se extendió hasta el cuartel, el hecho no se restringe más a la intimidad de la pareja. El STM no admitió la apelación y el reo pidió un habeas corpus a la Corte Suprema de Justicia, que bajo los mismos argumentos del origen, negó la orden y mantuvo la condición militar del crimen⁴⁵.

En los dos ejemplos descriptos, nos pareció que la Corte Suprema fue coherente, aunque las decisiones hayan sido contrarias, ya que quedó claro que para la caracterización del crimen militar es necesario que ocurra una efectiva ofensa a la institución militar (aunque haya sido por extensión), sin la cual el crimen se convierte en común, y deber ser tratado por la justicia ordinaria.

Del Tribunal de Justicia Militar de Rio Grande do Sul – Brasil también presentamos dos decisiones involucrando parejas de militares, en las cuales prevaleció la tesis de crimen militar.

En el primer caso, para demostrar disconformidad ante una posible separación, veremos que el reo, Sargento en activo que había agredido a su compañera, una Capitana, le colocó las esposas en la vía pública. Cuando fue abordado por policías militares que habían sido llamados por los vecinos, se identificó como sargento de brigada, creyendo que no quedaría preso. Para el TJM-RS, no se trató de una simple pelea familiar, ya que **pasó las fronteras de la vida privada y se tornó pública**⁴⁶.

En el otro caso, se consideró que “son de naturaleza militar los crímenes de violencia contra un superior y de amenaza, practicados por soldado (mujer) contra sargento (su compañero), ambos en activo, en el ámbito del cuartel, no importando la condición de pareja entre autor y víctima”. Constó en la sentencia: [...] Si fuera en el ámbito familiar hasta se podría considerar que los hechos corresponden a la vida privada y particular, pero la soldado fue por su propia voluntad al cuartel para agredir y amenazar a la víctima [...] En esta ocasión, después de frustrados intentos de contacto telefónico de la acusada con su exmarido y víctima, la denunciada, estando de franco, lo encontró saliendo de un restaurante, conversaron rápidamente, se dirigieron al cuartel de la Brigada Militar de Paraí, donde

45 STF, 1ª Turma, HC 125.836, rel. Min. Dias Tóffoli, juzgado el 03.03.2015.

46 LESÃO CORPORAL, VIOLÊNCIA CONTRA SUPERIOR E CONTRANGIMENTO ILEGAL.TJM-RS, Ap. crim. 3.785/05, relator Juiz-Cel Sérgio Antonio Berni de Brum, juzgado el 09.11.2005.

la acusada atacó a su superior, lo arrastró y le produjo lesiones...⁴⁷”.

O sea, el hecho delictivo entre una pareja de militares, que el Tribunal de la Justicia Militar de Rio Grande do Sul consideró que extrapoló los límites del ámbito familiar, puede caracterizar la llamada **prolongación de la ofensa para el cuartel**, preconizada por el Supremo Tribunal Militar y por la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, no podríamos dejar de sacar a luz un hecho concreto, con la aplicación de la teoría conciliadora, ocurrido recientemente en la Justicia Militar de la Confederación de Brasil, específicamente en la Auditoría de la 8ª Circunscripción Judicial Militar, en Belém-PA, involucrando una pareja de militares. Según constó en la denuncia, el día 10 de marzo de 2015, alrededor de las 8h de la mañana, una 2ª teniente estacionó su vehículo frente a la Sección Telemática de la Base Aérea de Belém. Unos 15 minutos después de estacionar su coche, la oficial fue informada de que un 2º sargento, su excompañero, ahora denunciado, habría roto el parabrisas de su vehículo con un martillo y arrojado una sustancia inflamable en el carro.

Considerado crimen militar, sin duda alguna⁴⁸, el agente fue incluido en el art. 261, II. CPM (daño por el uso de sustancia inflamable, sujeto a pena de reclusión de hasta 4 años, si el hecho no constituye crimen más grave).

En la sala de la Auditoría, durante la audiencia y el interrogatorio, se escuchó a la

ofendida, que expresó que se siente amenazada por el reo, quien trabajaba en la misma Organización Militar (OM) y que éste ya había ido, sin motivo justificado, al colegio del hijo pequeño de la teniente.

Con el parecer favorable del Ministerio Público Militar, en aquella audiencia, el reo: a) tuvo suspendido el derecho de portar arma (art. 22, I, LMP); fue transferido para otra OM (art. 22, II, LPM); y c) fue prohibido de tener contacto con la ofendida y su familia (art. 22, III, LPM).

Aunque se haya considerado el hecho delictivo como crimen militar, se tuvo en cuenta que la ofendida corría riegos a su integridad y a la de su hijo menor, razón por la cual el Consejo de Justicia dispuso las medidas protectoras de urgencia, en una perfecta aplicación de la Ley “Maria da Penha” en la Justicia Militar.

11. CONCLUSIÓN

La Ley “Maria da Penha” es una ley **mixta**, que trata *aspectos penales* (aumentando la pena en algunos casos en la legislación penal común); *procesales* (dictando reglas para los procesos); *tutelares* (dictando medidas de protección).

Su finalidad fue crear mecanismos para cohibir y prevenir la *violencia doméstica y familiar* contra la *mujer*, lo que se caracteriza como violencia de género.

Las mujeres militares, quienes inicialmente ejecutaban solo actividades administrativas, en los tiempos actuales están

47 TJM-RS, recurso innominado 5.377-38.2013.9.21.0000, relator Juiz Cel Antonio Carlos Maciel Rodrigues, juzgado el 19.03.2014.

48 Praticado por militar en activo, contra militar en la misma situación, en área bajo administración militar.

efectivamente preparadas para el combate, y ejercen también funciones de comando. A primera, vista parecería que no tienen el perfil de la protegida por una ley especial.

Un análisis más detenido nos permite verificar, como lo recordó Marcos José Pinto, que el mayor sujeto de derechos, objeto de una ley, no es la persona debido a su sexo, sino el ser humano que es víctima de violencia, independientemente de su género, y nosotros agregamos, de su puesto y graduación militar.

La cuestión de la aplicación de la Ley “Maria da Penha” en los casos de violencia

entre una pareja de militares, se ajusta a la efectiva caracterización de Crimen militar, que implica la ofensa a la institución militar. Esto se debe verificar en casos concretos.

Si hay prolongación del hecho de la intimidad de la pareja para el ambiente del cuartel, se caracteriza como crimen militar, de competencia de la Justicia Especializada; en caso contrario, el hecho será procesado y juzgado en la Justicia común.

Es plenamente posible la aplicación de medidas proteccionistas de urgencia que obligan al agresor, previstas en la Ley “Maria da Penha”, a los crímenes militares.

Mayor General FAP Arturo Antonio Giles Ferrer¹

LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL,

EL SISTEMA DE DEFENSA NACIONAL Y LA AUTONOMÍA EN LA CONFORMACIÓN LEGAL DE LOS DELITOS DE FUNCIÓN QUE TIENE EL PARLAMENTO

Constitucionalmente, en el Perú, la justicia militar policial es parte del Sistema de Justicia, como lo es también, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura, la Justicia Arbitral, el Congreso de la República en su función de juicio político y acusación constitucional, la justicia comunal, el Jurado Nacional de Elecciones, el Tribunal Constitucional, la Policía Nacional, etc.

Empero, también pertenece al Sistema de Defensa Nacional, pues la jurisdicción militar en particular, brinda un servicio público, directamente vinculado a preservar la seguridad nacional, el orden interno y a coadyuvar conjuntamente con los Institutos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional a mantener la disciplina de sus integrantes en orden a asegurar el bienestar del ciudadano, eje central de toda política pública, vale decir, con un enfoque de derechos, de ahí que resulte una “pieza fundamental en el desarrollo social”², como textualmente expresa el Art. 2º de su Ley de Organización y Funciones: “El Fuero Militar Policial, por su naturaleza y finalidad, se relaciona con el Sistema de Seguridad y Defensa Nacional, dentro de la autonomía e independencia

1 Vocal Supremo del Fuero Militar Policial peruano, Doctor en Derecho y Ciencia Política y Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales, grados académicos otorgados por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2 MERY NIETO, Rafael: “La demanda de justicia, un problema de política pública”; Santiago: 2002, Universidad de Chile.

que le reconocen la Constitución Política del Perú y sus respectivas leyes”.

Lo anterior propone asimilar la noción de jurisdicción castrense como derecho y como servicio público, y en esa virtud, repensar creativamente la relación existente entre la administración pública y esta justicia especial en orden a aproximarse al modelo de la gestión pública como plataforma conceptual indispensable para el análisis de la gestión judicial militar policial a través de la incorporación de herramientas y criterios de gestión a la justicia militar policial con un enfoque estratégico que facilite un cambio de paradigma en la propia gestión del servicio de justicia privativa, convirtiendo a su operador en un gerente público. Se trata, pues, de aplicar los principales conceptos de la administración pública a la justicia militar policial. Para ello, resulta necesario que el Fuero Militar Policial, a través de su Consejo Ejecutivo, en su condición de máximo órgano de deliberación que fija la política judicial militar policial, establezca sus metas de gestión orientadas al fortalecimiento institucional con el objeto de optimizarlo³.

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que el modelo de justicia militar que adopta un Estado tiene que ver

también con la concepción que se tenga de las Fuerzas Armadas. En democracia, existen dos caracterizaciones de la Fuerza Armada: administrativista e institucionalista. Caracteriza la concepción administrativista de la Fuerza, su ubicación como órgano de ejecución del Poder Ejecutivo en general y del Ministerio de Defensa en particular, sin ápice de autonomía. Esta concepción es propia de los países que perdieron la Segunda Guerra Mundial, como Alemania o Japón y de aquellos otros que sin haberla perdido, quedaron sumamente afectados como Francia, que reduce sustancialmente, cuando no desaparece, a la justicia castrense; frente a la cual tenemos la concepción institucionalista que piensa a la Fuerza Armada como una Institución, incluso con autonomía normativa como precisa el Art.168^{o4} de la Constitución Política del Perú, lo que robustece a la justicia privativa. Sólo que en el Perú dicha caracterización se mezcla con la administrativista contenida monótonamente en las sucesivas leyes del Ministerio de Defensa y también en la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Defensa, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1134 de 09 de diciembre de 2012, que considera a las Instituciones Armadas como órganos ejecutores del Ministerio de Defensa, el cual es parte del Poder Ejecutivo. Curiosamente,

3 Como acertadamente indica MUÑOZ MACHADO, Santiago: “La Reserva de Jurisdicción”, Distribuciones de la Ley, Madrid 1989, pág. 23 y 24. Debe tenerse en cuenta que la racionalidad del Consejo “es privar al Gobierno de funciones que pueden permitirle interferirse en la actividad de los jueces, asignándolas a un órgano autónomo separado... la garantía para la independencia de los jueces y magistrados que resulta de la existencia del Consejo consiste en que ocupe una posición autónoma y no subordinada a los demás poderes públicos”.

4 Art. 168°.- “Organización y funciones de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.- Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

sin embargo, las Fuerzas Armadas están expresamente mencionadas en el Art.165⁵ de la Constitución peruana, no así el Ministerio de Defensa⁶.

Nuestra justicia militar se encuentra entronizada en el Sistema de Defensa Nacional y en estricto respeto al principio de libertad de configuración penal del legislador, que alude a la discrecionalidad relativa del Congreso en materia de regulación de los delitos de función. Existe estrecha relación entre los delitos de función con el Sistema de Defensa Nacional en orden a cumplir con las misiones y roles constitucionales de las Fuerzas Armadas y en función del bien jurídico de la Defensa Nacional así como de la disciplina castrense.

Se ha avanzado, pues hoy aún los sectores más críticos a la justicia militar ya no apuntan a su desaparición. Así, por ejemplo, David Lovatón⁷ dice: “... es posible sin embargo reformar –no desaparecer– dicha justicia militar, y adecuarla a los principios y derechos del Estado democrático constitucional y del sistema interamericano...”

Y es que el propio Guardián de la Constitución ha indicado que el castigo por los injustos de función en la justicia

castrense influye en la seguridad del Estado, el orden constitucional y la disciplina en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y deben tener un tratamiento incluso penitenciario, diferente. Así en el proceso 00454-2006-HC/TC, fojas 3, expresó: “Este Colegiado así considera que dados los fines constitucionalmente encomendados a las Fuerzas Armadas, a saber: garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República, de acuerdo a lo expresado en el párrafo precedente, no resulta irrazonable que aquellos delitos de función que terminen incidiendo en la seguridad del estado, el orden constitucional y la disciplina de las institucionales castrenses, puedan ser considerados por el legislador como conductas cuya gravedad no admite la concesión de determinados beneficios”.

1. LOS DELITOS DE FUNCIÓN ESENCIALMENTE MILITARES

El Art.173° de la Norma Fundamental preceptúa: “En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar (...)”.

5 Las Fuerzas Armadas organizan sus reservas y disponen de ellas según las necesidades de la Defensa Nacional, de acuerdo a ley”.

Art. 165°.- “...Las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea...”.

6 Este concepto lo hemos venido repitiendo monótonamente en: “Epílogo: Oteando el futuro de la justicia militar”, en “II Foro Interamericano Sobre Justicia Militar y Derecho Operacional Conferencias”, Lima, noviembre de 2014, Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, página 119; “Apuntes para un estudio acerca de la justicia militar en el Perú”, en El Jurista del Fuero Militar Policial, Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, Lima, noviembre de 2013, págs. 91 y 92; “Apuntes para una justicia militar comparada” en El Jurista del Fuero Militar Policial, Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, Lima, diciembre de 2014, págs. 130 y 131.

7 LOVATÓN DAVID: “La reforma de la justicia militar por parte del Tribunal Constitucional del Perú”, pág. 135.

Estando a lo expresado en el Informe Defensorial N° 66, procede excluir que la jurisdicción privativa sea susceptible de conceptualizarse como “fuero personal” para uniformados, en función de su situación de actividad (pp. 37 y siguientes). El Código Penal Militar Policial sólo resulta aplicable a militares y policías en situación de actividad.

Al respecto, Juan Rial⁸ anota “la existencia de un fuero específico, militar, es el resultado del carácter de las corporaciones militares, que conforman instituciones totales, cerradas⁹. Las normas de derecho militar se aplican a una institución que se ha percibido y, especialmente, se ha auto percibido como separada del resto de la sociedad”. En realidad esta ha sido una percepción recíproca y tiene su fuente u origen en las relaciones cívico militares que en países como el nuestro han sido tortuosas. Como decíamos en anterior publicación, “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 en el Art.173°. Aunque en el fondo se trata sólo de un asunto semántico”, desde que la competencia de la justicia militar peruana está directamente vinculada al delito de función de acuerdo con el citado Art.173° de la Constitución peruana. Por ello más técnico resulta aludir a la expresión jurisdicción militar que es una jurisdicción especial, no especializada pues no pertenece al Poder Judicial.¹⁰

La Sentencia N° 00022-2011-PI/TC, establece en el fundamento jurídico 68: “Corresponde descartar asimismo criterios como los de ocasionalidad, causalidad o lugar de comisión del hecho para determinar la competencia del fuero castrense.

8 RIAL, Juan: “La justicia militar: entre la reforma y la permanencia.- 1ª ed. Buenos Aires: RESDAL 2010, pág.11.

9 “Goffman citado por Rial, -el agregado es nuestro-, llamaba así a las que se conformaban en un “lugar de residencia o trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un período apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente” (p.13 del ensayo de 1961). El ejemplo eran cárceles y hospitales psiquiátricos. Sin embargo las organizaciones armadas en cierta medida comparten esta visión; aunque los que son parte de la misma no tienen ese carácter de internos permanentes, pero cuando son parte de la misma adoptan pautas similares. Erving Goffman, Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales, (Buenos Aires: Amorrortu, 1970)”. He querido transcribir esta cita que contiene una comparación ofensiva, porque podrían haber comparado la vida militar con la vida monacal, pero lo que se evidencia es el tremendo prejuicio que obviamente tiene un claro contenido ideológico de un sector que proscribió a la justicia militar por su vinculación con la Fuerza Armada.

10 GILES FERRER, Arturo Antonio: “Apuntes para un estudio acerca de la justicia militar en el Perú”, en El Jurista del Fuero Militar Policial, Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, Lima, noviembre de 2013, pág.94.

Efectivamente, para que se configure el delito de función no basta con que el ilícito se presente cuando el agente realiza un acto de servicio, que el resultado se produzca como consecuencia del mismo o que el hecho se produzca en la zona de conflicto”.

Sin perjuicio de lo expresado, en el fundamento 34 en la sentencia recaída en el proceso N° 00012-2006-PI/TC), se aludió a los delitos de función “(...) la única materia que puede conocer el Código de Justicia Militar se encuentra limitada al conocimiento de los delitos relacionados estricta y exclusivamente con conductas de índole militar que afectan bienes jurídicos que la Constitución le ha encomendado proteger a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional”.

Esta postura, refuerza lo que ya los precedentes del TC habían expresado al respecto: “(...) lo que caracteriza al delito de función no es la condición de militar del agente activo, sino la infracción de bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses.”

Por otro lado, la Corte IDH ha resuelto que la situación de militar en actividad es condición necesaria más no suficiente para ser procesado por la justicia militar policial, resulta indispensable además, que el bien jurídico afectado esté vinculado a “[...] la disciplina o la misión castrense” (Caso Fernández Ortega c. México, fundamento 177). Sobre ese particular, la Corte IDH ha expresado: [...] “si bien en diversas legislaciones se prevé la competencia de la jurisdicción

militar sobre delitos que tengan origen en el fuero ordinario cuando son cometidos por militares en activo, es necesario que se establezca la relación directa y próxima con la función militar o con la afectación de bienes jurídicos propios del orden militar” (Caso Radilla Pacheco contra México, Fundamento 284).

En consecuencia, tanto el Tribunal Constitucional, cuanto la Corte Interamericana comprenden que los hechos punibles de función a que alude la Norma Fundamental, son en realidad injustos militares propios, en clave de delitos esencialmente militares¹¹, o sea, se considerarán de ese modo si vulneran bienes jurídicos exclusivamente militares. Este criterio como se verá, resulta largamente insuficiente y por ende, cuestionable.

Por tanto, dicha conceptualización de los delitos de función, constituye una interpretación doctrinaria, realizada por el órgano de Control de la Constitución, empero debe tenerse en cuenta, como acertadamente indica en su voto singular, el Magistrado Sardón de Taboada, el Art.173º constitucional diferencia (no discrimina) entre civiles y uniformados.

Además, la línea tendencial a nivel judicial ha variado, como lo expresa la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Contienda de Competencia 08-2013 proveniente de Arequipa, dirimida a favor de la justicia militar policial, en la que se estableció que al concurrir los tres factores que definen el delito de función: la

11 Delito esencialmente militar: Es aquel que exclusivamente vulnera bienes jurídicos militares, está tipificado en función de bienes jurídicos simples que tutelan el cumplimiento de deberes sustancialmente castrenses. Es una infracción a los deberes funcionales que únicamente involucra a los militares.

condición de militar en actividad del imputado, bien jurídico institucional y sustracción de bienes del ámbito castrense y con ocasión del servicio, corresponde la competencia a la justicia militar y en la contienda de competencia 9-2015 se indica que cuando existe contienda de competencia positiva entre los fueros militar y común, ha de dirimirse a favor del fuero común, cuando los delitos materia de imputación configuren ilícitos penales únicamente del fuero ordinario. A ese efecto, la Sala Penal Transitoria se remite al pronunciamiento del Guardián de la Constitución en la Sentencia 1674-2010-PHC/TC, de 06 de enero de 2011, la que aludiendo al proceso 17-2003-AI/TC, conceptualizó al hecho punible de función como infracciones cometidas por militares y policías en servicio, en el que la inconducta imputada debe ser cometida con ocasión de actos del servicio; asimismo, se precisó que la infracción debe afectar bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional protegidos por el ordenamiento jurídico, vinculados con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales a ellas encomendados. El Órgano de Control de la Constitución también se pronunció con relación al bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas, a cuyo efecto resulta indispensable que se trate de un bien jurídico particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines que la Norma Fundamental encomienda a las instituciones castrenses; además, para que se configure el delito de función no basta con que la conducta prohibida sea realizada por efectivos militares en actividad y en acto de servicio o con

ocasión de él, sino que, además, tal inconducta debe afectar bienes jurídicos estrictamente castrenses¹².

Quienes consideran que la tesis que sigue el Perú es la del delito esencialmente militar, se refugian en los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Durand y Ugarte vs. Perú, en el que se expresó: “En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”.

A este respecto, es necesario detenernos en el tratamiento constitucional con relación a la teleología que anima a las FFAA y a la PNP. El Art.165° constitucional preceptúa que las Fuerzas Armadas “Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. Asumen el control del orden interno de conformidad con el artículo 137 de la Constitución”. Con relación a la Policía Nacional, el Art.166° constitucional anota que “[...] tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno”.

Como se indica en el fundamento jurídico 72 de la citada Sentencia N° 00022-2011-PITC “en buena cuenta, los institutos

12 Fundamento jurídico 38 de la Sentencia 12-2006-PI/TC.

armados persiguen garantizar la defensa nacional entendida como salvaguarda de la estructura política y social de la comunidad que se expresa en el Estado constitucional y democrático de Derecho”.

La participación de la jurisdicción castrense debe ser excepcional. Sobre ese particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

“En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar” (Caso Radilla c. México, Fundamento 272”).

De lo que se colige que no ha sido mente y voluntad del colegiado precisar que los hechos punibles de función correspondan a su clasificación de injustos esencialmente castrenses, habida cuenta que se ha determinado para su conceptualización el indicador de obligatoriedad (intereses jurídicos especiales, relacionados con las misiones que la ley encarga a las FFAA) antes que el de exclusividad. Por tanto, si de “bienes jurídicos propios del orden militar” se trata,

hay que realizar una interpretación de los roles que la Constitución asigna a las FFAA y a la PNP¹³.

En tal virtud, no debe considerarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos trate al hecho punible de función como esencialmente militar, antes bien, de la ejecutoria se infiere que tal injusto está ubicado en el delito militarizado, correspondiendo al legislador efectuar una ponderación entre intereses jurídicamente relevantes, prevaleciendo el castrense, atendida la circunstancia de su importancia para las FFAA y PNP, lo que a su vez se corrobora con lo sostenido por nuestro TC, en el sentido que entre los caracteres esenciales de los delitos de función está “la afectación sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses”, no habiéndose precisado que la amenaza a los bienes jurídicos para la determinación de los injustos de función, sea solo interés de las FFAA y de la PNP.

Siendo como es, que se cuenta con una disposición normativa con fuerza de ley que ha precisado en el marco del principio de legalidad, indispensable en

13 Para quien tenga interés en este tema, sugiero revisar: GILES FERRER Arturo Antonio y AMPUERO BEGAZO, Jorge: “Fundamentos de los Bienes Jurídicos Colectivos, para sustentar la constitucionalidad de la parte penal del Código Penal Militar Policial”, en “El Jurista del Fuero Militar Policial”, Publicación del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, Año II, N°2 Lima, Noviembre 2013, pág.111 a 120.

el Derecho Penal, los delitos de función, a saber, el Código Penal Militar Policial, que teniendo en cuenta su contenido, rescata para sí la tipología del delito militarizado o sea, el Congreso, estando a su voluntad política, ha apostado por la preeminencia del hecho punible de función propio militarizado. Ello, se demuestra en la tipificación de injustos tales como hurto de material destinado al servicio tipificado en el Art.135 del Código Penal Militar Policial, que en realidad es un delito contra el patrimonio, pero concretamente el bien jurídico tutelado es los bienes destinados al servicio militar policial, por lo que califica como de función y la constitucionalidad de este artículo no ha estado en entredicho.

No es el caso individualizar un interés jurídico compartido, a fin de anotar que un hecho punible no es militar pues, de serlo, el reconocimiento constitucional de la jurisdicción castrense carecería de sustantividad, atendida la circunstancia que los roles de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional incumben al Estado en su totalidad y no sólo a las FFAA, lo cual no es materia de debate, toda vez que el sustento para los injustos militares está en el mandato de la Norma Fundamental respecto de que tanto la seguridad externa como la interna reposa directamente en ellas y no en el pueblo u otros órganos constitucionales, entre los cuales está, qué duda cabe, el mismo Guardián de la Constitución.

La tipificación del delito de función constituye una opción política, que incumbe al Poder Legislativo, con las obvias limitaciones que como todo poder constituido tiene en la Constitución.

2. LIBERTAD DEL PARLAMENTO AL MOMENTO DE LEGISLAR RESPECTO DE LOS INJUSTOS DE FUNCIÓN

Las críticas a los injustos de competencia de la justicia privativa, fueron puntualizadas en las ejecutorias del Guardián de la Constitución. En efecto, en la resolución sobre el derogado Código de Justicia Militar (que era el cuerpo jurídico donde estaban los delitos de función), Expediente N° 00012-2006-PI/TC, consideró, entre otras cosas, que no pocas disposiciones normativas colisionaban con el Art. 173° constitucional, que preceptúa que por dicho cuerpo de leyes únicamente es posible investigar hechos punibles de función incoados a militares y/a policías, puntualizando asimismo, las notas características de estos injustos.

Por tanto, el Tribunal Constitucional anotó: “en el Estado democrático y social de derecho el Legislador no tiene una «discrecionalidad absoluta» para establecer las conductas que pueden resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales y procesales ya mencionadas, dentro de la que destaca el principio de proporcionalidad, entre otros bienes constitucionales, los mismos que se constituyen en el fundamento y límite del poder punitivo del Estado”.

Gracias al carácter mandatorio del Instrumento de Gobierno, el Congreso encuentra limitadas sus competencias por la presencia de los principios constitucionales de legalidad, igualdad, lesividad y proporcionalidad (baste un ejemplo, no debe fijar sanciones penales desproporcionadas respecto del ilícito cometido). Empero,

tal arbitrio resulta relativamente elástico, limitado sólo en virtud de la Norma Fundamental, en tanto poder autónomo. A este respecto, el Guardián de la Constitución española considera que el juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento inculminado, debe partir (...) de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. En el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y en última instancia, de su específica legitimidad democrática, en el marco que la Norma Fundamental ha fijado. Similar situación ocurre, en los órganos integrantes del Estado, entre los que está el mismo Guardián de la Constitución, el que no obstante su autonomía, tiene relativa elasticidad, en la medida que sus tareas no deben entrar en rumbo de colisión con los preceptos constitucionales.

En este orden de ideas debe asumirse la posición del Órgano de Control de la Constitución al expresar: “dentro de los límites que la Constitución establece, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no solo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario,

entre otros, sino también que la actividad punitiva del Estado sirva para la exclusiva protección de bienes constitucionalmente relevantes”.

3. LOS HECHOS PUNIBLES DE FUNCIÓN, EL SISTEMA DE DEFENSA NACIONAL Y LOS ROLES ASIGNADOS EN LA CONSTITUCIÓN, A LAS FFAA.

De acuerdo a lo expresado, una correcta inteligencia del injusto de función supone apreciarlo en relación a los bienes jurídicos objeto de tutela así como a los roles encomendados por la Constitución, a las FFAA y de la PNP.

La Defensa Nacional supone estrategias de las sociedades políticamente organizadas, en orden a enfrentar oportunamente amenazas de potencias extranjeras, ergo, es factible si y sólo si coadyuva a prevenir o repeler agresiones a la integridad territorial del país. Para nosotros, esta noción se extiende, además, a posibles agresiones, que son la lógica consecuencia del terrorismo. Ello se asegura a través del Sistema de Defensa Nacional, que viene a ser la piedra angular en la que descansa el Estado, la cual resulta integral y permanente, alcanza asimismo ámbitos internos y externos del Estado e involucra a cualquier persona, con arreglo a ley, de conformidad con lo preceptuado por el Art.163º de la Constitución Política que dice que es el Estado el que asegura la Seguridad Nacional, a través del Sistema de Defensa Nacional, las FFAA, carecen de tales atribuciones con exclusividad. Empero, resulta obvio que constituyen piezas decisivas para el correcto funcionamiento del mencionado sistema y la teleología que las anima es la defensa de la

soberanía y seguridad interior¹⁴ en conflictos armados internos o disturbios, donde eventualmente hay un traslado de responsabilidad a las FFAA.

Por todo ello, se asegura la intervención de las FFAA en la Defensa Nacional por medio de 04 competencias¹⁵, siendo la principal la de intervenir en lo que atañe a la Defensa Nacional así como a la producción de planificación para la Seguridad Nacional; la participación, siempre por excepción en el control del orden interno; la intervención en misiones de paz internacionales, auspiciadas por las Naciones Unidas así como la contribución a la Defensa Civil de acuerdo a ley.

Como se sabe, el Sistema de Defensa Nacional se entiende en el Perú como medio para alcanzar Seguridad así como Bienestar General, en clave de justicia y paz. En esa virtud, al Sistema de Defensa Nacional le interesa instrumentar mecanismos que aseguren este ambiente de concordia, proyectado a la vida familiar y comunal así como el derecho a lograr prosperidad, preservando la independencia y soberanía del Estado.

La Defensa Nacional coadyuva en la protección de los recursos naturales de nuestro territorio. Busca garantizar la seguridad interna y externa, prevenir conflictos y eventualmente enfrentarlos exitosamente, asegurar el orden jurídico, capacitar al pueblo a fin de enfrentar urgencias naturales así como disturbios sociales.

El Sistema de Defensa Nacional, de conformidad con lo preceptuado por el Art.163º constitucional, resulta integral y permanente, comprendiendo el conjunto de acciones y previsiones que posibilitan la existencia y permanencia de la sociedad políticamente organizada, incluyendo su integridad, unidad y facultad de operar con autonomía interna así como con independencia externa, haciendo posible que el crecimiento económico que conduce al desarrollo se lleve a cabo de la mejor manera. Resulta “integral” toda vez que involucra los ámbitos económico, político, social, cultural, militar, etc., así como “permanente”, habida cuenta que estamos ante una actividad habitual, preventiva y eventualmente represiva.

El Guardián de la Constitución, anota al respecto: “(...) dentro de este conjunto de acciones y previsiones que involucra la defensa nacional se encuentran ámbitos como el militar, por lo que en casos de conflicto armado internacional, se manifiesta con mayor intensidad un bien jurídico como la defensa militar de la Nación, el mismo que, al encontrarse relacionado con el potencial bélico de nuestras Fuerzas Armadas, puede ser protegido mediante la consagración de los delitos de función (...)”¹⁶.

Por ello y tal como se desprende con claridad meridiana de la sentencia, el TC sólo tiene en cuenta el papel central de las FFAA en la defensa nacional para la hipótesis de un conflicto armado internacional,

14 Como ejemplo basta un botón, revítese al respecto la Ley de Control, Vigilancia y Defensa del Espacio Aéreo Nacional N°30339, publicada en el Diario Oficial El Peruano del sábado 29 de agosto de 2015.

15 Otárola Peñaranda, Alberto, La Constitución Comentada, vol. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p 791.

16 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00012-2006-PI/TC.

o sea un rol de la mayor importancia, pero excepcional, debido a que viene a ser “uno más” de los compartimentos del Sistema de Defensa Nacional, lo cual es objetable, debido a que también, ante la ausencia de conflictos armados, el rol de las FFAA resulta medular para la Defensa Nacional, ya que la preparación y equipamiento de la Fuerza se precisa y preferentemente se lleva a cabo durante la paz. Además una Fuerza Armada disuasiva es clave para asegurar la paz, “si quieres la paz, prepárate para la guerra”.

Los bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional están vinculados estrechamente con los roles constitucionalmente asignados, en la Defensa Nacional, que por ser tales revisten la mayor relevancia, atendida la circunstancia de tener responsabilidad directa en ésta, lo que polariza con la postura de cualquier otro ciudadano o autoridad. Las FFAA y PN son pues piezas claves¹⁷.

Por ello, el Art II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial aprobado por Decreto Legislativo N° 1094, preceptúa: “El delito de función 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 Policía Nacional”. Dicha norma se condice con el Informe Defensorial N° 66 citado que

dice: “[...] estaremos frente a un delito de función, cuando la conducta de un militar o policía en actividad, afecte o ponga en riesgo la actuación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en el cumplimiento de sus funciones constitucionales. Ciertamente que además de ello, el delito debe estar expresamente tipificado en el Código de Justicia Militar, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución”.

En la STC 00002-2008-AI/TC el Guardián de la Constitución entiende que los delitos de función deben cumplir con las características siguientes: que el sujeto activo sea un militar que realice la conducta cuando se encontraba en situación de actividad: círculo de autores; que, como circunstancias externas del hecho, que definen la situación en la que la acción típica debe tener lugar, ésta se perpetre en acto de servicio, decir, con ocasión de él y que se trate de conductas que afectan bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional: objeto material (Fundamento 86).

La conceptualización del hecho punible de función que determina la competencia de la justicia castrense exige, copulativamente, el concurso de los elementos subjetivo, funcional y objetivo, que aparecen descritos en los fundamentos jurídicos 77 a 101 de la Sentencia 00022-2011-PI/TC y las referencias que allí se consignan. Nosotros vamos a entresacar algunas de las ideas contenidas en la mencionada resolución, del modo siguiente:

17 No obstante que se ha relevado a la defensa nacional como casi el único bien jurídico tutelado, es útil mencionar que también está, qué duda cabe, la preservación de la disciplina, de particular importancia en la obligación castrense, la que resulta medular en la conceptualización del hecho punible militar.

3.1 Elemento subjetivo

Está en función de la precisión de los individuos a quienes se les puede imputar un injusto de función como autores o partícipes, es decir, los militares o policías en situación de actividad¹⁸; atendida la circunstancia que, si la teleología que anima a la justicia castrense es asegurar el orden y la disciplina¹⁹, carece de sustantividad que quien no se encuentre en la situación militar de actividad, pueda ser procesado por colegiados militares²⁰, empero, aunque no lo dice la citada Sentencia 22-2011-PI/TC, militares y policías en situación de retiro pueden ser procesados por la justicia militar por los delitos de función cometidos cuando se encontraban en actividad, esta es además, la práctica judicial militar policial actual, pues lo contrario significaría alentar la impunidad ya que el Poder Judicial no puede aplicar el Código Penal Militar Policial.

Con relación al procesamiento a los civiles, la Corte Interamericana de Derechos

Humanos ha considerado de tiempo atrás, en reiterada jurisprudencia, lo siguiente: “la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter”²¹, de modo que el tema, a este respecto, está zanjado y no admite discusión alguna. Ídem, tratándose de quienes se encuentran en las escuelas de formación de las FFAA y de la PNP.

3.2 Elemento funcional

La inconducta debe tener por fuente u origen un acto del servicio o con ocasión de él²², ergo no lo dice la sentencia de marras pero es útil mencionar que la comisión u omisión de un acto de la función debe ser a su vez, un elemento constitutivo del delito, además debe ser ontológicamente relevante, de suerte que justifique el reproche penal²³, de lo contrario estaríamos ante una infracción disciplinaria. Los colegiados castrenses solamente están autorizados para

18 Fundamentos 134 de la STC 0017-2003-A1/ C, 36 de la STC 0012-2006-PI/TC y 86 de la STC 0002-2008-PI/TC. Así lo desarrolla el Art.II del TP del Código Penal Militar Policial, tendencia seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (fundamento 272 de la Sentencia del Caso Radilla Pacheco) así como por el Comité de DDHH de las Naciones Unidas (párrafo 15 de las Observaciones y Recomendaciones a Uzbekistán, CCPR/C0/7 L'UZB, de 26 abril de 2001, reiterando comentarios precedentes a Polonia, Camerún, Chile, Marruecos, Siria, Kuwait. Federación Rusa además de Eslovaquia).

19 Párrafo 112 de la Sentencia de la Corte IDH del 18 de agosto de 2000 (Fondo), Caso Cantoral Benavides c. Perú, C-69 así como párrafo 128 del Caso Castillo Petrucci.

20 Párrafo 111 de la Sentencia en el Caso Usón Ramírez.

21 Párrafo 128 de la Sentencia en el Caso Castillo Petrucci.

22 Para quien desee referencias adicionales sobre este particular, ver, GILES FERRER, Arturo Antonio y AMPUERO BEGAZO, Jorge: “Ocasión del servicio y su interpretación a través de las teorías del tipo objetivo y de la imputación objetiva”, en “El Jurista del Fuero Militar Policial”, Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, Lima, Diciembre 2015, pág.171 a 176.

23 Fundamento 134 de la SIC 0017-2003-A11'W, seguido por fundamento 36 de la STC 0012-2006-PI/TC, fundamento 86 de la STC 0002-2008-PI/TC; asimismo en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial.

conocer de delitos de función²⁴. La sentencia en comento indica además, en el fundamento jurídico 81, que es necesario “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”, empero esto último es cuestionable dado que el cumplimiento de ninguna función pública consiste en cometer delito, precisamente el delito se comete al no cumplir o incumplir la función.

Indica también la prenombrada sentencia en el fundamento jurídico 82, que es necesaria la existencia de “una relación normativa entre la actividad del policía o militar —función encomendada— y la comisión del delito”, lo que significa que una correcta inteligencia del injusto de función, supone pensarlo como la fractura “de un deber institucional que forma parte del rol jurídico que corresponde desarrollar a militares y policías en la sociedad”. Esto implica que un hecho punible será de función si hay un nexo causal con la función, vale decir el injusto tiene que aparecer como “abuso de poder —o una extralimitación— ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado”, pues lo contrario significaría que “la garantía de los bienes jurídicos más relevantes para la vida social en el Estado

constitucional y democrático de Derecho no encontrarían tutela efectiva en la justicia ordinaria”²⁵.

En el Derecho Interno, la función militar policial, comprende el “conjunto de tareas que se realizan en tiempo de paz, o durante el régimen de excepción o conflicto armado, en cumplimiento de la Constitución Política del Perú, las leyes y los reglamentos correspondientes”, con la atinencia que “el ejercicio regular de la función militar o policial, durante operaciones o acciones militares o policiales, no genera responsabilidad penal, sin perjuicio de las investigaciones institucionales a que haya lugar”²⁶. Lo anterior significa que en dicha categoría tiene que considerarse: [...] el ejercicio regular en aquellas tareas, actividades, acciones u operaciones que les corresponde realizar a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en acto, consecuencia o con ocasión del servicio, en razón a las finalidades que la Constitución y la ley dispone para estas instituciones²⁷.

3.3 Elemento objetivo

Reposa en ese interés jurídicamente relevante que a las instituciones castrenses y policiales conviene preservar a toda costa en orden al cumplimiento de sus misiones constitucionales, que técnicamente se denomina:

24 Párrafo 9 de las Observaciones y Recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de NNUIJ a Egipto, CCPR/C/79/Add.23, de 9 de agosto de 1993.

25 Sentencia del Tribunal Constitucional boliviano 0664/2004-R, de 6 de mayo de 2004, Expediente 2004-08469-17-RAC.

26 Art. VIII del Título Preliminar de la Ley 29182.

27 Art. 11° de la Resolución Administrativa 126-2011-FMP/TSMP/SG.

3.3.1 Bien jurídico militar

El Guardián de la Constitución estima que, en estrictez jurídica, bienes jurídico-penales son aquellas situaciones así como objetivos indispensables de cara a asegurar el crecimiento de la persona, la concreción de sus libertades públicas así como el funcionamiento de un Estado construido de acuerdo a esa teleología²⁸. Por ello, la protección de bienes jurídicos específicos para las FFAA y la PNP no debe ser incompatible con la tutela vía el derecho penal común, de las circunstancias y finalidades afines al crecimiento del individuo en comunidad.

En estricta sujeción a los principios de lesividad y última ratio, que sustentan el derecho penal en el marco del Estado Constitucional de Derecho que se postula para nuestro país y, por ende compatibles con el derecho penal militar policial, el hecho punible de función tiene que involucrar la vulneración o amenaza de un bien jurídico institucional²⁹ y tener nexo directo con las misiones constitucionales encomendadas a las Fuerzas Armadas³⁰. Ergo, tiene que tratarse de un injusto respecto del cual su trascendencia devenga en una importante amenaza a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de las finalidades militares³¹.

Como se expresa en el fundamento jurídico 89 de la sentencia recaída en el citado expediente N° 00022-2011-PI/TC, la racionalidad del bien jurídico, en el hecho punible de función, se basa en que aquel es el indicador de legitimación material respecto del que son habilitadas las competencias de los colegiados militares. En efecto, los criterios contenidos en las STC 00454-2006-HC/TC, 00002-2008-APTC y 00001-2009-AI/TC precisaron los contenidos del delito de función anotando que, “enunciativamente”, estos injustos aluden a atentados a bienes jurídicos que afecten o amenacen la existencia, organización, funciones, actuación, disciplina de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional así como la seguridad del estado. La expresión “enunciativamente” que utiliza el colegiado constitucional, resulta clave en la reflexión, porque significa que no es un listado cerrado, taxativo o numerus clausus, sino, más bien, numerus apertus, que abre el paso a los delitos pluriofensivos.

3.3.2 Principios militares: sustento de los bienes jurídicos castrenses

El Comité de Derechos Humanos sugirió constreñir “la competencia de los tribunales militares a las cuestiones internas de disciplina y asuntos análogos” (párrafo 18 de las Observaciones y Recomendaciones a Colombia, de 5 de mayo de 1997, reiteró

28 Roxin, Claus. “El concepto de bien-jurídico como elemento de crítica legislativa sometido a examen”. RECPC 15-01 (2013) <<http://criminet.ugr.es/recpc/15frcepe15-01.pdf>>.

29 Sentencia de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, Comp. 15/22-2003, Consejo Supremo de Justicia Militar. 2Juzgado Penal, Puno, del 27 de agosto de 2003.

30 Sentencia C-878/00 de la Corte Constitucional colombiana.

31 Fundamento 134 de la SIC 0017-2003-AI/TC, seguido por fundamento 36 de la STC 0012-2006-PI/TC, fundamento 86 de la STC 0002-2008-PI/TC.

lo requerido en 1992, CCPR/C/79/Add.2). “Cuestiones internas” de dicha envergadura, que a criterio del Guardián de la Constitución, están constituidas por la unidad, jerarquía, subordinación, orden, disciplina, acción u operación militar, entre otras, al estar relacionadas a puntuales bienes jurídicos militares³².

Por tanto, es correcta la incorporación de la “disciplina” en el Código de la materia, en tanto principio militar, la que es conceptualizada como la reunión de obligaciones que determinan al uniformado la continuidad en la situación de actividad, la subordinación y estricto acatamiento al orden dispuesto y normas que la desarrollan³³. En ella descansan casi todos los bienes jurídicos cubiertos por los hechos punibles de función.

Los mandatos de optimización para los uniformados, cuyo desconocimiento sustenta la tipificación del injusto al que nos referimos, se encuentran contenidos en el citado cuerpo de leyes especial. Tal categoría vincula a la subordinación; conceptualizada como el ejercicio de autoridad del de mayor graduación respecto del inferior, en el contexto de la organización de las instituciones armadas y policiales, en cuya función se consolida el respeto, obediencia, acatamiento y colaboración vinculado al grado³⁴. De otro lado, es útil referirnos al

mando, conceptualizado como prerrogativa así como deber de impartir disposiciones, vinculado al principio de autoridad respecto de quienes ostentan menor graduación³⁵.

Asimismo, el Código Penal Militar Policial ha declarado a la defensa nacional como esencial,³⁶ sobre la cual el código político en el Art.163° ha preceptuado: “El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional. La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo...”

A ese respecto, el órgano de control de la Constitución, de tiempo atrás, ha expresado que la teleología que anima las actividades de defensa interna, no es otra que la de asegurar el desarrollo económico y social del estado, enfrentar amenazas al interior del territorio, asegurar el normal devenir del país y de los derechos humanos³⁷ cautelar el orden y los poderes públicos por medio de los principios democráticos³⁸, en el marco del Estado constitucional de derecho que se postula para nuestro país.

De otro lado, se ha sostenido que la defensa nacional es integral y permanente, caracteres que de acuerdo a la STC 0017-2003-AI/TC implican la reunión de acciones que aseguren la permanencia en el tiempo de la sociedad políticamente organizada. Ello

32 Fundamento 83 de la STC 0023-2003-AI/TC.

33 Artículo XIV.a del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial.

34 Artículo XIV.b del Título Preliminar.

35 Artículo XIV.c del Título Preliminar.

36 Artículo XIV.d del Título Preliminar del Código Penal Militar.

37 Reiterado en fundamento 14 de la STC 0002-2008-PI/TC.

38 Fundamento 2 de la STC 0005-2001-AI/TC.

involucra su integridad, unidad y actuación con independencia interna y soberanía así como la viabilidad de que el desarrollo se lleve a cabo de la manera más adecuada.

También es útil mencionar que la defensa nacional no es sólo un principio castrense y policial; puesto que en ella participan los miembros de la Nación. No obstante que, entre ellos, las FFAA y la PNP tienen una participación de la mayor importancia, lo que no implica que tal sistema se constriña a las políticas públicas vinculadas a la praxis militar; siendo, por tanto, la función castrense o policial solamente una de sus dimensiones³⁹. Por tanto, la defensa nacional, como principio militar, tiene que ser entendida como valor que obliga a la tución de intereses particulares, constreñidos a las misiones que la Norma Fundamental y las leyes encomiendan a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional⁴⁰.

En virtud de lo expresado, el TC en el fundamento jurídico N° 96 de la Sentencia recaída en el citado Expediente 00022-2011-PI/TC, refiriéndose al Art. XIV. e. del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1094, “principio de subordinación al poder constitucional”; entiende que la obligación de resguardar el orden constitucional es un deber general que obliga a todos en tanto miembros de un Estado constitucional y democrático de Derecho. En esa virtud, en opinión de la mayoría que suscribe la citada sentencia, cuando la prenombrada disposición normativa

preceptúa que “el delito de función previene y sanciona todo acto de un militar o policía que atente contra el orden constitucional”, dicha aseveración tiene que interpretarse constreñida a los hechos punibles que tengan los elementos del injusto de función. Esto resulta objetable.

En esa línea de pensamiento, tener una correcta inteligencia de los delitos de función importa considerar el nexo causal existente entre la conducta y los principios militares de disciplina, subordinación, mando, obediencia, defensa y seguridad a que se contrae el Título Preliminar del Código Penal Militar Policial. Es indispensable además, que el comportamiento proscrito suponga una afectación a las misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

Las inconductas tributarias de injustos de función son de dos clases, a saber, hechos punibles de función *stricto sensu*, que cobertura con exclusividades bienes jurídicos militares o policiales y aquellas *lato sensu*, relativas a delitos pluriofensivos, vale decir; delitos que importan la afección al mismo tiempo de más de un bien jurídico, o sea bienes jurídico-penales castrenses y comunes.

En el fundamento 99 de la sentencia en comento, se expresa que frente al segundo grupo de injustos, un adecuado criterio de tipificación por el Congreso determina un tipo de delito de función siempre que el

39 Fundamento 31.

40 Párrafo 51 de la Sentencia de la Corte IDH de 06 de diciembre de 2001 (Fondo), caso Las Palmeras contra Colombia, C-90, Arts. 165° y 166° de la Constitución Política del Perú.

bien jurídico involucrado sea castrense, de lo que se desprende con claridad meridiana que no a todo injusto, por su naturaleza pluriofensiva debe excluirse de ser delito de función⁴¹. Empero, el criterio de la sentencia en mayoría para nosotros cuestionable, es que resulta inválido el reproche a través del hecho punible de función de conductas cuyo injusto se sustenta en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penales comunes⁴², lo que supone, asimismo, no favorecer casos de doble incriminación.

En consecuencia, procede para los casos de poca claridad respecto de la relación funcional entre el hecho punible y la actividad que cumplía el uniformado, al fuero común el procesamiento de los injustos comunes incoados⁴³. Por ello resulta coherente que sea la Corte Suprema de Justicia la que dirima las contiendas de competencia sustanciadas entre la justicia castrense y el fuero ordinario⁴⁴.

En esa virtud, es inteligible que el indicador de control que debe aplicarse de cara a determinar cuando estamos ante un delito de función es el contenido en el Art.173º constitucional.

4. EL BIEN JURÍDICO DE LA DEFENSA NACIONAL ASÍ COMO LA DISCIPLINA MILITAR

Resulta útil anotar que cuando se alude a bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas, se hace referencia a los roles que la Constitución les encomienda, en el marco

del Sistema de Defensa Nacional, que como tales tienen dentro de su ámbito competencial particular relevancia, atendida la circunstancia que son directos responsables; lo que las distingue de cualquier otra autoridad, funcionario o ciudadano de a pie.

Qué duda cabe, que toda persona natural o jurídica está obligada a contribuir con el orden interno y externo del Estado y a participar en la Defensa Nacional como reza el Art.163º constitucional incontablemente citado; empero, dicha circunstancia no implica que el interés que tiene la sociedad respecto de tales aspectos, sea igual al que existe en el ámbito militar, pues de lo contrario, el código político no se ocuparía de una justicia especial.

Lo expresado es sin perjuicio que frente a la incertidumbre respecto a la naturaleza del injusto, se tiene que proceder en favor del fuero común. A ese respecto el Supremo intérprete de la Constitución de tiempo atrás ha afirmado: "(...) En efecto, en la interpretación que realicen tanto el Legislador Penal como los jueces sobre si una determinada conducta debe ser considerada como un delito de función militar o policial, o un delito ordinario, debe emplearse un criterio restrictivo, es decir, limitado o ceñido exclusivamente a aquellas conductas que claramente tengan una índole militar o policial debido a que afectan bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, de modo tal que, de un lado, de existir dudas en cuanto a la tipificación de una determinada conducta

41 Fundamento 4 de la STC 1154-2002-1-HC/TC.

42 Fundamento 5 de la STC 1294-2007-PHC/TC.

43 Sentencia C-878/00 de la Corte Constitucional colombiana.

44 Artículo 180 del Código Penal Militar Policial.

como delito de función (en el caso del Legislador Penal), tales dudas deben resolverse a favor de consagrar esta conducta en la legislación penal ordinaria; y, de otro lado, de existir dudas en cuanto a la interpretación de si una determinada conducta constituye o no delito de función (en el caso del juzgador), tales dudas deben resolverse a favor de su reconocimiento como delito ordinario y por lo tanto susceptible de ser conocido por la jurisdicción ordinaria". Y actualmente, como se asevera en el fundamento jurídico 100 de la incontablemente citada sentencia 0022-2011, de la naturaleza restrictiva y excepcional de la jurisdicción militar, se colige con claridad meridiana que en caso de incertidumbre sobre la correcta tipificación y aplicación de los hechos punibles de función, debe solucionarse la controversia en pro del fuero común⁴⁵, tal como puntualiza el Ombudsman peruano⁴⁶.

Queda pues meridianamente claro, que para el supuesto de los hechos punibles de función a que se contrae el Código Penal Militar Policial, no se está ante dicha incertidumbre, siendo que se considera para todos sus efectos (atendiendo al contenido del deber militar desarrollado anteriormente) el bien jurídico involucrado, de cara al interés institucional (de la existencia misma) de las FFAA y la PNP. Es importante mencionar, a este respecto, que el propio Supremo intérprete de la Constitución ha expresado de tiempo atrás: "(...) en cuanto a la identificación de un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas, se requiere (...) que éste sea un bien jurídico particular y

relevante para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines que la Constitución asigna a las instituciones castrenses".

Inconductas tales como insulto al superior, insubordinación, traición a la patria, hurto de material destinado al servicio etc., vulneran la integridad institucional en las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional, la Defensa Nacional y los bienes destinados al servicio militar policial, respectivamente. Teniendo en cuenta que es mente y voluntad del Congreso consignar el injusto de función también como delito militar propio militarizado (de lo contrario no hubiera incorporado tales hechos punibles en el Código Penal Militar Policial), estimamos que tal postura es la que tiene primacía.

De otro lado, la ejecutoria en comento, en los fundamentos jurídicos 342 y 343, interpretó el Art.27° del Decreto Legislativo N°.1095 (reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las FFAA), al preceptuar que "las conductas ilícitas atribuibles al personal militar" de conocimiento de la jurisdicción privativa, únicamente son las que se tipifican como delitos de función. De esta suerte, el Guardián de la Constitución, hace irrita la posibilidad que el precepto contenido en el citado Art.27°, pueda ser utilizado para que atentados contra los derechos fundamentales e injustos comunes que pudiesen cometer militares o policías, en el contexto que posibilita el prenombrado dispositivo legal, puedan ser ventilados por la jurisdicción castrense. Éstos tendrán que ser de conocimiento del fuero común, pero

45 Fundamento 38.a de la STC 0012-2006-PI/TC.

46 Informe Defensorial 66, de 2003.

también cierra las puertas a que se produzcan delitos pluriofensivos. Esto último resulta cuestionable.

5. LA AUTONOMÍA PARA LA CONFIGURACIÓN PENAL DEL CONGRESO

La génesis del programa penal de la Constitución, que cada vez va tomando mayor importancia data del principio del constitucionalismo. En efecto, el Art.8º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 fijó las líneas maestras como freno al Estado de cara a ejercer su poder punitivo: “La ley no debe establecer más penas que las estricta y manifestamente necesarias”.

Lo anterior se expresa en el deber parlamentario de garantizar principios tales como proporcionalidad en la fijación de las sanciones penales, subsidiariedad del Derecho Penal y legalidad. Dichas ideas encontraron concreción en las cartas magnas y códigos criminales⁴⁷.

En esa virtud, teniendo en cuenta los precedentes principios del Estado Constitucional de Derecho que se postula para nuestro país, debe tenerse una correcta inteligencia del principio de libertad de configuración penal del legislador, de cara a sus límites, los cuales no son sino exigencias materiales o sustantivas y formales o adjetivas que los congresistas tienen que considerar cuando desempeñan la función legislativa.

En forma tal, téngase en cuenta que la Norma Fundamental determinó, con relación a la actividad punitiva estatal y tal como lo ha aceptado el Supremo intérprete de la Constitución⁴⁸, algunos requisitos, a saber: los principios de legalidad penal (Art.2º, Inc.24, apartado “d”), culpabilidad (Arts. 3º y 43º), dignidad humana (Art. 1º), libre desarrollo de la personalidad (Inc.1 del Art. 2º), proporcionalidad (último párrafo del Art. 200º), inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (Inc.9 del Art. 139º), aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (Inc.11 del Art. 139º), no ser condenado en ausencia (Inc.12 del Art.139º), no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (Inc. 8 del Art. 139º), la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos a no ser en materia penal y siempre que favorezca al reo (Art. 103º) así como el derecho de que toda persona es considerada inocente en tanto no se declare judicialmente su responsabilidad (Art. 2º, Inc. 24 apartado “e”).

Asimismo, las normas procesales abarcan: los derechos humanos al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva (Inc. 3 del Art. 139º) la publicidad de los procesos (Inc. 4 del Art. 139º), el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en las instancias (Inc. 5 del Art. 139º), el derecho a la doble instancia (Inc.

47 TIEDEMAN, Klaus: “Constitución y Derecho Penal, en “Revista Española de Derecho Constitucional N° 33”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 146.

48 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00012-2006-PI/TC.

6 del Art. 139°), el impedimento de revivir procesos fenecidos con sentencia firme y que la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada (Inc. 13 del Art. 139°), el derecho humano a no ser privado de la defensa en ningún estado del proceso (Inc. 14 del Art. 139°), el derecho de toda persona a ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de la privación de su libertad física (Inc. 15 del Art. 139°); etc.

La reunión de los citados derechos debe ser asegurada por el Congreso, con lo que resulta restringida la cuota de poder a cargo del Parlamento en el Estado Constitucional, en orden a tipificar los hechos punibles así como fijar las sanciones penales y normar el procedimiento. En cualquier escenario, es útil tener en cuenta que en el mencionado Estado Constitucional, los derechos: penal, procesal penal así como el de ejecución penal tienen que subordinarse a los principios y derechos fundamentales.

Resulta útil mencionar, de otro lado, que la sanción penal, valioso instrumento usado por la sociedad políticamente organizada, de cara a asegurar el acatamiento de los preceptos constitucionales no está divorciada de la finalidad a cargo del Estado, como expresa Mir Puig: “No sólo la pena, sino también el delito han de encontrar, pues, su fundamento en la concepción del Estado social y democrático de Derecho,

que se convierte así en el soporte (valorativo) de los dos pilares sobre los que gravita todo el sistema (teleológico) de la Parte general del Derecho penal”⁴⁹.

Es por dicho fundamento que se asevera que en el Estado Constitucional de Derecho, el Programa Penal de la Constitución cumple una función de servicio al ciudadano, impidiendo que la sanción penal tenga un efecto retributivo y haga abstracción de la necesidad de una coexistencia armónica, el bienestar general o las garantías que la Constitución asegura al ciudadano. Por tanto, el Derecho Penal tiene que hacer realidad el carácter preventivo de la sanción penal de acuerdo con los citados derechos.

6. PAPEL DEL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN PERUANO ASÍ COMO SU INTERPRETACIÓN DEL DELITO DE FUNCIÓN

El Supremo intérprete de la Constitución, en la Resolución N° 0012-2006-PI/TC respecto del derogado Código de Justicia Militar⁵⁰, se pronunció por la no inconstitucionalidad de los hechos punibles castrenses: traición a la patria, motín, negativa del militar o policía de evitar rebelión, sedición o motín, colaboración con organización ilegal, falsa alarma, infidencia, conspiración del personal militar policial, posesión no autorizada de información e infidencia culposa. Empero, declaró inconstitucionales otros por entender, que carecían de las

49 MIR PUIG, Santiago, El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 29-31.

50 El derogado Código de Justicia Militar Policial, aprobado por Decreto Legislativo N° 961 de enero de 2005.

“características del delito de función”. Ello resulta cuestionable.

Tales eran los casos de la rebelión (artículo 68°), la sedición (Incs. 1 y 4 del Art. 70°), que aludían a obstaculizar el acatamiento de alguna norma legal, sentencia o sanción y a participar en algún acto de alteración del orden público, respectivamente) y el derrotismo (Art. 75° en el extremo que disponía “y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado”), para los que se precisó que el bien jurídico tutelado no es uno institucional de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, sino el régimen constitucional. El TC consignó en el fundamento 56: “(...) cuando se consagra como delito de función la conducta de un militar o policía que alzándose en armas busca alterar o suprimir el régimen constitucional, no se está buscando proteger un bien jurídico propio y particular de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, ni se está afectando la defensa militar de la Nación, antes bien se busca proteger un bien jurídico como el régimen constitucional, es decir, un régimen en el que existe un control efectivo de los poderes del Estado y una vigencia efectiva de los derechos fundamentales, entre otros aspectos y que, por lo tanto, por no ser un bien jurídico estrictamente castrense, debe ser protegido mediante la legislación penal común (...)”. No se tiene en cuenta, sin embargo, que el militar por su propia condición de garante del orden jurídico y titular por el Estado del uso de la fuerza, está más obligado que el civil y por ende el tratamiento jurídico en general y la penalidad en particular, debería ser más grave.

Adviértase que la aproximación se efectuó en orden a la conceptualización del delito como estrictamente castrense,

que como se expresaba, dista de ser la que contempla el derecho peruano. En el fundamento jurídico 38 de la mencionada resolución se aseveraba: “La razón de ser de las Fuerzas Armadas es fundamentalmente la defensa militar del Estado Constitucional”.

Efectivamente, ¿no resulta contradictorio?, ¿acaso la defensa del orden constitucional no es una función directamente encargada a tales instituciones, de suerte que el no cumplimiento de dicha obligación afecta la supervivencia del Estado?, ¿no es la defensa del orden constitucional una cuestión de la mayor trascendencia en clave de la razón de ser de tales institutos, teniendo en cuenta los roles que la Constitución les encomienda de cara a la defensa nacional?, ¿resulta lógico que la defensa nacional sea marginal a la del Estado Constitucional de Derecho? Las respuestas son evidentes, teniendo en cuenta asimismo, que los efectos que un uniformado pueda generar en función de la comisión de tal inconducta resultan sustancialmente distintos que los correspondientes a cualquier otra autoridad o persona.

Con relación a los hechos punibles contra personas protegidas por el Derecho de la Guerra, la sentencia en comentario entendió que no pueden constituir injustos de función, habida cuenta que dicha disciplina jurídica cuenta con particular regulación y en esa virtud el Derecho Internacional del Conflicto Armado viene a ser el aplicable a estas situaciones de violencia, el cual pretende regular la oportunidad y forma de efectuar los actos de fuerza, con el propósito de prevenir que los conflictos salgan de cauce jurídico.

Con respecto a lo expresado, el TC consideró que mal se haría en reconocer la

competencia de la justicia militar para tales injustos, teniendo en cuenta que hay deberes estatales internacionales con relación a los órganos competentes para conocer de dichas materias. A ello se suma, el evidente valor e interés que esta disciplina jurídica ha adquirido, particularmente desde los conflictos armados internacionales que presenciábamos día a día por los medios de difusión social, siendo como es que “en la historia reciente de las relaciones internacionales jamás se había apelado tanto al derecho de los conflictos armados como hoy en día; nunca (...) este cuerpo normativo había estado tan presente no sólo en el discurso doctrinal, sino también en los medios diplomáticos”⁵¹. Nosotros tenemos una postura discrepante a este respecto⁵².

Con relación a los hechos punibles de insulto al superior-agresión, amenazas y agresión al servicio de seguridad, el Guardián de la Constitución afirmó: “(...) mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (en actividad), que en acto de servicio o con ocasión de él, agrede a un superior, causándole lesiones leves, afectando el bien jurídico integridad física de una persona (que no es un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional). En consecuencia, no forma parte de las características básicas del delito de función, (...)”.

Con respecto a los delitos de coacción, injuria y difamación expresó: “(...)

mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (en actividad), que en acto de servicio o con ocasión de él, coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior, afectando bienes jurídicos como el honor de un individuo o la libertad personal (que no son bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional) (...). En consecuencia, no forma parte de las características básicas del delito de función”.

Respecto de la vulneración a dichos bienes jurídicos (integridad, libertad, honor) nos remitimos a lo expresado en el sentido, que en tanto estas conductas se cometan en el medio militar, dañan sensiblemente la disciplina, bien jurídico éste último que tiene preminencia de cara al deber militar, y que es reconocido por el Guardián de la Constitución: “no es ajeno a este Colegiado, la importancia que posee el bien jurídico castrense disciplina que afecte las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional”.

No se trata de una injerencia en el plano de los bienes jurídicos ordinarios, como erróneamente en nuestro concepto, comprendió el Supremo intérprete de la Constitución, sino de contextualizar el bien jurídico vulnerado en los roles constitucionales de las FFAA y de la PN, que en este caso se constituye en el soporte de la

51 CONDORELLI, L. “L’ evolution des mécanismes visant a assurer le respect du Droit international humanitaire”. En: *Mélanges offerts a Hubert Thierry, L’ evolution du Droit international*, Paris, 1998, p. 127.

52 Al respecto, ver GILES FERRER, Arturo Antonio y AMPUERO BEGAZO, Jorge: “Fundamentos de los bienes jurídicos colectivos, para sustentar la constitucionalidad de la parte penal del Código Penal Militar Policial”, en *El Jurista del Fuero Militar Policial*, Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, Noviembre 2013, pág.111 a 121, artículo citado precedentemente.

disciplina, base de la vigencia de la obligación castrense.

Similar postura, se da en el delito de empleo indebido de armas, en el cual, a pesar de estar presente una afectación a la administración pública, desde una postura macro, se entiende con claridad meridiana que tal inconducta implica una afectación al bien jurídico mantenimiento de la disciplina castrense o policial o, en términos del TC, “disciplina que afecte las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional”. Igualmente, con relación a otros hechos punibles expulsados del ordenamiento jurídico en la citada resolución.

Finalmente, respecto del actual Código Penal Militar Policial, aprobado por el Decreto Legislativo N°1094 de 01 de septiembre de 2010, la Sentencia 0022-2011-PI/TC, en mayoría reafirmó como constitucionales los Arts. 65 (colaboración con organización ilegal)⁵³, 91 (métodos prohibidos en las hostilidades), 92 (medios prohibidos en las hostilidades), 95 (impedimento a operaciones humanitarias), 96 (utilización indebida de signos protectores), 130 (excesos en el ejercicio del mando), 132 (exceso en el mando en agravio del subordinado), 140 (certificación falsa sobre asuntos del servicio) y 142 (destrucción de documentación militar policial) del Decreto Legislativo N° 1094, disposiciones que mantienen su plena vigencia en el ordenamiento jurídico. Asimismo, declaró fundada en parte, la demanda, e inconstitucionales, los arts.60 (rebelión), 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), y 131 (excesos en el mando – tipo imprudente) del Decreto Legislativo N° 1094, Código Penal Militar Policial, por no constituir delitos de función, según lo establecido en el artículo 173 de la Constitución, por lo que deben ser expulsados del ordenamiento jurídico. También declaró inconstitucional parte del Art.62° (sedición) del Decreto Legislativo N° 1094, en los extremos en los que se expresa “impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción, [...], deponer a la autoridad legítima, bajo cuyas órdenes se encuentren, impedir el ejercicio de sus funciones, o participar en algún acto de alteración del orden público, [...]”. Subsiste el mencionado artículo de la siguiente forma: “El militar o el policía que en grupo se levanta en armas para incumplir una orden del servicio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años, con la accesoria de inhabilitación. Si para realizar tales actos emplea las armas que la Nación le confió para su defensa, la pena privativa de libertad será no menor de quince años”. De otro lado, declaró inconstitucional parte del Art.68° del Decreto Legislativo N° 1094, en el extremo que incluye la palabra “rebelión”. Queda subsistente el mencionado artículo de la siguiente forma: “El militar o el policía

53 Con fecha 29 de enero de 2016, se expidió el Auto 5 – Aclaración a la Sentencia 00022-2011-PI/TC.

que tomare parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de sedición o motín será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo de la prevista para el delito que se trataba de perpetrar”; e, interpretando la palabra “sedición” en el único sentido de que ésta busca proteger bienes jurídicos estrictamente castrenses”. Asimismo, interpretó los Arts. XIV. e y XIV. d del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1094, referidos a los principios de “defensa y seguridad de la República” y de “subordinación al poder constitucional”, respectivamente, de conformidad con el artículo 173 de la Constitución y los elementos del delito de función desarrollados en los fundamentos de esta sentencia y en la jurisprudencia de este Tribunal. Interpretó la frase “las conductas ilícitas atribuibles al personal militar con ocasión de las acciones realizadas”, establecida en el artículo 27 del Decreto Legislativo N° 1095, de conformidad con el artículo 173 de la Constitución y los elementos del delito de función desarrollados en los fundamentos de esta sentencia y en la jurisprudencia de este Tribunal. Asimismo, reafirmó como constitucionales los artículos 63 (motín), 64 (negativa a evitar rebelión, sedición o motín), 66 (falsa alarma) y 67 (derrotismo) del Decreto Legislativo N° 1094, disposiciones que mantienen su plena vigencia en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, coincidimos con el voto singular del magistrado Sardón de Taboada, quien concuerda con la sentencia en mayoría en la medida que confirma la constitucionalidad de diversos artículos del Decreto Legislativo N° 1094, empero discrepa de ella en que declara inconstitucionales o dispone un sentido interpretativo para las demás disposiciones normativas impugnadas en el presente proceso de inconstitucionalidad. En lo que sigue, resumimos su planteamiento.

La tesis de Sardón de Taboada, que compartimos en su integridad, se sustenta en que la sentencia en mayoría, siguiendo la jurisprudencia del Supremo intérprete de la Constitución, postula una incorrecta interpretación del citado Art.173° constitucional.

La mencionada disposición normativa establece una jurisdicción castrense cuya misión es la de procesar militares y a policías, en caso de delito de función, con arreglo al Código Penal Militar Policial. De otro lado, distingue entre civiles, policías y castrenses.

Empero para tener una correcta inteligencia de tal disposición normativa, anota el citado magistrado, resulta indispensable apreciarla en su relación con los Arts.38°, 163°, 165°, 166°, 169° y 175° de la Norma Fundamental⁵⁴, de lo que fluye con claridad meridiana que existe un deber general de

54 “Artículo 38.- Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación.”

“Artículo 163.- El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional.

La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley.”

“Artículo 166.- La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.”

civiles, militares y policías de respetar, cumplir y defender la Constitución y el orden jurídico y participar en la defensa nacional, de acuerdo a ley. Empero, tal obligación se encuentra sujeta a un nivel de acatamiento mayor y contempla obligaciones adicionales para castrenses y policías, a saber:

Los preceptos que se ocupan de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están ubicados en el capítulo de la Norma Fundamental relativo a la seguridad y defensa nacional, debido a que militares y policías son las autoridades por las que la sociedad políticamente organizada monopoliza el uso legítimo de la fuerza, con las limitaciones contenidas en la Carta Magna, las leyes y los tratados internacionales. Los civiles no pueden hacer uso de la fuerza, salvo en legítima defensa; incluso, para el caso de un conflicto armado internacional regulado por el Derecho Internacional Humanitario, ya que se les tiene en principio, por no combatientes.

Castrenses y policías forman parte de una organización cuyo funcionamiento depende del mantenimiento del orden y la disciplina entre éstos.

Para cumplir sus fines, los uniformados tienen un entrenamiento especial, elemento fundamental a fin de valorar su intervención en la defensa y seguridad nacionales, en comparación a los civiles. A estos últimos no se les exige efectuar tales tareas.

A continuación, un extracto de la posición del magistrado Sardón de Taboada,

“Por ello, existe la diferenciación establecida en el artículo 173°, referente a que los civiles no pueden ser juzgados de acuerdo con el Código de Justicia Militar Policial, pues éste contiene disposiciones inaplicables por su naturaleza a los civiles como podría ser el delito de cobardía regulado en el artículo 110° del mismo. La existencia de este delito muestra la diferencia de deberes entre un militar, un policía y un civil, pues éste no se encuentra obligado a enfrentar al adversario en combate, mientras que para aquéllos constituye un delito no hacerlo.

Que los militares y policías puedan asumir mayores riesgos no sólo se deriva de su mayor entrenamiento y disciplina sino también del armamento superior con el que cuentan, ya que, conforme lo establece el artículo 175° de la Constitución, sólo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer usar armas de guerra... los civiles están prohibidos de tenerlas...

Es por esta razón que militares y policías se encuentran sometidos a un Código de Justicia especial, para que sean juzgados de acuerdo con un estándar superior de conducta y subordinación al orden constitucional... De ahí que el artículo 169° de la Constitución recalque que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están subordinadas al poder constitucional. Esta afirmación... es específica para dichas instituciones...

La actividad de las Fuerzas Armadas y de la Policía se desarrolla de manera muy distinta a la forma en la que los civiles

“Artículo 169.- Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes. Están subordinadas al poder constitucional.”

“Artículo 175.- Sólo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer y usar armas de guerra. Todas las que existen, así como las que se fabriquen o se introduzcan en el país pasan a ser propiedad del Estado sin proceso ni indemnización. (...)”

acatan su deber de lealtad y defensa del ordenamiento jurídico. Ello refleja la perspectiva de la Constitución, que distingue los deberes generales de lealtad al ordenamiento jurídico y de defensa nacional, previstos en los artículos 38° y 163°, de las misiones específicamente encargadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional en sus artículos 165° y 166°.

Una conducta permitida a un civil bien puede ser prohibida a un militar o policía en ejercicio de sus funciones. Asimismo, un acto ilícito que atente contra bienes jurídicos castrenses podrá afectar en mayor grado el orden constitucional, la seguridad y la defensa nacionales, si es realizado por un militar o policía en ejercicio de sus funciones. Ello permite comprender por qué el artículo 173° de la Constitución exige que los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones se juzguen en aplicación de las disposiciones contenidas en un Código de Justicia especial y no a través de las normas del Código Penal, las cuales resultan aplicables para determinar la responsabilidad penal de las personas en todos los demás casos.

La sentencia en mayoría considera que el Código Penal Militar Policial debe reprimir las conductas que comprometan de forma directa y exclusiva bienes jurídicos relativos al funcionamiento de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, con exclusión de aquellas conductas que de manera concurrente afectan otros bienes jurídicos de relevancia constitucional.

Dicha lectura es incorrecta dado que los delitos de función no son exclusivamente aquellos que afectan orgánicamente a las instituciones citadas... Conforme a lo expuesto supra, los integrantes de las Fuerzas

Armadas y de la Policía Nacional deben adecuar su comportamiento a estándares de conducta particularmente exigentes. De ahí que puedan considerarse delitos de función: (i) los actos permitidos para la generalidad de las personas, pero prohibidos para los policías y militares en ejercicio de sus funciones; y, (ii) los actos prohibidos para todos, pero que suponen un reproche jurídico más intenso, si son llevados a cabo por efectivos militares o policiales en ejercicio de sus funciones.

Así, dado que policías y militares tienen el deber de defender el ordenamiento constitucional más intenso que los demás ciudadanos, está justificado que un hecho ilícito reciba un tratamiento jurídico diferenciado cuando es cometido por un integrante de esas instituciones en el ejercicio de sus funciones..., si bien nadie debe rebelarse contra el orden constitucional, resulta más grave la rebelión de los encargados de defenderlo mediante el uso de la fuerza...

La sentencia en mayoría insiste en considerar que militares y policías tienen un deber de fidelidad frente al ordenamiento constitucional equivalente en intensidad y manifestaciones al de los demás ciudadanos. Por esa razón, concluye que los delitos de función son exclusivamente aquellos que comprometen bienes jurídicos de titularidad castrense, omitiendo considerar que algunas conductas pueden estar prohibidas para todos, pero ser más reprochables si las cometen militares y policías en el ejercicio de sus funciones.

Es válido y constitucional, pues, que existan tipos penales similares en el Código Penal y el Código Penal Militar Policial...

Resultan erradas las interpretaciones realizadas en la sentencia de los artículos XIV, incisos d. y e., del Título Preliminar

del Decreto Legislativo N° 1094, así como del artículo 27° del Decreto Legislativo N° 1095, en tanto vinculan la misma con el concepto de delito de función presentado en la misma”.

Por consiguiente, el voto del magistrado Sardón de Taboada fue porque se declare infundada la demanda en el extremo en que cuestiona la constitucionalidad de los tipos penales contenidos en los artículos 60° (rebelión), 62° (sedición), 68° (conspiración), 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), y 131° (excesos en el mando – tipo imprudente) del Decreto Legislativo N° 1094; y el artículo 27° del Decreto Legislativo N° 1095.

7. LA RELEVANCIA DE LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS CASTRENSES

La vigencia de los delitos de función en la tutela de los bienes jurídicos, está en sujeción al cumplimiento de los roles que la Constitución encomienda a las FFAA, en el marco del Sistema de Defensa Nacional, pues lo contrario importa el no acatamiento de la Constitución, con grave perjuicio para la seguridad nacional.

En esa virtud, la seguridad jurídica y la sujeción a las opciones legislativas de castigo de inconductas, ubican la vigencia

de las disposiciones normativas de sanción en el respeto a los principios de legalidad y razonabilidad.

La trascendencia aludida está vinculada a la libertad de configuración penal del Parlamento, principalmente, obligado a asegurar la aplicación del principio de proporcionalidad, analizado por el Guardián de la Constitución español, así: “El juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento inculminado, debe partir (...) de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”.

En el ejercicio de tal poder el Congreso tiene, en los límites fijados por la Norma Fundamental, autonomía, consecuencia lógica de su posición constitucional y de su particular legitimidad democrática (...)”⁵⁵.

En todo caso, la trascendencia de los bienes jurídicos que se pretende tutelar vía los delitos de función, genera que el Congreso disponga de un poder discrecional tal que viabilice la voluntad política que comprenda los elementos a tener en cuenta de cara a asegurar el respeto de los roles constitucionales a cargo de las FFAA y de la PNP.

La práctica de dicho poder por el Congreso, tiene que estar en sujeción a los indicadores de razonabilidad y proporcionalidad

55 Sentencia del Tribunal Constitucional de España, STCE 136/1999.

de suerte que la limitación preventiva de la libertad física, no colisione con las demás garantías constitucionales.

Sobre ese particular, la Corte Constitucional de Colombia⁵⁶ puntualizó, lo siguiente: “(...) en nuestro Estado Social de Derecho tanto el derecho a la libertad como su restricción no pueden tener carácter absoluto, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener el derecho y los límites del mismo”.

8. TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA PRECISIÓN DE LOS HECHOS PUNIBLES DE FUNCIÓN Y LAS FALTAS DISCIPLINARIAS MILITARES

Aún hoy persisten interrogantes respecto de una importante cantidad de injustos de función con relación a que su naturaleza jurídica está en las faltas castrenses. En realidad la diferencia entre el delito de función y la falta disciplinaria no es sólo ontológica, sino que tiene que ver con la afectación al bien jurídico en orden a lo que se ha expresado en el presente estudio. Tal vez, a ese respecto, resulta importante efectuar el test de proporcionalidad, de cara a determinar si restringe ilegítimamente derechos humanos como libertad física.

El principio de proporcionalidad⁵⁷ constituye un concreto desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica, orientado a la aplicación de disposiciones normativas con estructura de principios. Reviste particular importancia para la teoría de los derechos humanos conceptualizados como mandatos de optimización, según la fuente de Manuel Atienza, que hoy tiene trascendente aceptación en la doctrina y praxis de los guardianes de la Constitución.⁵⁸

Como se sabe, el prenombrado test, implica 03 evaluaciones: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sensu.

Evaluación de idoneidad. Con el propósito de precisar la importancia constitucional de un bien jurídico concreto, para merecer la tutela del Estado. Para ello se tiene en cuenta la adecuación, vale decir, si la medida sujeta a evaluación, resulta idónea en orden a alcanzar el propósito de relevancia constitucional que se persigue.

Evaluación de necesidad. Obliga a que la medida asumida por el Congreso, tenga que ser indispensable de cara a la obtención del fin legítimo, pues lo contrario, esto es, de haber otra opción que, siendo igualmente idónea para obtener el citado propósito, influya menos en el correspondiente bien constitucional, ergo, la medida legislativa cuestionada no será constitucional.

Evaluación de proporcionalidad en sentido estricto. Consiste en que el grado

56 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-327 de 1997.

57 Para mayor amplitud, el principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que se presenta habitualmente en las resoluciones de los tribunales constitucionales en general y en el peruano en particular. Su uso fundamenta las resoluciones de los tribunales constitucionales vinculados a los actos de los poderes públicos que amenazan o vulneran derechos humanos.

58 Desarrollada principalmente por Robert Alexy, Teoría de la Argumentación Jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 16.

de concretización del propósito de trascendencia jurídica de la medida legislativa debe ser, cuando menos, equivalente al de afectación de la libertad física, lo que se realiza a través del método de la ponderación.

Cualquier intervención en los derechos humanos que haga caso omiso a estos sub principios resulta arbitraria, ergo, inconstitucional. El cumplimiento del principio de proporcionalidad parte del supuesto que una medida del poder público implique intervención en un derecho humano, o sea, lo afecte negativamente, ya sea anulando, aboliendo, restringiendo o suprimiendo una disposición normativa u posición que pueda ser adscrita *prima facie* a la norma constitucional que tipifica el derecho intervenido.⁵⁹

Con estas premisas, en la sentencia del Supremo intérprete de la Constitución sobre el derogado Código de Justicia Militar, se puntualizó que vulnera el principio de proporcionalidad, la tipificación penal militar de conductas como el uso indebido de insignias o distintivos, la incapacitación voluntaria para el servicio, simulación y la colaboración. Ello, en tanto se entendió que la limitación del derecho fundamental a la libertad física no es de imperiosa necesidad en orden a la obtención de la finalidad perseguida, “pues este pudo haber sido conseguido mediante otras medidas igualmente idóneas, pero menos restrictivas del aludido derecho fundamental. Así por ejemplo, mediante la utilización de disposiciones de derecho disciplinario”^{60 61}. El tema es discutible.

59 Si la medida de intervención supera el test de los sub principios de proporcionalidad, tal medida será válida como restricción del derecho correspondiente. En caso contrario, la norma o la posición de derecho fundamental objeto de intervención adquiere validez ya no únicamente *prima facie*, sino también definitiva y por ello a la norma que afecta negativamente el derecho, debe expulsársela del ordenamiento jurídico..

60 Ante todo, consideramos que la proporcionalidad constituye un análisis que no es susceptible de desarrollo en términos abstractos, antes bien es indispensable contextualizarla de cara al escenario en que opera y la información estadística de la comisión de los hechos punibles de función. Por tanto, tales inconductas en el medio castrense afectan sensiblemente sus principios base, a saber: el orden y la disciplina. La jurisdicción castrense resulta ejemplarizadora, dado que es imposible que un militar conceptualice que la comisión de dichos delitos sea atenuante frente a otros. Lo contrario afectaría la disciplina y por ende a la Fuerza Armada.

61 Sobre este tema, se sugiere enunciativamente, revisar: GUASTINI, Riccardo. “Ponderación. Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”, traducción de Pedro Grández de: “Ponderazione. Un analisi dei conflitti tra principi costituzionali, *Región practica* N° 26, 2006;

ALEINNIKOF, Alexander. “El derecho constitucional en la era de la ponderación” Palestra Editores. Lima, Noviembre, 2010; ALEXY, Robert. (2003) “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, en Id., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 93-137, (2007) “La fórmula del peso”, en *Teoría de la argumentación jurídica*, segunda edición en castellano, Palestra, Lima, (2010) *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra Editores; ATIENZA, Manuel. *Argumentación jurídica y Estado constitucional*. *Anales de jurisprudencia*, 261, (2004) *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra Editores, (2006) *el Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel Derecho; BERNAL PULIDO Carlos. (2003) “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa* N° 26; CARBONELL, Miguel y GRÁNDEZ, Pedro. (2010) *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima: Palestra Editores; CLÉRICO, Laura. (2009) “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Palestra, Lima (En prensa); DWORKIN, Ronald. (1994) “¿realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?”, en: Moreso J.J. y Ponpeu Casanovas, *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona; IBÁÑEZ Andrés Perfecto (1998) “Carpintería de la sentencia penal (en materia de hechos)” *Revista del Poder Judicial* N° 49. Primer trimestre. Madrid. pp. 1-27; PRIETO SANCHÍS, Luis. (1992) *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid.

José A. Rodríguez Santisteban¹

ESTATUTO DEL PERSONAL DE LAS FF.AA. ESPAÑOLAS

1. INTRODUCCIÓN

Las Fuerzas Armadas², tal y como contempla la norma suprema española, están constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire³. Las mismas tienen unas importantes misiones que vienen reconocidas tanto en la propia Constitución Española de 1978^{4 5}, como en la Ley Orgánica de Defensa Nacional⁶.

1 Capitán Auditor del Cuerpo Jurídico de la Defensa. Asesor Jurídico del Mando de Adiestramiento y Doctrina del ET español. Doctorando en Derecho.

2 En adelante FAS.

3 Dentro del Título Preliminar de la Constitución Española, concretamente del Art. 8, es donde se recoge que las Fuerzas Armadas está compuesta por los tres ejércitos (Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire).

4 En adelante CE.

5 Las misiones constitucionalmente asignadas a las FAS vienen recogidas principalmente en el art. 8.1 CE, según el cual «Las FAS tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional».

6 En adelante LODN. El art. 15 de esta norma, en su apartado primero, reproduce las misiones asignadas por el art. 8.1 CE a las FAS y establece otras misiones a las mismas. Estas son:

«2. Las Fuerzas Armadas contribuyen militarmente a la seguridad y defensa de España y de sus aliados, en el marco de las organizaciones internacionales de las que España forma parte, así como al mantenimiento de la paz, la estabilidad y la ayuda humanitaria.

3. Las Fuerzas Armadas, junto con las Instituciones del Estado y las Administraciones públicas, deben preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente.

4. Las Fuerzas Armadas pueden, asimismo, llevar a cabo misiones de evacuación de los residentes españoles en el extranjero, cuando circunstancias de inestabilidad en un país pongan en grave riesgo su vida o sus intereses.»

Podríamos decir, debido a la importancia de las misiones asignadas a las FAS, que se hace necesario por tanto, e incluso imprescindible, que todo el personal que preste sus servicios para ellas, tenga unas especiales cualidades y características. Y es

en este punto donde se justifica la idiosincrasia de un estatuto jurídico diferenciado para todo el personal que forma parte de las FAS⁷, más aún, cuando hablamos de que sus miembros no son simples funcionarios o empleados públicos⁸, sino militares⁹.

7 Tradicionalmente se utilizan como sinónimos los vocablos FAS y Administración Militar. Pero debemos explicar que esto no es así. El propio texto constituyente español los diferencia en el art. 149.1 al referirse a las competencias exclusivas del Estado, ya que en el núm. 4 habla de «Defensa y FAS», mientras que el núm. 18 se refiere a «las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas».

El art. 9.1 de la Ley Orgánica de Defensa Nacional entiende que el Ministerio de Defensa «es el departamento de la Administración General del Estado al que corresponde la preparación, el desarrollo y la ejecución de la política de defensa determinada por el Gobierno, la obtención y gestión de los recursos humanos y materiales para ello, así como la realización de cuantos cometidos sean necesarios para el cumplimiento de las misiones que se asignen a las FAS», mientras que las FAS (según el art. 10.1) «son el elemento esencial de la defensa y constituyen una entidad única que se concibe como un conjunto integrador de las formas de acción específicas de cada uno de sus componentes: el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire».

La Ley Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, nos dice en su art. 8.1 que «la Administración General del Estado se organiza en Ministerios, comprendiendo cada uno de ellos uno o varios sectores funcionalmente homogéneos de actividad administrativa», por lo que la Administración Militar desarrolla función administrativa de defensa dentro del Ministerio de Defensa.

Las FAS, que se integran en el Ministerio de Defensa, en virtud del art. 9.2 de la Ley Orgánica de Defensa Nacional, es la organización a la que la constitución le atribuye las funciones del art. 8 de la misma y aquellas otras derivadas de la defensa Nacional.

Los vocablos quedan deslindados por lo previsto en el art. 7.2 de la Ley Orgánica de Defensa Nacional, que atribuye al Ministro de Defensa, como competencias independientes:

Letra b) «dirigir la actuación de las FAS bajo la autoridad del Presidente del Gobierno».

Letra d) «dirigir, como miembro del Gobierno, la Administración Militar».

Por todo ello la Administración Militar actuará conforme a las normas del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y los procedimientos administrativos. Mientras las FAS y sus miembros, ajustarán su estructura y actuación a un complejo normativo particular, que articula el sistema estatutario militar. Véase: Matamoros Martínez, R: Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en Cuaderno Práctico núm. 3 de la EMEJ, Madrid, 2010, pp. 5 y ss.

8 Los funcionarios y empleados públicos se regulan fundamentalmente por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE. Núm. 89 del 13 de abril).

9 La normativa donde se regula el estatus de militar es bastante más dispersa que la prevista para los empleados públicos civiles, debido a la idiosincrasia de la profesión militar.

Almirante, en su diccionario, señala que «militar es un verbo neutro, que significa servir en la guerra, ejercitarse en la milicia. Dice que así debía ser, y así en efecto lo da Dicc. Acad.». Véase el término militar en Almirante, José: Diccionario Militar (Volumen II), Ministerio de Defensa. Secretaria General Técnica, Madrid, 2002, pp. 755 y 756.

A lo largo de este trabajo vamos a intentar justificar el porqué de la existencia de un estatuto jurídico para los miembros de las FAS españolas, los valores fundamentales que debe tener todo militar y las nuevas normas en el ámbito militar que forman parte del régimen jurídico aplicable al militar, entre otras cuestiones.

2. LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO MILITAR

Como hemos señalado en la introducción de este trabajo, el militar forma parte de una institución encuadrada en la CE, pero con un encaje particular, fundamentado en la importancia y finalidad de las misiones que le están encomendadas.

Esa peculiar posición constitucional que se le otorga a las FAS, deriva en una relación de sujeción especial de sus miembros (los militares), dando lugar a que los mismos tengan un estatuto personal diferenciado del resto de ciudadanos.

2.1. La relación de sujeción especial

En el sistema español existen diferentes relaciones de sujeción especial. Estas relaciones tienen su basamento en una especialidad, que debemos buscarla en la posición o sujeción del sujeto con la Administración.

La intensidad o características de esa posición determinarán el alcance o contenido de la relación de sujeción especial.

La relación de sujeción especial bien puede ser circunstancial o accidental (como

es el caso de los enfermos o de los presos), o bien venir dada por el ejercicio de una potestad de dirección o defensa del Estado (los militares), o por la existencia, protección y eficacia de un interés público específico y concreto.

Así, podemos decir que la relación de sujeción especial será más limitativa de derechos dependiendo de la intensidad de la misma. No obstante, siguiendo a la doctrina, podríamos señalar como notas características de todas las relaciones de sujeción especial las siguientes:

- «Acentuada situación de dependencia, de la cual emanan determinadas obligaciones.
- Estado general de libertad limitada.
- Existencia de una relación personal.
- Imposibilidad de establecer de antemano extensión y contenidos de las prestaciones, así como la intensidad de las necesarias intervenciones coactivas en la esfera de los afectados.
- El hecho de que el individuo tiene que obedecer órdenes, las cuales no emanan directamente de la Ley.
- El hecho de que esta situación se explique en razón de un determinado fin administrativo.
- La alusión a un elemento de voluntariedad en dicha situación de sometimiento.
- El admitir, expresa o tácitamente, que la justificación de dicha relación se encuentra en la necesidad de una eficiencia y productividad administrativa».¹⁰

10 Gallego Anabitarte, Alfredo: Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho, «Revista de Administración Pública núm. 34». Año XII, enero-abril 1961 (reimpresión octubre 1972), Instituto de Estudios Políticos. Madrid, p. 25.

Para García Macho «las relaciones de especial sujeción tienen como consecuencia que determinados grupos o individuos dentro de ese círculo sufren restricciones en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Asimismo, en esa esfera la Administración, al actuar con flexibilidad y cierta libertad, ablanda el principio de legalidad, afecta a la seguridad jurídica y dificulta el control jurisdiccional de su actuación. Esta situación, que de hecho se produce, exige una aplicación de ese concepto con precauciones y restringidamente»¹¹.

Según Lasagabaster «las relaciones de sujeción especial contemplan como concepto jurídico a esa construcción jurídica que fundamenta un debilitamiento o minoración de los derechos de los ciudadanos, o de los sistemas institucionalmente previstos para su garantía, como consecuencia de una relación cualificada con los poderes públicos, derivada de un mandato constitucional o de una previsión legislativa conforme con aquella. Ella puede ser, en algunos casos, voluntariamente asumida, y que, a su vez, puede venir acompañada del reconocimiento de algunos derechos especiales a favor del ciudadano afectado por una tal situación»¹².

Otros autores, como por ejemplo Cámara Villar, entienden la noción de sujeción especial como «crucial para poder entender y justificar matizaciones de ciertas garantías, como es el principio *ne bis in idem* en la esfera de las sanciones de autoprotección en tanto que estas, al imponerse en el ámbito organizacional de la Administración, pueden tener un papel y fundamento distinto de las de orden público, en todo caso incompatibles con las de orden penal»¹³.

Las diferentes posturas doctrinales, van encaminadas a entender que los sujetos que se incluyen dentro de una relación de sujeción especial gozan de una limitación de ciertos derechos o ven restringida su libertad para poder satisfacer los intereses que tienen encomendados, que en definitiva son los propios que han de satisfacer las Administraciones Públicas en virtud de lo dispuesto en la CE¹⁴, debido a que la limitación de esos derecho o restricción de libertades solo tienen cabida si esta se recoge implícita o explícitamente en la propia CE¹⁵.

Esas relaciones de sujeción especial, reconocidas por la CE, dan lugar a que el personal sometido a ellas ostente un *estatus* especial, que podemos calificar como

11 García Macho, Ricardo: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*. Tecnos S.A. Madrid, 1992, p. 209.

12 Lasagabaster Herrarte, Iñaki: *Las relaciones de sujeción especial*, Editorial Civitas S.A. Madrid, 1994, p.25.

13 Cámara Villar, Gregorio: «Las relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales», en MIGUELÁngel Aparicio (Coord.), *Derechos Constitucionales y Formas Políticas (Actas del Congreso sobre Derechos Constitucionales y Estado Autonómico)*, Cedecs, Barcelona. 2001, p. 137.

14 El art. 103 de la CE, en su punto 1 dispone que «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

15 Las limitaciones de derechos o restricciones de libertades en el marco de una relación de sujeción especial, se da precisamente para garantizar la efectividad de los derechos.

estatuto propio de las personas sometidas a la relación de sujeción especial. Este *es-tatus* o estatuto será distinto dependiendo de la relación dada ya que como venimos exponiendo, las restricciones en el ejercicio de determinados derechos constitucionales sobre determinados grupos de ciudadanos solo podrán llegar hasta lo estrictamente necesario para el buen funcionamiento o efectividad de la Administración.

2.2 Su incidencia en el ámbito militar

En el seno de las FAS, nos encontramos en la esfera de su personal con una de las más destacadas situaciones de relaciones de sujeción especial que se plantean.

Decimos esto debido a que en norma suprema española, como anunciábamos más arriba, ya se reconoce en su Título preliminar unas determinadas funciones, que nos atrevemos a calificar como vitales para el funcionamiento del Estado y por tanto de gran trascendencia para garantizar el sistema de libertades y derechos reinantes en nuestro país¹⁶.

El plasmar, por parte del constituyente, a las FAS en el Título preliminar de la CE y en otorgarle a las mismas funciones de tal envergadura, obliga a que los componentes de las mismas estén sujetos sin lugar a dudas, a una situación de sujeción especial que pueda ser incluso más acentuada que la prevista para otros servidores públicos.

A lo largo de diferentes preceptos constitucionales se hace patente esta idea. Buen ejemplo de ello lo encontramos en preceptos como el art. 28 referido a la libertad de sindicación¹⁷, o del art. 29 cuando señala limitaciones y condiciones en el ejercicio del derecho de petición para los militares¹⁸.

3. ¿EL MILITAR ES FUNCIONARIO PÚBLICO O SERVIDOR PÚBLICO?

3.1 Empleado público y funcionario público

Tradicionalmente e incluso actualmente, en la sociedad española, se cree que todo aquel que supera un proceso selectivo que se plantea o tutela desde alguna de las Administraciones Públicas, da lugar a ser funcionario público¹⁹.

16 Concretamente en el art. 8 CE, que se refiere a funciones esenciales para el adecuado funcionamiento de nuestro sistema democrático y de vital trascendencia para el mismo como son las de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

17 En el apartado 1 del art. 28 de la CE se dispone que «todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar».

18 El art. 29 de la CE señala que «1. Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley. 2. Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho solo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica».

19 Es inexacto calificar al militar como funcionario público. No por ello debe desmerecerse la valía de algunas aportaciones doctrinales que, a partir de la utilización de esta locución y la comparativa con el sistema funcionarial han dado lugar a conformar o dibujar al menos. Es estatuto jurídico de los militares.

Véase: Carrión Moyano, E: «El militar como funcionario público», Revista Española de Derecho Militar núm. 18, 1964, pp. 37 y ss. y Alli Turillas, J.C: La profesión militar, INAP, Madrid, 2000, pp. 81 y ss.

Nosotros, en este epígrafe, queremos analizar desde la normativa pasada y de la actual, si esta creencia tan extendida en la sociedad se corresponde con la realidad en el ámbito militar, o si, por el contrario, nos encontramos con una situación distinta o diferente de la que la generalidad manifiesta.

Para ello, vamos a partir de lo previsto por la normativa de 1964.

Así, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964, en su art. 1 recogía una definición en sentido amplio de funcionario, en la que establecían cuales eran los requisitos para ostentar esta condición. Según este precepto, eran Funcionarios de la Administración Pública las personas que:

- Se incorporaban a la Administración Pública.
- Por una relación de servicios profesionales.
- Servicios profesionales que estaban retribuidos.
- Se regulaba por Derecho Administrativo.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en esta Ley de 1964, todo militar que cumpliera estos requisitos, era funcionario público.

Esta norma del año 1964, fue derogada y actualmente rige la Ley 7/2007, de 12 de

abril²⁰, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público²¹.

La LEBEP entiende que «son empleados públicos²² quienes:

- Desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas.
- Al servicio de los intereses generales».

Con lo que, en base a este concepto de empleados públicos, todos los militares son considerados como empleados públicos.

Dentro del concepto de la Administración Pública existen distintos tipos de empleados con condiciones distintas. En ellos se incluyen:

1. Los Funcionarios de carrera.
2. Personal laboral.
3. Funcionario interino.
4. Personal directivo; y,
5. Personal eventual.

Centrándonos en el personal Funcionario de Carrera, estos serán quienes reúnan los siguientes requisitos:

- Los que han superado un proceso selectivo de oposición.
- Disponen de un nombramiento en el que se reconoce dicha condición.
- Trabajan para la Administración Pública prestando funciones que implican la

20 En adelante LEBEP.

21 Como en prácticamente todos los ámbitos, se ha producido un avance y una evolución importante. El Derecho Administrativo no es ajeno a los nuevos tiempos y situaciones que se han producido por el avance de la sociedad y se adapta a las necesidades de la época. Estos cambios también se plasman en el ámbito de la regulación del estatuto de los funcionarios públicos y del resto de personal que trabaja para las Administraciones Públicas, es decir, para todos los servidores públicos de las Administraciones Públicas.

22 Art. 8 LEBEP es la que nos da la definición de empleado público.

participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas.

- Mantienen una relación estatutaria con la Administración; y,
- Su relación se rige por el Derecho Administrativo.

Siguiendo con la LEBEP, nos preguntamos si la misma es aplicable a los miembros militares de las FAS.

La respuesta la encontramos en el art. 4 que señala que «las disposiciones de este Estatuto solo se aplicarán directamente cuando así lo disponga su legislación específica al siguiente personal: d) Personal militar de las FAS».

Con lo que parece evidente que es la propia LEBEP la que entiende que no es aplicable a los militares de las FAS, ya que ellos tienen un estatuto jurídico diferente al del resto de los servidores públicos.

Como conclusión a lo visto hasta ahora en este epígrafe, extraemos que no todos los empleados públicos son funcionarios públicos, y que los militares en principio no están sujetos a la LEBEP.

3.2 El militar

Llegado a este punto, es importante entender que es un militar, y si existe o no diferencia con los demás empleados públicos y, dentro de estos, con los funcionarios públicos.

La CE se refiere a los funcionarios públicos en el art. 103 cuando señala en su apartado tercero que «la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones».

Por su parte, el art. 104 de la CE nos dice que «1) Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. 2) Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad».

De estos preceptos podemos concluir que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad no son funcionarios públicos, no sólo porque tienen reconocimiento en un precepto constitucional distinto del previsto para los funcionarios públicos sino, principalmente, por las distintas funciones que desarrollan²³.

Lo mismo nos pasa con los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, que también se reconocen en un lugar y con funciones distintas de las previstas para los funcionarios públicos.²⁴ Con lo que los jueces y magistrados serían servidores públicos pero no funcionarios.

Estos ejemplos nos sirven para intentar explicar porqué un militar no es un funcionario público.

23 Sus funciones principales son las de seguridad ciudadana y el monopolio de la coacción.

24 Se regula en el Título VI de la CE y en la Ley Orgánica reguladora del Poder Judicial.

El militar no es funcionario público, y esto es debido a las funciones que desarrolla en el ejercicio de su actividad como miembro de las FAS²⁵. Esas funciones, que son diferenciadas respecto a las comunes de la Administración, y la relevancia constitucional que se le da a las FAS, al incluirse dentro del Título preliminar de la CE, son las que nos llevan a la conclusión de que los militares no son funcionarios públicos, pero si empleados públicos²⁶.

En este sentido se manifiesta la Ley Orgánica 9/2011, de 17 de julio, de Derechos y Deberes de los miembros de las FAS, en la que se indica «...en esta ley se actualiza la regulación del ejercicio por los miembros de las FAS, teniendo en cuenta su condición

de **servidores públicos**²⁷ sometidos a la disciplina militar, para adecuarla a la realidad social y a lo previsto en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional»²⁸.

3.3 ¿Quién es militar?

Un militar puede ser tanto un español como un extranjero²⁹ que pertenezca a las FAS españolas.

Según la Ley de la Carrera Militar³⁰ «los españoles podrán vincularse profesionalmente a las FAS como militares de carrera, como militares de tropa y marinería y también como militares de complemento».

25 Defensa militar, y uso de la fuerza.

26 En rigor, sólo son funcionarios públicos aquellos empleados o servidores públicos sometidos plenamente al EBEP. Los militares (como miembros de las FAS) son, servidores públicos, personal estatutario de la Administración General del Estado, pero como nos dice Parada Vázquez, constituyen, al igual que otras clases de servidores públicos, un grupo de «empleados públicos estatales con legislación específica». Para este autor, las singularidades del régimen funcional se justifican, en casos (por ejemplo los militares, jueces, magistrados miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o personal del CNI) en la especificidad de las funciones que ejercen, mientras que en otros supuestos responde a «presiones corporativas de los propios cuerpos de funcionarios que así logran un status diferenciado y, de ordinario, privilegiado». Véase Parada Vázquez, R.: *Derecho Administrativo II –Organización y empleo público*, 19ª ed., Madrid, 2007, pp. 436 y ss.

27 Lo subrayado es mío.

A la condición de servidor público del militar también se refiere la LCM en el III del preámbulo al señalar que «quien se incorpore a las FAS adquiere la condición de militar y queda sujeto a un régimen específico. El objetivo es partiendo de un buen ciudadano, acrecentar sus valores como tal durante su permanencia en las FAS, convirtiéndolo en excelente servidor público y hacerlo militar, es decir, depositario de la fuerza y capacitado y preparado para usarla adecuadamente. Aquel a quien se confía el uso de la Fuerza debe adquirir el compromiso de emplearla en la forma y con la intensidad que la Nación, a través de las Cortes Generales y del Gobierno, ordene hacerlo de acuerdo con la CE y el resto del ordenamiento... Por todo ello, desde el momento de su ingreso en las FAS debe cumplir unas reglas de comportamiento que se adquieren con un método continuado de formación y exigencia personal».

28 Preámbulo de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio.

29 Los extranjeros podrán vincularse a las FAS solo si tienen residencia legal en España, y con una relación de servicios profesionales mediante compromisos de carácter temporal como militares de tropa y marinería en los casos y procedimientos que regula la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, y como militares de complemento de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de la Carrera Militar.

30 Art. 3 Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar (BOE núm. 278, de 20 de noviembre).

Pero, ¿Quién es militar profesional?

Si leemos el art. 3 de la Ley de la Carrera Militar, se entienden por militares profesionales a los siguientes:

- Militares de carrera.
- Militares de tropa y marinería.
- Militares de complemento.

Pero existen más militares, aunque los mismos no se consideran profesionales³¹. En este trabajo nos referimos exclusivamente al estatuto jurídico del militar profesional, por lo que solo haremos referencia a los militares que la Ley de la Carrera Militar³² considera como profesionales.

La LCM señala en el apartado 2 del art.3 que «son **militares de carrera**³³ quienes mantienen una relación de servicios profesionales de carácter permanente. Les corresponde asegurar la continuidad y estabilidad de la estructura, el funcionamiento y los valores esenciales de las FAS en el marco constitucional».

El apartado tercero del art. 3 LCM nos dice que «los **militares de complemento**³⁴ son oficiales que establecen su relación de servicios profesionales mediante compromisos de carácter temporal y podrán acceder a la condición de militar de carrera».

3.4 La peculiaridad o particularidad del militar

Si preguntáramos a cualquier persona por la posición del militar respecto al resto de ciudadanos, prácticamente la totalidad de los encuestados nos diría que el militar tiene una posición distinta³⁵ o diferenciada desde un punto de vista sociológico, que se trasladan también al ámbito jurídico.

Esto se debe a una peculiar naturaleza del militar, o como decimos en este apartado, trae causa de la peculiaridad o particularidad del militar.

Este factor se recoge en diferentes textos e incluso en la jurisprudencia del

31 También son militares, adquiriendo esta condición, sin que su vinculación se considere como relación de servicios profesionales los que ingresan con alumnos de los centros docentes militares y los reservistas cuando se incorporen a las FAS.

Los alumnos de los centros docentes militares no profesionales serán aquellos que estén en el periodo de enseñanza de formación.

Los **reservistas** son los españoles que, en aplicación del derecho y deber constitucionales de defender a España, pueden ser llamados a incorporarse a las Fuerzas Armadas para cumplir misiones específicas que se les encomienden. Se regulan en el art. 122 LCM, pudiendo ser estos:

Voluntarios (De entre 18 a 58 años).

Obligatorios: situaciones de crisis (De entre 19 a 25 años).

De especial disponibilidad (una vez finalizado compromiso de larga duración).

32 En adelante LCM.

33 Lo Subrayado es mío.

34 Lo Subrayado es mío.

35 En adelante TC. Según Jiménez Villarejo, tal y como se extrae de un extracto de la STC del siguiente pie de página, el ámbito socio-político en el que actúan los militares y el marco constitucional, son presupuestos imprescindibles para entender la especialidad estatutaria del militar.

Tribunal Constitucional español³⁶, pero a nuestro modo de ver, se expresa de un modo exquisito en la LCM cuando señala que «el objetivo es, partiendo de un buen ciudadano, acrecentar sus **valores**³⁷ como tal durante su permanencia en las Fuerzas Armadas, convertirlo en un excelente servidor público y hacerlo militar, es decir, depositario de la fuerza y capacitado y preparado para usarlo adecuadamente»³⁸.

Como vemos, los valores militares o la ética militar, dan lugar a entender que existe una peculiaridad o particular naturaleza en el militar, a la que se ha referido incluso el Tribunal Constitucional³⁹ cuando señala que «...la **peculiar naturaleza y singulares valores de la organización castrense**⁴⁰, dentro de la que se destaca la condición o *estatus* del militar, como particular manera de ser o de formar muy significativa determinados valores, que no permiten su lesión

sin originar un sensible desvalor, cual sucede con el honor profesional e inmaterial de una institución como la militar que no acepta los móviles que estima deshonorosos ya que inciden en el sistema de disciplina y respecto por el que se rige, y que es preciso reservar...»⁴¹.

Por ello debemos concluir con la idea de que el militar debe dar primacía a los principios éticos, ya que estos responden a una exigencia de la que hacen norma de vida⁴².

4. EL MARCO ESTATUTARIO

El colectivo de las Fuerzas Armadas españolas está sujeto a una potestad normativa de auto-organización singular, que encuentra su fundamento, tal y como refirió el TC español en su sentencia 81/1983, en «la jerarquía y la eficacia necesarias para

36 La STC 107/1986, de 24 de julio, en la que fue ponente de la misma el Sr. Jiménez Villarejo se señala:

Fundamento Jurídico (en adelante FJ) 3º «Por lo que se refiere a la diferencia de tratamiento penal de unos mismos hechos, basado en la permanencia o no de unos determinados colectivos, el legislador podrá, en principio, anudar sanciones distintas a actuaciones similares teniendo en cuenta la diversa naturaleza y funciones de las distintas categorías de órdenes de funcionarios públicos, siempre que tal efectividad sancionadora tenga su fundamento en la voluntad de proteger la peculiaridad de esa naturaleza y funciones, y dentro de los límites de la responsabilidad ya señalados».

FJ 4º «estas consideraciones resultan eminentemente aplicables a los miembros de las Institución militar, a la que la CE, en su art. 8, asigna un conjunto de funciones que sin duda exigen, para su cumplimiento, una específica forma de organización, y un régimen jurídico singular del personal integrado en la Institución. Como consecuencia de ello, el legislador puede introducir determinadas peculiaridades que hallan su justificación en las exigencias de la organización militar en los términos señalados, como ya declaró este Tribunal en su Sentencia 180/1995, de 19 de diciembre, FJ2º».

37 Lo subrayado es mío.

38 Preámbulo de la LCM.

39 En adelante TC.

40 Lo subrayado es mío.

41 Auto del TC 446/1984, FJ 7º.

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

el adecuado cumplimiento de las funciones constitucionales que tiene atribuidas la Administración Militar».

Ese *estatus* o estatuto jurídico se compone, grosso modo, de tres grandes áreas:

- Las reglas de actuación.
- El régimen de personal, que regula todos los aspectos de la denominada «carrera militar».
- El régimen disciplinario y penal, tendientes, a asegurar la observancia y eficacia de las restantes normas estatutarias, sobre todo las que hacen alusión al comportamiento del militar, sea este profesional o no.

La misión y origen del estatuto jurídico del militar se reflejan además del propio texto constitucional, en la Ley Orgánica de Defensa Nacional 5/2005 de 17 de noviembre⁴³.

Las normas de actuación están compuestas por la Ley Orgánica de Derechos y Deberes de las Fuerzas Armadas 9/2011⁴⁴, la LCM y las Reales Ordenanzas de la FAS⁴⁵, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero.

En cuanto al régimen de personal, se encuentra recogido en la LCM y en la Ley

8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marine-ría⁴⁶.

Por su parte, el régimen disciplinario y penal se concentra principalmente en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las FAS 8/2014⁴⁷ y en el Código Penal Militar⁴⁸.

Además existe una multitud de normas complementarias como son, a modo de ejemplos, la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, la LEBEP, la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento de Armas aprobado por Real Decreto 137/1995, la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, la Ley Procesal Militar, el Reglamento de establecimientos disciplinarios militares, etc.

4.1 Antecedentes

La regulación del estatuto jurídico de los militares ha variado profundamente desde sus orígenes hasta los tiempos actuales.

Hoy en España, nos encontramos ante un sistema constitucional que otorga amplios derechos a todos los ciudadanos entre los que se incluyen a los militares.

43 En adelante LODN.

44 Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los miembros de las FAS 9/2011, de 27 de julio (BOE núm.180 de 28 de julio), en adelante LODDFAS.

45 En adelante ROFAS.

46 BOE núm. 98 de 25 de abril. En adelante LTM.

47 Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las FAS (BOE núm. 294 de 5 de diciembre). En adelante LORDFAS.

48 Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar (BOE núm. 296 de 11 de diciembre). En adelante CPM.

Tradicionalmente han existido un conjunto de normas consustanciales al devenir de los Ejércitos españoles. Estas son las Reales Ordenanzas.

Y es que no se pueden comprender valores tales como la disciplina, la jerarquía o la lealtad, sin acudir a estas normas que tradicionalmente fueron otorgadas por los reyes para ejercer un férreo control sobre sus Ejércitos. Son numerosos los ejemplos que a lo largo de la historia de los ejércitos de España podemos encontrar de estas denominadas Ordenanzas, por ello en esta sede entendemos necesario hacer un breve recorrido sobre ellas, pues han de entenderse como elemento introductorio y justificante de la legislación rituarial militar.

Los primeros vestigios de esta regulación ordenancista los encontramos en textos como el Fuero Juzgo⁴⁹, el Fuero Real o las Partidas de Alfonso X⁵⁰.

Posteriormente se elaboran Ordenanzas más propias del colectivo militar, como son:

1. Las otorgadas por los Reyes Católicos en 1503 «... para la buena gobernación de las gentes, de sus guardas, artillería y demás gentes de guerra y oficiales de ella»
2. Las elaboradas por orden del Duque de Alba en 1568, intituladas «Discurso sobre la forma de reducir la disciplina a mejor y antiguo estado»

3. O las promulgadas por el Rey Felipe IV en 1632 y justificadas «... por cuanto la disciplina militar de mis ejércitos ha decaído en todas partes».

Pero, sin duda, las más importantes y longevas (no en vano estuvieron vigentes hasta 1978) fueron las Ordenanzas de Carlos III de 1768, de amplio y variado contenido y cuyo tratado II, por lo que tenía de compromiso moral inalterable, se mantuvo impertérrito al paso del tiempo, siendo de perfecto encaje en nuestros días.

No obstante, tras la promulgación de la CE de 1978 se hacía necesaria una reforma profunda de las normas de conducta de la profesión militar.

Esta quedó plasmada en la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

En ellas se ponía el acento, siguiendo nuestra tradición histórica, en valores como la disciplina, el honor, la lealtad, la eficacia en el servicio y el respeto a la dignidad del hombre y sus derechos inviolables, descansando las garantías para su cumplimiento en los Códigos Penal Militar y Disciplinario Militar.

Sin embargo, después de la aprobación de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar⁵¹, se hace imprescindible actualizar el texto ordenancista, incorporando normas y criterios más acordes con la realidad de la sociedad española, con el

49 Título II, Libro IX del Fuero Juzgo.

50 La Partida II contenía normas y disposiciones sustentadas en la disciplina, como virtud militar.

51 La LCM recogió el mandato dado por el legislador en el art. 20 de la LODN para establecer las reglas esenciales que definen el comportamiento de los militares, que deben ser desarrolladas por Real Decreto. Este Real Decreto no es otro que el que aprueba las nuevas Reales Ordenanzas de las FAS.

escenario internacional en que vivimos y con las misiones de las Fuerzas Armadas, naciendo así las vigentes Ordenanzas aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero.

En todo caso, como se indica en su artículo 1, «constituyen el código de conducta de los militares», definiendo, como antaño, cuales son los principios éticos y las reglas de comportamiento.

Este código deontológico del militar se completa, actualiza y desdobra con la LODDFAS.

4.2 Las reglas de actuación

Al comenzar este epígrafe hicimos referencia a que las normas de actuación están compuestas por la Ley Orgánica de Derechos y Deberes de las Fuerzas Armadas 9/2011, la LCM y las Reales Ordenanzas de la FAS, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero.

A continuación vamos a exponer, brevemente, el contenido de cada una de estas disposiciones normativas.

LODDFAS: Con esta ley, tal y como apostilla el preámbulo de la misma, se

completa el estatuto de los miembros de las FAS, sustentado en «el adecuado equilibrio entre el ejercicio de derechos y la asunción de deberes, para hacer posible el cumplimiento de las misiones de las FAS y la aplicación de eficacia predicable de toda Administración Pública... de especial consideración en el caso del militar que es depositario de la fuerza y debe estar capacitado y preparado para, a las órdenes del Gobierno, usarla adecuadamente»⁵².

De esta forma se da por cumplido lo dispuesto en la Disposición Final Tercera de la LODN, en relación con lo previsto en el apartado IX del preámbulo de la LCM.⁵³

La LODDFAS tiene un objetivo claro, que no es otro que el de regular el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas para los miembros de las FAS, así como sus derechos y deberes de carácter profesional y los derechos de protección social⁵⁴.

Al evolucionar los Ejércitos, modernizándose profundamente y alcanzando con éxito su profesionalización, se consigue con esta norma actualizar el ordenamiento legislativo en la materia, limitando las libertades públicas y los derechos fundamentales de los militares, atendiendo a criterios de

52 Véase Millán Garrido, Antonio: *Justicia Militar*, 9 edición, Ariel Derecho, 2012, pp. 673 y 674.

53 En él se dispone que «la actualización del régimen de personal militar se completará por medio de una ley orgánica de derecho y deberes de los miembros de las FAS en la que se regulará el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, conforme a lo establecido en la CE y sus disposiciones de desarrollo y teniendo en cuenta las exigencias de la condición militar. En ella se incluirá, según las previsiones de la LODN, la creación del Observatorio de la vida militar.

Con el objetivo de profundizar en la definición de los derechos y deberes de los militares y darles un tratamiento coherente, queda reservada a esa ley la regulación de los de carácter profesional y de protección social, así como los cauces de participación».

54 Art. 1 LODDFAS.

proporcionalidad y respeto a su contenido esencial, pero sin que por ello se vea mermada la ejecución de las funciones encomendadas a los servidores castrenses o que puedan encomendarse.

La gran novedad de esta norma es la regulación del derecho de asociación⁵⁵, ya que se regulan las asociaciones profesionales integradas por miembros de las FAS para la defensa y promoción de sus intereses profesionales, económicos y sociales. Para ello se fijan las normas relativas a su constitución, su régimen jurídico y se crea el Registro específico para estas asociaciones en el Ministerio de Defensa.

Otra gran novedad de la LODDFAS es la regulación del Observatorio de la vida militar⁵⁶. La LODN⁵⁷ crea el Observatorio de la vida militar, que es un órgano colegiado, asesor y consultivo con la función principal de analizar cuestiones que afecten el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los miembros

de las FAS, fomentando actuaciones que contribuyan a la mejora de la regulación de la conciliación militar.

En esta sede hablamos de las normas de actuación de los militares, siendo la LODDFAS esencial debido a que recoge, en su Título preliminar, el deber de acatamiento de la CE, y las reglas del comportamiento del militar⁵⁸ en las que nos detenemos.

El apartado primero del art. 6 de la LODDFAS recoge un total de dieciséis reglas de las que podemos destacar por encima de todas; las siguientes:

- La disposición permanente para defender a España (incluso con la entrega de su vida si fuera necesario)⁵⁹.
- Adecuar su comportamiento a las características de las FAS de disciplina, jerarquía y unidad.
- Comportarse en todo momento con lealtad y compañerismo, como expresión de la voluntad de asumir,

55 El Título III de la LODDFAS se dedica a este tema.

El Capítulo primero de este Título regula el régimen jurídico de las asociaciones militares, mientras en el Capítulo segundo se configura el Consejo de Personal como cauce de participación de las asociaciones profesionales.

56 Se regula en el Título V de la LODDFAS, con un total de cuatro artículos en los que determina la naturaleza y objeto de este órgano, funciones, la composición y su funcionamiento.

57 Disposición Final tercera de la LODN.

58 Estas reglas se recogían en el art.4 de la LCM, y se desarrollan reglamentario en las ROFAS (art.6.2 LODDFAS). Estas reglas se desarrollan en las Reales Ordenanzas «con las adaptaciones debidas a la condición militar, la conducta de los empleados públicos», que se contienen en los artículos 52 al 54 LEBEP.

59 La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (sección 6ª) del Tribunal Supremo, de 10 de abril de 2000, nos dice «es cierto que la muerte forma parte de la vida. Pero si esto es así siempre, en caso del militar... pareciera como si ese acontecimiento futuro, incierto por lo que hace al cuándo, pero cierto en cuanto al sí, que es la muerte, pasa a estar en primer plano. Y esto, no tanto porque la muerte pertenece a la naturaleza de las cosas cuanto porque es algo inherente a una profesión como la militar, a la que se accede mediante la superación de durísimas pruebas de selección y de capacitación, y que exige el sometimiento constante a una disciplina, cuyo acatamiento impone, por un lado, la necesidad de estar al día en el dominio de una técnica en constante progreso... y, por otro, la aceptación de un riesgo que no es meramente hipotético sino perfectamente constatado por la práctica».

solidariamente, con los demás miembros de las FAS, el cumplimiento de sus misiones. Cumplir con exactitud sus deberes y funciones.

La LCM: Esta ley es una norma que regula fundamentalmente las cuestiones de personal y gestión de recursos humanos de los miembros de las FAS. Sin embargo, se hace eco de la importancia de las reglas de actuación de los militares en su propio preámbulo cuando nos expresa que «quien se incorpore a las FAS adquiere la condición de militar y queda sujeto a un régimen específico. El objetivo es partiendo de un buen ciudadano, acrecentar sus valores como tal durante su permanencia en las FAS, convirtiéndolo en excelente servidor público y hacerlo militar, es decir, depositario de la fuerza y capacitado y preparado para usarla adecuadamente. Aquel a quien se confía el uso de la Fuerza debe adquirir el compromiso de emplearla en la forma y con la intensidad que la Nación, a través de las Cortes Generales y del Gobierno, ordene hacerlo de acuerdo con la CE y el resto del ordenamiento... Por todo ello, **desde el momento de su ingreso en las FAS debe cumplir unas reglas de comportamiento que se adquieren con un método continuado de formación y exigencia personal**»⁶⁰.

La razón de ello se encuentra en que en su art. 4 se detallaban las reglas esenciales del

comportamiento del militar que más tarde el legislador incorpora a la LODDFAS dando una nueva redacción al art. 4 de la LCM.

No obstante la LCM hace referencia a que las funciones que el militar profesional puede ejercer son operativas, técnicas, logísticas y administrativas en el desempeño de sus cometidos para la preparación y empleo de las unidades militares en cumplimiento de las misiones encomendadas⁶¹.

Las ROFAS: *ut supra* hicimos referencia a la importancia que a lo largo de la historia de nuestros ejércitos han tenido las denominadas ordenanzas militares. Esta denominación no se pierde en nuestra legislación militar patria, ya que se utiliza (basándonos principalmente en la tradición que se pretende preservar en los ejércitos como uno de sus valores) para desarrollar reglamentariamente las reglas de comportamiento que debe tener todo militar.

Por todo ello, las presentes ROFAS, de conformidad con lo previsto por la LODN⁶² como por lo dispuesto en la LCM, conforman un código deontológico, en el que se incluyen y desarrollan los principios éticos y reglas del comportamiento de los militares de acuerdo con la CE y el resto del ordenamiento jurídico, siendo guía de todos los militares para fomentar y exigir el exacto cumplimiento del deber, inspirado en el amor a España, el honor, disciplina y valor⁶³.

60 Preámbulo III de la LCM. Lo subrayado es mío.

61 Art. 19.1 LCM.

62 El art. 20 LODN hace referencia a que una ley ordinaria establecerá «las reglas esenciales que definen el comportamiento de los militares» y habilita al Gobierno para «desarrollar esas reglas en las Reales Ordenanzas para las FAS».

63 Art. 1 ROFAS

Véase a Matamoros Martínez, R: Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en Cuaderno Práctico núm. 3 de la EMEJ, Madrid, 2010, p. 13.

De la lectura de las ROFAS, podemos extraer unos aspectos estructurales (referidos a la proclamación de los deberes, la definición del perfil profesional y el establecimiento de las pautas de actuación del militar) y el contenido funcional (dedicado a implantar unas normas de procedimiento en relación con la actividad específica de las FAS y a detallar las funciones del militar)⁶⁴.

El primer deber que se establece en las ROFAS (como ya se establece en la LODDFAS) es el «derecho deber de defender a España»⁶⁵, incluso con la entrega de la vida si fuera necesario, es sin duda una regla moral o ética, pero para los militares es además un deber jurídico con el estricto respeto a la CE y resto de normas de actuación de los miembros de las FAS.

En esta norma se desarrollan conceptos y valores como la disciplina⁶⁶, el estricto respecto al orden jerárquico⁶⁷, la lealtad⁶⁸ y compañerismo⁶⁹, la competencia profesional⁷⁰, exacto cumplimiento de las obligaciones propias⁷¹. Y se hace referencia a expresiones fundamentales como es el espíritu militar⁷².

El militar debe en todo momento mostrar el máximo respeto hacia los símbolos de España⁷³, observar y exigir los signos externos de disciplina y cortesía militar⁷⁴, mantener la debida discreción respecto de los datos e informaciones de carácter oficial⁷⁵, reaccionar ante las novedades o irregularidades⁷⁶, ser respetuoso con las autoridades civiles⁷⁷, fomentar las relaciones con la población civil⁷⁸, conservar y transmitir

64 Matamoros Martínez, R: Las Reales Ordenanzas para...Ob. Cit., p. 13.

65 Ya se hace referencia a ello en la propia CE, en concreto en su art. 30.

66 Art. 8, 44 ROFAS, que se manifiesta por ejemplo en el saludo (art. 52 ROFAS), el mando (art. 52 ROFAS), y que es «factor de cohesión en las FAS».

67 Art. 9 ROFAS.

68 Art. 10 ROFAS. Concebida como «cualidad de guardar fidelidad a personas e instituciones». Fontenla Ballesta, F y Otros: «Diccionario Militar Moderno», 2ª edición, Ministerio de Defensa-UNED, 2006.

69 Art. 10 ROFAS.

70 Art. 25, 26, 128, etc., de las ROFAS.

71 Art. 14, 15, 17, 19, 20 y 22 ROFAS.

72 «El militar cuyo propio honor y espíritu no le estimulen a obrar siempre bien, vale muy poco para el servicio; el llegar tarde a su obligación, aunque sea de minutos; el excusarse con males imaginarios o supuestos de las fatigas que le corresponden y el contentarse regularmente con hacer lo preciso de su deber, sin que su propia voluntad adelante cosa alguna, son pruebas de gran desidia e ineptitud para la carrera de las armas».

73 Art. 6 ROFAS.

74 Art. 52 ROFAS.

75 Art. 33 ROFAS.

76 Art. 37 ROFAS.

77 Art. 37 ROFAS.

78 Art. 32 ROFAS.

las tradiciones militares⁷⁹, respetar a los militares retirados⁸⁰, procurar la conciliación de la vida personal y profesional⁸¹, prestar atención al cuidado de la salud⁸².

En el ámbito profesional cumplirá los deberes del servicio⁸³, poniendo el mayor cuidado en el manejo y uso de armas⁸⁴, informará con claridad sobre los asuntos del servicio⁸⁵, cuidará el material e instalaciones⁸⁶, respetará al personal de servicio⁸⁷ y corregirá adecuadamente las infracciones⁸⁸.

4.3 El régimen de personal

Este se encuentra recogido en la LCM y en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería (LTM).

Al respecto es preciso dejar constancia del gran número de personal que presta sus servicios en las FAS, ya que no existe

ninguna empresa española, ni departamento ministerial que tenga mayor volumen de personal que el que forma parte de las FAS⁸⁹.

Por ese elevado número de personal, y debido a las funciones y misiones de las FAS, la gestión de los recursos humanos, y por tanto del régimen de personal adquiere una gran importancia.

La LCM, regula los aspectos del régimen de personal entendido este como el conjunto sistemático de reglas relativas al gobierno y ordenación de los recursos humanos, para que las FAS estén en las mejores condiciones de cumplir las misiones constitucionalmente asignadas y las previstas en la LODN⁹⁰. Este es el objeto principal de la ley, junto con la regulación de la carrera militar⁹¹. Así, se pretende asegurar la calidad del personal de las FAS en la que los recursos humanos son un factor esencial y determinante.

79 Art. 21 y 23 ROFAS.

80 Art. 115 ROFAS.

81 Art. 39 ROFAS.

82 Art. 40 ROFAS.

83 Art. 14, 16 y 17 ROFAS.

84 Art. 42 ROFAS.

85 Art. 34 ROFAS.

86 Art. 43 ROFAS.

87 Art. 50 ROFAS.

88 Art. 26 ROFAS.

89 La LCM, en su preámbulo IV, se hace referencia al número de efectivos, fijando una horquilla de entre ciento treinta mil y ciento cuarenta mil militares, «resultando de compaginar las necesidades del planeamiento militar con la realidad demográfica y social de nuestro país, así como del adecuado equilibrio presupuestario».

90 Preámbulo II de la LCM.

91 Según el art. 1.1 de la LCM «Esta ley tiene por objeto regular el régimen del personal militar profesional y, específicamente, la carrera militar y todos aquellos aspectos que la conforman. Asimismo, regula la aportación adicional de recursos humanos a las Fuerzas Armadas. Todo ello con la finalidad de que estén en condiciones de cumplir las misiones definidas en la Constitución y en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional».

La razón de esta norma, debemos de buscarla en que dentro del marco normativo de la defensa, se ha hecho necesaria actualizar la regulación de los distintos recursos de la defensa surgidos por los grandes cambios políticos y sociales de las últimas décadas y a la evolución del escenario internacional en la que España no es ajeno como consecuencia de su posición y a la dinámica globalizadora en que nos encontramos, que hace necesario adaptar los recursos de personal a los nuevos tiempos.

Es por ello que el régimen de personal ha evolucionado significativamente en el ámbito castrense y las nuevas normas de personal son consecuencia de ello.

La Directiva de Defensa Nacional de 30 de diciembre de 2004 presta gran atención a los recursos humanos para desarrollar un modelo realista de profesionalización, con calidad, y que atraiga a los ciudadanos al ejercicio profesional en el seno de las FAS.

Así, la LCM procede a regular los aspectos más importantes del régimen de personal, con el objetivo de que las FAS estén en las mejores condiciones de cumplir las misiones constitucionalmente asignadas y las previstas en la LODN, para asegurar la calidad del personal de las FAS en las que

los recursos humanos son esenciales y determinantes.

El propio Preámbulo de la LCM⁹² señala que la «Carrera militar⁹³ a la que se accede tras haber cursado la enseñanza de formación en un sistema específico de las FAS, cada vez más integrado en el sistema educativo general, y que queda definida por la ocupación de diferentes destinos, por el ascenso a los sucesivos empleos y por la progresiva capacitación para puestos de mayor responsabilidad, combinando preparación y experiencia profesional», carrera militar que se desarrollará en una estructura de cuerpos y escalas, de manera que el que se incorpora a las FAS adquiere la condición de militar y queda sujeto a un régimen específico⁹⁴.

De la lectura de la LCM, extraemos una estructura compleja que comienza por determinar quién tiene la competencia en materia de personal en las FAS⁹⁵, y continua con los efectivos, plantillas y provisión de plazas⁹⁶.

Posteriormente el Título III de esta disposición normativa se refiere a los encuadramientos, en los que se tratan temas tan importantes como son las funciones del militar⁹⁷, las categorías y empleos militares⁹⁸, los cuerpos y escalas⁹⁹ o las especialidades y capacidades profesionales.

92 Preámbulo II.

93 La carrera militar podemos entenderla como el acceso gradual y progresivo a los diferentes empleos que facultan para desempeñar los cometidos en los destinos de la estructura orgánica y operativa de las FAS.

94 El propio del militar, es decir, queda sujeto al estatuto jurídico del militar o de los miembros de las FAS.

95 Art. 8 a 15 LCM.

96 Art. 16 a 18 LCM.

97 Art. 9 LCM.

98 Art. 20 y ss. LCM.

99 Art. 25 y ss. LCM

La enseñanza militar es tratada con gran detalle por esta ley, ya que es una de las cuestiones capitales en las FAS, pues con un buen modelo de enseñanza se garantizará una buena formación¹⁰⁰ y un buen sistema de perfeccionamiento¹⁰¹ tendente a alcanzar la excelencia de los recursos humanos en el ámbito castrense.

También se regulan los mecanismos de evaluación¹⁰² y ascenso¹⁰³, la ocupación de los diferentes destinos¹⁰⁴, y las situaciones administrativas¹⁰⁵, intentando incorporar a todo el régimen de personal militar los principios y normas de la Administración General del Estado.

En cualquier caso es importante destacar que todas estas cuestiones son desarrolladas por normativa reglamentaria.

La LTM, supuso la consolidación de la plena profesionalización en las FAS, y que los soldados y marineros pudieran gozar de una prolongada relación temporal en las FAS, junto con un amplio abanico de

salidas laborales y facilidades para el acceso a las Administraciones Públicas.

4.4 El régimen disciplinario y penal

El régimen disciplinario y penal se establece para asegurar la observancia y eficacia de las restantes normas estatutarias, sobre todo las que hacen alusión al comportamiento del militar, sea éste profesional o no.

La **Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas**¹⁰⁶, supone a la adaptación plena del régimen disciplinario a las distintas normas estatutarias del militar¹⁰⁷. La finalidad de esta norma no puede ser otra que la de garantizar la observancia de las reglas de comportamiento de los militares y, en particular, la disciplina, la jerarquía y la unidad¹⁰⁸.

Con ella se persigue el equilibrio entre las garantías básicas del infractor y las prerrogativas de la Administración, sin olvidar

100 Con esta ley la enseñanza militar experimenta una gran reforma, sustentada en la exigencia, siendo requisito para ser oficial obtener un título de grado universitario, y para ser suboficial una titulación de formación profesional.

101 La enseñanza de perfeccionamiento tratará no solo de actualizar conocimientos, si no de que adquieran los títulos y especializaciones necesarias para adaptar o reorientar los perfiles profesionales.

102 Art. 85 y ss. LCM.

103 Art. 88 y ss. LCM.

104 Art. 99 y ss. LCM.

105 Estas se adaptan, en lo posible, al estatuto básico del empleado público, aunque se mantiene la reserva como situación específica. Se regula a partir del art. 107 y ss. LCM.

106 BOE núm. 294, de 5 de diciembre de 2014. En adelante nos referiremos a ella como la LORDFAS.

107 En cuanto a los antecedentes a la actual LORDAS, es importante resaltar que esta es la tercera norma disciplinaria castrense que se aprueba en la última etapa constitucional.

108 Art. 1 LORDFAS.

que la atribución de la potestad disciplinaria se justifica como salvaguardia del interés público y defensa de los valores esenciales de las FAS¹⁰⁹.

Las dos grandes novedades de esta ley son la incorporación de la sanción económica de pérdida de retribuciones durante un periodo de tiempo sin perjuicio de seguir prestando sus servicios el sancionado y la ampliación del elenco de faltas disciplinarias tipificadas para adecuarla a la LODDFAS.

Esta nueva norma disciplinaria supone un avance de técnica legislativa en la redacción de la misma y la adaptación plena del procedimiento sancionador a las garantías constitucionales¹¹⁰.

El **Código Penal Militar**, es el último instrumento existente para garantizar la observancia y eficacia de las misiones y funciones de los militares, fiel al principio de «*ultima ratio*» predicable del Derecho Penal.

Se trata de un código complementario del Código Penal Común, con las especialidades necesarias para el ámbito castrense. En él se recogen delitos estrictamente militares, como por ejemplo el insulto a un superior o el abandono de destino.

CONCLUSIONES

1. Los militares, debido a su posición, están obligados a una relación de sujeción especial con respecto a la

Administración, y que implica una limitación de derechos, para, así satisfacer los intereses encomendados, que devienen implícita o explícitamente de la CE.

2. Los militares no son funcionarios públicos, sino empleados o servidores públicos ya que están reconocidos en un precepto constitucional distinto al de los funcionarios públicos y con unas funciones diferenciadas.
3. El militar tiene unos valores y una ética peculiar al del resto de ciudadanos, debido a que durante su pertenencia a las FAS se acrecientan sus valores para convertirlo en excelente servidor público.
4. Por la exigencia de cumplir las funciones constitucionalmente asignadas a las FAS y otras previstas en la LODN, el militar tiene un régimen jurídico propio, su estatuto.
5. Ese estatuto ha sido objeto de reforma en los últimos años para adecuarlo a la nueva realidad y tiempos fundamentalmente en las áreas:
 - a) Reglas de actuación. Con la LODDFAS y las ROFAS.
 - b) Régimen de personal. Con la LCM y la LTM.
 - c) Régimen disciplinario y penal, para corregir el incumplimiento principalmente de las reglas de actuación.

109 Así lo expresa la propia LORDFAS en su Preámbulo.

110 Esto queda claramente manifestado en la redacción de las faltas disciplinarias previstas en los art. 6 y ss. de la LORDFAS y en los procedimientos para la imposición de una sanción disciplinaria por falta leve (art. 46 y 47 LORDFAS) y grave y muy grave (art. 48 y ss. LORDFAS).

BIBLIOGRAFIA

- ALLI TURILLAS, J.C.: *El soldado profesional, estudio de su estatuto jurídico*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- ALLI TURILLAS, J.C.: *La profesión militar*, INAP, Madrid, 2000.
- ALMIRANTE, José: *Diccionario Militar* (Volumen II), Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, Madrid. Reimpresión del 2002.
- BARRANCO VELA, Rafael (Dir.) y Bombillar Sáenz, F. M (Coor.): *La carrera horizontal, el Estatuto Básico del Empleado Público, situaciones administrativas y otras cuestiones en la Ley de la Carrera Militar*. d-estante, Granada, 2012.
- CÁMARA VILLAR, Gregorio: «Las relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales», en Miguel Ángel Aparicio (Coord.), *Derechos Constitucionales y Formas Políticas (Actas del Congreso sobre Derechos Constitucionales y Estado Autonomico)*, Cedecs, Barcelona. 2001.
- CARRIÓN MOYANO, E.: «El militar como funcionario público», *Revista Española de Derecho Militar* núm. 18, Madrid, 1964.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho», *Revista de Administración Pública* núm. 34. Año XII, enero-abril 1961 (reimpresión octubre 1972), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972.
- GARCÍA MACHO, Ricardo: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*. Tecnos S.A. Madrid, 1992.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki: *Las relaciones de sujeción especial*, Editorial Cívitas S.A. Madrid, 1994.
- MATAMOROS MARTÍNEZ, R.: «Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas», en *Cuaderno Práctico núm. 3 de la EMEJ*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010.
- MILLÁN GARRIDO, Antonio: *Justicia Militar*, 9 ed., Ariel Derecho, Barcelona, 2012.
- PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo II –Organización y empleo público*, 19ª ed., Madrid, 2007.

Antonio Millán Garrido¹

LA DESERCIÓN:

UN ESTUDIO MINUCIOSO SOBRE EL CRIMEN MILITAR POR EXCELENCIA²

Hace ya trece años, en la *Revista Española de Derecho Militar* [núm. 82 (2003), pp. 423-427], di cuenta de los *Comentários ao Código Penal Militar* de Jorge Cesar de Assis, entonces editado en dos partes (general y especial) y que, desde la 5.^a edición (2004), se publica en un extenso y cuidado único volumen que, en su última versión, alcanza 831 páginas (cfr. 6.^a edición, Juruá Editora, Curitiba, 2007, reimpresso en 2008).

En dicha reseña advertía –y es algo en lo que debo insistir ahora– de la escasa atención que, entre los estudiosos foráneos, se ha dispensado a la doctrina jurídico-militar brasileña, pese a sus constantes aportaciones, muchas de ellas de meritorio interés y significativo valor. Asimismo, destacaba la encomiable labor que, desde Brasil, desarrolla la Asociación de Magistrados de Justicias Militares Estatales (y, en el plano supranacional, la Asociación Internacional de las Justicias Militares) en orden al estudio

1 **Antonio Millán Garrido** es Doctor en Derecho y diplomado en Derecho Penal Militar por la Escuela de Estudios Jurídicos, es catedrático de la Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de Jerez de la Frontera (Universidad de Cádiz). Fue Oficial del Cuerpo Jurídico Militar (1975-1986), llegando a ostentar el grado de Comandante Auditor. Es autor de varios libros sobre Derecho Militar, Derecho Deportivo y otras materias afines; dirige la Colección de Derecho Deportivo de la Editorial Reus, Presidente de la Asociación Española de Derecho Deportivo y miembro del Consejo Asesor de IUSPORT; es profesor honorario de varias universidades peruanas y académico de número de la Real Academia de San Dionisio de Ciencias, Artes y Letras, entre muchas otras distinciones.

2 El título en portugués es: “Deserção. Um estudo minucioso sobre o crime militar por excelencia”

y conocimiento del Derecho castrense y, especialmente, a su difusión, a través de tres publicaciones periódicas: el *Jornal da AMAJME* (boletín que, en diciembre de 2015, alcanzó el número 119), *Direito Militar* (revista bimensual, ISSN 1981-3414, cuyo último número, correspondiente a noviembre-diciembre de 2015, fue el 116) y *Humanitas et Militaris* (ISSN 1981-822X, fundada en 2003 y cuya última entrega, la novena, corresponde a 2014).

En definitiva y a diferencia de lo que acontece en otros países, el Derecho militar constituye en Brasil un emergente sector del ordenamiento jurídico cuyo estudio da lugar a la continuada aparición de obras específicas, algunas de las cuales merecen trascender de su ámbito propio y originario.

Es el caso de la reciente obra colectiva: “*Deserção. Um estudo minucioso sobre o crime militar por excelência*”, cuyo coordinador es Jorge Cesar De Assis (Juruá Editora, Curitiba, 2015, 336 páginas), aparecida en el segundo semestre de 2015 y con la que Juruá Editora, que lleva años publicando trabajos de esta disciplina, inicia una específica Biblioteca de Estudios de Derecho Militar, en cuyo Consejo Asesor figuran prestigiosos especialistas como Getúlio Corrêa, presidente de la Asociación Internacional de las Justicias Militares, o Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, magistrada y primera mujer en alcanzar la presidencia del Superior Tribunal Militar brasileño.

Coordinador de la Biblioteca y de este su primer título es Jorge Cesar de Assis, en mi opinión el autor más prestigioso por el momento en la doctrina jurídico-militar brasileña. El Dr. De Assis es, desde hace cuarenta años, miembro del Ministerio

Público, desempeñando actualmente la jefatura de la Procuraduría de Justicia Militar en Santa María (Rio Grande do Sul). Estudioso, articulista, conferenciante, cuenta con más de un centenar de publicaciones entre las que cabe destacar, además de los referidos –y, en su momento, recensados– *Comentários ao Código Penal Militar*, un completo *Curso de Direito Disciplinar Militar* (2.ª edición, Juruá Editora, Curitiba, 2009, 503 páginas), su muy útil manual *Direito Militar* (2.ª edición, Juruá Editora, Curitiba, 2007, 271 páginas) o unas pedagógicas *Lições de Direito para a atividade das Polícias Militares e das Forças Armadas* (6.ª edición, Juruá Editora, Curitiba, 2005, 271 páginas).

Ahora nos aporta este estudio sobre la desertión, en el que son coautores Abelardo Júlio da Rocha, Cicero Robson Coimbra Neves, Rejane Batista de Souza Barbosa y Ronaldo João Roth, todos ellos expertos en Derecho militar con reconocidas publicaciones anteriores.

En la presentación de la obra, J. C. de Assis destaca el carácter propiamente militar de la desertión y los complejos problemas que plantea en el ordenamiento jurídico brasileño este delito, cuya relevancia criminológica se acentúa en los sistemas con servicio militar obligatorio, como es el caso de Brasil, si bien debe advertirse por mi parte que, en la práctica, este servicio (de doce meses en el Ejército de Tierra, veinticuatro en la Fuerza Aérea y treinta y seis en la Marina) no lo cumple más que una minoría de varones brasileños, pues quedan dispensados, entre otros, quienes dispongan de trabajo estable, estén admitidos en centros de estudios universitarios o aduzcan razones de salud, lo que comporta que el servicio militar, de hecho, lo

realiza en Brasil menos del 10% de los ciudadanos.

Por otra parte, debe significarse que el ordenamiento brasileño mantiene una conformación formalista –objetivista– de todas las infracciones de ausencia, incluida la deserción, similar a la existente en el Derecho español hasta 1991 y a la que rige en la mayoría de países latinoamericanos. Ello obliga a un análisis detenido de la naturaleza del *plazo de gracia*, de su cómputo, de la condición instantánea o permanente del delito, de su prescripción... Estos son, sin duda, los temas más interesantes de los tratados en esta obra.

El capítulo I se ocupa de los *aspectos administrativos del delito de deserción* y corre a cargo del abogado Abelardo Julio da Rocha, quien comienza delimitando la deserción propiamente dicha de la ausencia o la no incorporación al servicio, con una precisa referencia al cómputo del plazo de ocho días que determina la consumación del delito y a la presentación del ausente en una Unidad distinta, tras lo cual se ocupa de cuestiones básicamente administrativo-procedimentales (partes de ausencia, inventario de bienes, incoación de procedimiento previo, diligencias para localización del ausente, publicaciones, particularismos en el tratamiento de la deserción de oficiales, situación del imputado...) para terminar con las consecuencias administrativas de las condenas por delito de deserción.

Es, sin duda, el capítulo II el que ofrece mayor interés, al centrarse en los *aspectos* (estrictamente) *penales del delito de deserción*, correspondiendo su autoría al propio Jorge Cesar de Assis, quien comienza con un breve análisis comparatista en el que expone el concepto y significación de este

delito en las legislaciones brasileña, peruana, portuguesa, española y argentina. Sigue una reseña histórico-evolutiva de la deserción, que da paso a la delimitación del delito estudiado de otros en los que incurre el emansor o el transfuga, figuras afines, pero no exactamente coincidentes en los distintos sistemas normativos.

Tras la básica distinción entre la deserción en tiempos de paz y aquella que se comete durante el conflicto armado, J. C. de Assis aborda los temas dogmáticos más relevantes de la deserción, comenzando por su naturaleza jurídica. Sostiene, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, que la deserción es un delito formal o de mera actividad, que se consuma con la simple ausencia sin autorización durante el plazo marcado por la ley. Es, en su opinión, un delito permanente, en el sentido de que, tras su consumación, permanece el deber del desertor de reincorporarse a las fuerzas armadas. En tanto tal reincorporación no se produzca (bien por una presentación voluntaria, bien por la aprehensión del desertor), se mantiene un estado antijurídico, que se concreta en una continuada lesión del bien jurídico protegido (el servicio militar), cuya cesación depende del propio sujeto.

Sigue el examen de los elementos –objetivo y subjetivo– del delito en las distintas modalidades típicas previstas en la legislación brasileña, con un análisis específico del error de hecho y del error de prohibición, que pueden concurrir y serán relevantes siempre que el delito no se haya consumado. Advierte J. C. de Assis –reproduciendo lo afirmado por mí hace treinta y cinco años– cómo el error será, sin embargo, en muchos supuestos de deserción, un error vencible, que el sujeto habría podido evitar de prestar la diligencia debida al llamamiento, a

los límites de la autorización y, en general, a cuantos elementos constituyen el propio deber militar.

Particular interés ofrecen en la deserción los caracteres negativos del delito, esto es, las causas de justificación y de exculpación. De ellas, se analizan, de forma sucinta pero con rigor, la fuerza irresistible, la obediencia debida, el estado de necesidad exculpante y las causas supraleales de exclusión de la culpabilidad (cláusula de conciencia, desobediencia civil, conflicto de valores...). Al respecto, sostiene J. C. de Assis la necesidad de que el alistado alegue la objeción de conciencia en el momento adecuado (el previsto en la ley), toda vez que, tras la incorporación al servicio militar, tal alegación (objeción de conciencia sobrevenida) carece de reconocimiento y efectividad y no exime del deber de presencia en las fuerzas armadas.

Dentro de los elementos accidentales del delito, se ocupa J. C. de Assis de las atenuantes y agravantes específicas, para concluir con algunas referencias a cuestiones relevantes de autoría y participación en las diversas formas de deserción.

En el capítulo III, el también miembro del Ministerio Público Cícero Robson Coimbra Neves estudia *la prescripción en el delito de deserción*. Y parte para ello del concepto mismo de prescripción y sus modalidades en la legislación brasileña, con análisis específico del modelo adoptado por el Código penal militar para la prescripción del delito contemplado. Se plantea el autor –y es el punto básico de su estudio– si es posible conciliar la regla general con la particular prevista para la deserción, cuyo mantenimiento no le parece fácil de justificar. El capítulo concluye con nuevas reflexiones sobre la naturaleza instantánea o

permanente de la deserción y su incidencia en la prescripción del delito.

En el capítulo IV, el juez militar Ronaldo João Roth trata las *cuestiones procesales del delito de deserción*, muchas de las cuales presentan una especificidad normativa derivada de la singularidad de este tipo de infracciones de ausencia. Se ocupa el autor, sucesivamente, de la prisión preventiva del desertor, del procedimiento, tanto en fase policial como en sede judicial, de las condiciones de procedibilidad y perseguibilidad, de la situación del procesado que vuelve a desertar y, finalmente, de la sentencia, con una referencia acerca de la aplicación supletoria del Código penal común en la determinación del régimen inicial de cumplimiento y/o la sustitución por una pena alternativa. Las distintas cuestiones son analizadas con detenimiento y con un adecuado manejo de los referentes doctrinales y, sobre todo, de la extensa bibliografía utilizada.

El capítulo V y último de la obra, trata de la *ejecución de la pena en el delito de deserción*. En él, la también miembro del Ministerio Público Rejane Batista de Souza Barbosa, comienza con un análisis general de la pena privativa de libertad, en el que pasa revista a las teorías retributivas, a las preventivas y a las mixtas, así como al sistema seguido en el Derecho penal brasileño, centrándose después en sus principios (dignidad, humanidad de las penas e individualización). Tras este análisis introductorio, la autora se centra en la deserción y en la ejecución de la pena impuesta por este delito con un excelente manejo de la jurisprudencia y un detenido estudio de las posibles objeciones de legalidad e, incluso, de constitucionalidad en el propio régimen de cumplimiento.

Concluye así una obra bien concebida, que será extraordinariamente útil en Brasil, donde servirá para resolver muchas de las cuestiones, teóricas y prácticas, que suscita la desertión. Asimismo, este trabajo doctrinal colectivo resultará de interés en otros países, especialmente en aquellos que mantienen una conformación

normativa objetivista de este delito. En definitiva, una meritoria obra por la que cabe felicitar a sus autores y, especialmente, a su coordinador, el Dr. Jorge Cesar de Assis, así como a la Editorial Juruá que, con este título, contribuye de nuevo al impulso y divulgación del Derecho militar brasileño.

LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR POLICIAL

1. EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Resulta fundamental ahondar en la manera en que puede “leerse” en clave constitucional la realidad histórica y a la vez necesaria de la jurisdicción militar.

La inclusión en la Constitución (artículo 139, inciso 1) de jurisdicción militar nos da la primera clave de comprensión: la imposibilidad de su supresión por medio de leyes ordinarias. La jurisdicción militar se erige, así, como una institución constitucionalmente garantizada, en la medida en que ha sido prevista por el constituyente, lo cual comporta un límite imposible de sobrepasar por el legislador ordinario. De este modo, cualquier intento de desconocimiento de la existencia de la jurisdicción militar o, lo que es lo mismo, su desaparición como jurisdicción, está destinada al fracaso por incompatible con la Constitución.

Es preciso reconocer que la incorporación y existencia de la jurisdicción militar en el entramado constitucional, supuso en el momento

1 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.

constituyente un problema. Para nadie es desconocido que la jurisdicción militar ha estado en el pasado en las antípodas de lo que en el mundo se conocía como Estado de Derecho y por ende del constitucionalismo. No es menester recalcar en esta parte, porque ya se ha hecho, el papel de legitimador judicial de la política estatal que la jurisdicción militar ha jugado en la historia española. De allí que el problema principal fue, desde la propia entrada en vigencia de la Constitución de 1979, y continúa siéndolo hoy, como tendremos oportunidad de ver, conciliar de un lado la impronta democrática que recoge nuestra norma fundamental, con la histórica tradición autoritaria del accionar de la jurisdicción militar que ha tenido en el pasado.

En palabras de Ascencio Mellado:

“La jurisdicción militar constituye el paradigma de la unión imposible de dos instituciones incompatibles entre sí (...), diametralmente opuestas (...). El ejército, configurado alrededor de la disciplina, de la dependencia jerárquica y sometida en su actuación a los dictados del Poder Ejecutivo, del cual depende. La jurisdicción, poder del Estado, caracterizado por la independencia, la imparcialidad y estructurado competencialmente al margen de cualquier tipo de criterio jerárquico”².

Por ello, el reconocimiento constitucional de la jurisdicción militar implicó la inmediata tarea de imponer límites a lo que antes se había caracterizado por su

expansividad. Sin embargo, como es propio de las organizaciones tradicionales, los cambios no pueden ni deben ser bruscos. De allí que la reticencia para aceptar el influjo constitucional en la jurisdicción militar sea comprensible en el momento inicial de la regulación legal emprendida a finales del siglo pasado. Pero por lo mismo, es momento de que tanto los actores, como los cuerpos armados y la sociedad en su conjunto, así como la clase política, la encargada de realizar las reformas pertinentes en el sistema jurídico, tomen conciencia que se hace necesario, en la hora actual, consolidar los principios constitucionales en la jurisdicción militar y que ello debe hacerse bajo un solo modelo, una única posibilidad fuera de la cual se tendrá, de pervivir la situación actual, una flagrante inconstitucional que solo esgrime justificaciones inválidas para mantenerse en vigencia.

2. LA MIRADA PROCESALISTA-CONSTITUCIONALISTA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

La preocupación sobre el carácter inconstitucional de la jurisdicción militar ha sido constante en la doctrina procesalista y constitucionalista peruana. Hay varios cultores que de manera específica, mediante monografías o artículos de investigación, se han dedicado especialmente a la cuestión de cómo dotar de contenido democrático a la regulación de la jurisdicción militar que el legislador debe realizar, especialmente de

2 J. M. ASCENCIO MELLADO, “Prologo”, DOIG DÍAZ, Y., Jurisdicción militar y Estado democrático: garantías constitucionales y organización judicial, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2003, p. 15.

cara a la inexistencia de datos dejados por los constituyentes.³

En las líneas que siguen daremos cuenta de la posición que ha tenido mayor arraigo entre los académicos desde las ópticas procesal y constitucional.

Canosa Usera ha señalado que pueden ser concebidos hasta tres modelos de jurisdicción militar, a saber: a) el modelo tradicional o de separación; b) el modelo de incorporación en la jurisdicción ordinaria; y, c) el modelo de vigencia exclusivamente en tiempos de guerra⁴.

El modelo tradicional, según este autor, sería el existente en España hasta antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1978 y estaría caracterizado por:

- a) Unidad de mando y 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,
- d) Plenitud de competencia de los jueces militares no solo en la esfera penal, también en la civil e incluso en la administrativa⁵.

Por su parte, el modelo de la incorporación supone la asimilación de la justicia militar al Poder Judicial “y convertirla en un orden más del mismo, especializada, no especial, en su propio ámbito”⁶.

3 Los principales estudios e investigaciones en materia de jurisdicción militar en el Perú entre otros son: S. ABAD YUPANQUI, “Garantías Constitucionales: delimitando las fronteras de la justicia militar”, en Debate Defensorial. Revista de la Defensoría del Pueblo, núm. 1, Lima, setiembre de 1998; E. BERNALES BALLESTEROS, Comentarios a la Constitución Política del Perú, RAO, Lima, 1999; G. ETO CRUZ, La Justicia militar en el Perú, Editora Nuevo Norte, Trujillo, 2000; G. ETO CRUZ, C. LANDA ARROYO y J. F. PALOMINO MANCHEGO, “La Jurisdicción militar en el Perú”, en G. BIDART CAMPOS y J. PALOMINO MANCHEGO, (coordinadores), Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica, Libro Homenaje a Domingo García Belaunde, Lima, Grijley, 1997; D. GARCÍA BELAUNDE, “La Jurisdicción militar en América Latina: la unidad de jurisdicción en algunos países del área”, en Revista Jurídica del Perú. Año XLVII, núm.13, Editorial Normas Legales, Trujillo, octubre-diciembre 1997; J. HURTADO POZO, (Director) y Y. DOIG DÍAZ, (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: J. M. ASENSIO MELLADO, “Reflexiones en torno al proceso penal militar peruano. Un proceso inquisitivo”; Y. DOIG DÍAZ, “La Justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción en la reforma del derecho penal militar”; I. MEINI, “Observaciones en torno a la parte General del Código de Justicia Militar”; R. C. PEREIRA CHUMBE, “Evolución legislativa de la Justicia militar en el Perú, la Reforma del Derecho Penal Militar”; P. SÁNCHEZ VELARDE, “El Ministerio Público en la Justicia Militar”; C. RIVERA PAZ, Justicia Militar y Derechos Humanos, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2001; L. SÁENZ DÁVALOS, “Jurisdicción común vs. Jurisdicción militar: Reflexiones sobre la controversia funcional”, en Lecturas sobre Temas Constitucionales 15, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1990; C. SAN MARTÍN CASTRO, “Apuntes en torno a la Jurisdicción castrense”, en Revista Jurídica del Perú, año LII, núm. 37, Trujillo, agosto 2002.

4 CANOSA USERA, Raúl, “Configuración constitucional de la jurisdicción militar”, en Poder Judicial, núm. 34, Madrid, 1994, pp. 13 y 14.

5 CANOSA USERA, “Configuración constitucional de la jurisdicción militar”, op. cit, p. 10.

6 R. CANOSA USERA, “Configuración constitucional de la jurisdicción militar”, op. cit, p. 14.

Finalmente, el modelo de vigencia exclusiva en tiempos de guerra comporta “suprimir la jurisdicción militar en tiempos de paz y conservarla solo en caso de guerra, cuando fuera declarado el estado de sitio”⁷.

Así, el mencionado autor entiende que cualquiera de estos modelos son acordes con la Constitución, reconoce también que cada uno de ellos lo es de distinta intensidad, decantándose posteriormente por el segundo de los modelos mencionados, al igual que lo hacen el resto de autores que conforman lo que hemos denominado la doctrina constitucionalista-procesalista de la jurisdicción militar. En su opinión, solo la incorporación plena de la justicia militar al ámbito del Poder Judicial puede ser acorde con la Constitución. Para demostrar ello es necesario, como paso fundamental, interpretar el enunciado del artículo 139, inciso 1, cuyo texto es el siguiente:

“[...] Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”.

Durante el trámite de aprobación de este artículo no hubo debate alguno; por el contrario, permaneció estable durante todo el proceso parlamentario, sin sufrir enmiendas.

Pero, ¿de qué manera debe interpretarse el artículo 139.1 de la Constitución Política de 1993? Una primera aproximación nos permite advertir la ubicación del reconocimiento de la jurisdicción militar en el conjunto de normas de la Carta de 1993. En efecto, debe apreciarse que se encuentra dentro del Capítulo VIII, referido *in toto* al Poder Judicial.

Ello no significa que automáticamente, y por su sola ubicación dentro del acápite de la Constitución referido a la jurisdicción ordinaria, deba concluirse que la llamada jurisdicción militar ha de encontrarse siempre dentro del Poder Judicial y constituir, consecuentemente, solo un orden jurisdiccional, al igual que el civil, penal, contencioso administrativo, etc.

Al contrario, juega en contra de tal pretensión, la circunstancia de que el constituyente haya hecho referencia expresa a la existencia de una “jurisdicción militar”, lo que quiere decir, en pocas palabras, que existe una jurisdicción distinta a la ordinaria. De otro modo, podría argumentarse, no se entendería que haya hecho mención a la existencia de una jurisdicción militar, y precisamente para asegurar su existencia, si el constituyente únicamente hubiera querido asegurar una especialización de la justicia ordinaria; por lo demás, carecería de sentido pretender ello y no prever lo mismo para las otras especializaciones, pues de aquellas otras no se hace mención y menos aún denominándolas u otorgándoles el título de jurisdicción.

7 Ibidem

Sin embargo, no por esto debe concluirse, sin más, que nos encontramos ante la verificación de la necesaria existencia de una jurisdicción militar separada de la ordinaria. Basta ver, adicionalmente, que la propia Constitución reconoce también jurisdicciones distintas a la ordinaria. Nos referimos a la jurisdiccional especial del Tribunal Constitucional y la igualmente especial del Jurado Nacional de Elecciones.

Ahora bien, respecto de las dos últimas mencionadas, no existe duda de que se tratan de jurisdicciones distintas de la ordinaria en la medida que la propia Constitución exige para ellas la expedición de una ley orgánica destinada a reglar su organización, competencia o estatuto.

En efecto, no existe en la Carta de 1993 referencia alguna al nombre de la institución que ha de personificar a la jurisdicción militar, de modo tal, que en este punto, resulta ser más imprecisa frente a las que representan, en tanto, jurisdicciones especial y propiamente dichas, como son el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones.

Antes bien, el artículo 178 de la Constitución, sobre esto último, dedica seis párrafos para definir sus competencias, como órgano fiscalizador de la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales, del referéndum y de otras consultas populares, así como, también, la elaboración de los padrones electorales y administrar justicia en materia electoral, con las garantías del ejercicio de su propia jurisdicción y de sus miembros.

Lo propio ocurre con el Tribunal Constitucional, pues todo el Título V de la Constitución está dedicado a las Garantías Constitucionales y de manera específica prescribe en el artículo 201, lo siguiente:

“El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años. Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata. Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.”

3. LA JURISDICCIÓN MILITAR COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL

Los argumentos expuestos chocan con la siguiente consideración: si por vía de la interpretación se concluye que la jurisdicción militar debe incorporarse a la jurisdicción ordinaria del Poder Judicial, entonces se estaría desconociendo la voluntad del constituyente que expresamente ha previsto, en el artículo 139.1, la existencia de una particular jurisdicción a la que ha denominado jurisdicción militar.

Para esta posición los argumentos de orden formal, como los relativos a la comparación con otras jurisdicciones especiales presentes en la Constitución y más desarrolladas en la técnica reguladora del constituyente no pueden concluir con la eliminación de la jurisdicción militar, en tanto

su existencia se encuentra garantizada. En suma, estaríamos frente a lo que se conoce como una garantía institucional de la jurisdicción militar.

Una interpretación literal del enunciado expuesto se asienta en la doctrina de la garantía institucional, en tanto la jurisdicción militar, expresamente prevista en la Constitución, tiene por finalidad preservar a este instituto, salvándolo de su eliminación por parte del legislador ordinario. Así, la institución de la jurisdicción militar se encuentra plenamente garantizada en la Constitución, siendo inconstitucionales, consecuentemente, las pretensiones de su eliminación o radical transformación.

Una garantía institucional persigue “la protección frente al legislador de determinadas instituciones que se recogen *in nuce* en la Constitución. La garantía institucional vendría a ser aquella protección constitucional que preserva a una institución no solo de su destrucción, sino de su desnaturalización, al prohibir vulnerar su imagen maestra (Leit Bild)”⁸.

Como es sabido, la doctrina de la garantía institucional tiene su origen en el derecho público alemán de la época de Weimar, específicamente en la teorización que sobre el respecto hace Carl Schmitt al señalar que “la norma constitucional tiene el fin

de hacer imposible su supresión por medio de la legislación ordinaria”⁹.

Ahora bien, el concepto inicialmente acuñado ha sufrido, desde luego, una serie de precisiones, más aún si en el inicio de su formulación estuvo muy ligado al de los derechos fundamentales, razón por la cual algunos abogan por su virtual inutilidad a raíz del reconocimiento pacífico de una dimensión institucional de las libertades y derechos constitucionales. Sin embargo, es preciso reconocer que dicho concepto es de utilidad, todavía hoy, cuando se trata de organizaciones con una serie de características que no pueden ser asimiladas de manera directa e inmediata con los derechos fundamentales, aun cuando guarden algún grado de vinculación con ellos (v.g. la autonomía local, la autonomía universitaria, etc.).

Para este caso es importante ir al derecho comparado, y con prescindencia de la discusión sobre su relación con los derechos fundamentales, el concepto de garantía institucional ha sido recogido por el Tribunal Constitucional Español al hacer referencia a “componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales”. Por ello, no dudará en afirmar que:

“la garantía institucional no asegura el contenido concreto o un ámbito com-

8 A.Cidoncha Martín, “Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 23, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009, p. 150.

9 C. Schmitt, *Die Verfassung des deutschen Reich von II August 1919*, reimpresión de la 14 ed. (Berlín, 1933), Bad Hamburg, 1960, pág. 660, citado por J.M. Baño León, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, N.º 24, Madrid, Septiembre-Diciembre, 1988 p. 167.

potencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene conciencia social en cada tiempo y lugar”¹⁰.

Igualmente, que:

“[La garantía institucional] es desconocida cuando una institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre”¹¹.

Lo anterior nos lleva a pensar que la garantía institucional resulta así una medida de seguridad que el constituyente ha establecido para diversos tipos de organizaciones jurídicas, a efectos de no permitir su desaparición por obra del legislador ordinario, así como de su radical transformación, al punto de quedar desnaturalizada, aun cuando formalmente se la conserve.

Ello tampoco significa que la garantía institucional sea el instrumento perfecto para petrificar en el tiempo a una institución. Dos son los elementos resaltados por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes señalada que permiten concluir esto. En primer lugar, la posibilidad que la institución evolucione, sea por las sucesivas reglamentaciones existentes o por las prácticas cotidianas de los operadores jurídicos relacionados con dichas instituciones pero sin que ello implique una desnaturalización de la misma, pues, en todo momento debe conservarse “en términos reconocibles

para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”. Asimismo, en segundo orden, porque es “indispensable para asegurar la vigencia de los principios constitucionales”.

Estos dos elementos permiten relativizar el pretendido carácter absoluto de la garantía institucional.

Tal entendimiento constituye, a nuestro modo de ver, la clave de bóveda de la comprensión de la jurisdicción militar en la Constitución española: *desde un entendimiento acorde con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la institución de la jurisdicción militar se encuentra garantizada solo en la parte en que no se contraponga a los demás principios constitucionales, debiendo quedar configurada de una determinada manera que sea reconocida como tal en la conciencia social de los españoles en el tiempo presente*.

Solo de este modo, pues, podrá buscarse un equilibrio entre una jurisdicción militar de conformidad con los principios que la Constitución, la jurisprudencia y la doctrina reconozcan como constitucionales y, a la vez, que mantengan la seña de identidad de ser, a la vez, una jurisdicción militar.

Desde este punto de vista la jurisdicción militar y la jurisdicción en consonancia con la constitución, dejan de tener relaciones de oposición o exclusión, sino que antes bien la solución al aparente problema de la configuración de la

10 Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 32/1981, fundamento jurídico 3.

11 Ibídem.

jurisdicción militar en el Estado Constitucional pasa por trabajar con los elementos que han sido propios de lo que históricamente ha sido la jurisdicción militar peruana adecuándolo a las actuales exigencias del constitucionalismo contemporáneo, pero solo en el grado necesario a fin de evitar que la institución garantizada se diluya y se asimile a la jurisdicción ordinaria, lo cual supondría la supresión de la institución y, por ende, una infracción patente a la Constitución.

Entonces, la jurisdicción militar peruana en la era actual solo puede ser entendida desde que constituye una jurisdicción especial, al punto que no puede desligarse de la totalidad de la jurisdicción del Estado peruano y, por tanto, se encuentra vinculada a los principios que informan a esta, y, al propio tiempo, tiene rasgos históricos que le son definitorios y que la permiten distinguirse de la jurisdicción ordinaria o de otras jurisdicciones especiales también señaladas en la Constitución.

Por eso, lo que es la jurisdicción militar pasa por asimilar los principios que constituyen las garantías de la jurisdicción y las de los jueces, desde el punto de vista institucional, así como, y no podía ser de otro modo, de los derechos que integran el principio del debido proceso, tal como es reconocido en la Constitución Política de 1993.

Lo anotado, sin embargo, no constituye la panacea porque el problema de la jurisdicción militar queda aún irresuelto: si bien, en tanto jurisdicción, ha de respetar los principios constitucionales, se mantiene la pregunta de ¿hasta qué punto deben preservarse los elementos históricos e identificatorios de este tipo de jurisdicción para evitar que se desconozca su especialidad?; en otras palabras, si la Constitución y sus

garantías deben de influir en lo que hasta ahora ha significado la jurisdicción, hasta dónde puede llegarse, es decir, qué parte debe dejarse fuera de su efecto de irradiación para evitar que esta desaparezca en el plano material.

Esto solo se logra analizando la viabilidad en el presente Estado Constitucional de los rasgos históricos de la jurisdicción militar. De este modo, en un ejercicio de ponderación, en el sentido de sopesar el mantenimiento de elementos de lo que ha sido y es la jurisdicción militar y de determinar cuánto de ello es admisible dentro de las coordenadas de la hora constitucional actual. El análisis, en sentido inverso, es también válido: establecer en qué medida la Constitución y sus postulados resultan aplicables en la jurisdicción militar, evitando que resulte lesionado el núcleo de lo que es la jurisdicción militar, parte de la institución que no puede ser violada y que resulta protegida por la garantía prevista en el artículo 139.1 de la Constitución.

Antes de realizar el ejercicio propuesto, es necesario tener en cuenta la siguiente consideración: si bien la ponderación o balancing comporta tener que sopesar las posibles afectaciones tanto al núcleo duro de lo que constituye la jurisdicción militar como a lo que comporta la impartición de justicia o jurisdicción a secas en el marco constitucional, a efectos de elegir aquello que lo optimice en mayor medida a la afectación que se produce, debe dejarse en claro que existe una fuerte presunción hacia procurar una mayor eficacia de los preceptos de la justicia en general, previstos en la Constitución de 1993, que hacía lo que significa la jurisdicción militar como institución histórica y social.

La razón de esta distinción, o este reconocimiento de que en esa competencia los dos elementos en comparación no parten de la misma manera, se debe a que, de un lado, la justicia en la Constitución se encuentra regulada expresamente, a diferencia de la jurisdicción militar, para lo cual el constituyente ha reservado solo una mención concreta; y, del otro, la primera de las mencionadas guarda coherencia con los principios y valores, incluso superiores, establecidos también en la Constitución, algo que no ocurre con la jurisdicción militar, tal como lo hemos podido apreciar en capítulo histórico del presente trabajo, el que ha dejado traslucir el carácter profundamente antidemocrático que su reglamentación y aplicación han tenido en el pasado y que aún mantienen en muchos aspectos.

Es por ello, que la ponderación entre justicia en el marco constitucional y jurisdicción militar será el resultado de las concesiones que aquella brindará a esta solo en el grado de impedir su extinción porque esto último, aunque deseable política o socialmente, conllevará también a una infracción de la Constitución.

Por la misma razón, nuestra exposición, en lo sucesivo, se centrará en mostrar cómo va quedando configurada esta jurisdicción especial, luego de que las garantías constitucionales, de la jurisdicción y del juez, así como el debido proceso, van adoptando los elementos históricos de la jurisdicción militar.

4. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

La jurisdicción entendida como poder deber del Estado para decir el derecho, es decir para resolver con arreglo a derecho los problemas que son de su conocimiento. De allí que en la evolución de los estados occidentales se haya reconocido pacíficamente la existencia de una serie de principio informadores, tales como los de legitimidad democrática y autogobierno, unidad y exclusividad y la predeterminación jurisdiccional legal. Pero también para dotar de eficacia a los funcionarios que ejercen la potestad jurisdiccional, se reconoce, asimismo, una serie de garantías como la independencia y responsabilidad, así como la inamovilidad y de sujeción al imperio de la ley.

Por ello resulta acertada la definición de Gimeno Sendra para quien la jurisdicción es:

“[E]l poder del Estado emanado de la soberanía popular y con un régimen propio de autogobierno, integrado sobre la base de la unidad por Juzgados y Tribunales legalmente predeterminados y por Jueces y Magistrados independientes, inamovibles, responsables y sometidos al imperio de la Ley, que ostentan la exclusividad de la potestad jurisdiccional para tutelar derechos subjetivos y solucionar de manera definitiva e irrevocable los conflictos intersubjetivos y sociales de todo tipo, ejercitar el control de la legalidad y complementar el ordenamiento jurídico”¹².

12 V. GIMENO SENDRA, citado por J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Constitución y Derecho Procesal: los fundamentos constitucionales del derecho procesal*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009, pp. 41 y 42.

Pues bien, dentro de lo que específicamente es considerado como garantías de la jurisdicción, es el de la unidad jurisdiccional el que mayor atención merece de cara a la problemática de la jurisdicción militar.

Ya en apartados anteriores dimos cuenta que la doctrina que hemos denominado procesalista constitucionalista ha señalado, que en virtud de este principio, la jurisdicción militar no puede sino que estar integrada al Poder Judicial, bajo peligro de su quebrantamiento. Nuestra posición al respecto, ya ha sido adelantada también: la necesaria e ineludible consideración de la jurisdicción militar como una garantía institucional prevista expresamente en la Constitución impide que sea incorporada dentro de la jurisdicción ordinaria, como un orden competencial más, sino que exige su consideración como una jurisdicción especial más.

Es claro, desde nuestro punto de vista, que el hecho de que el reconocimiento de la jurisdicción militar constituye una limitación al principio de unidad jurisdiccional desde el momento en que parece reconocida como jurisdicción de manera inmediatamente después de la enunciación del principio.

Ello implica considerarla como una jurisdicción especial, distinta a la del Poder Judicial y más cercana a la del Tribunal Constitucional o ala del Jurado Nacional de Elecciones. El hecho de que el constituyente no haya sido prolijo en establecer las bases mínimas de su organización y competencia,

tal como en las dos jurisdicciones especiales que se acaba de mencionar, no le resta eficacia al hecho de que, por su sola mención, la jurisdicción militar es algo distinto, desde el punto de vista organizativo y competencial, a la jurisdicción ordinaria.

El principio de unidad de la jurisdicción no constituye, por tanto un imperativo de asimilación de todos los órdenes jurisdiccionales al Poder Judicial, precisamente porque el propio constituyente ha reconocido jurisdicciones especiales como límite al principio mencionado, y una de ellas es precisamente la jurisdicción militar.

Al contrario, el principio de unidad permite la coexistencia de jurisdicciones especiales, entendidas estas como diversidad de órganos que ejercen la potestad jurisdiccional del Estado que sigue siendo única¹³.

El asunto importante no radica en el reconocimiento de una jurisdicción, entendida como órgano con potestad jurisdiccional, distinta y radicada fuera del Poder Judicial, sino en las garantías con las que los funcionarios judiciales cuentan, así como los justiciables, de modo que sus pronunciamientos sean considerados como el ejercicio de la misma y única jurisdicción del Estado.

Desde este punto de vista, ni siquiera resulta necesario que confluyan ambas jurisdicciones, la militar y la ordinaria, en un mismo vértice, como por ejemplo la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo (España). De nada va a valer que

13 PRIETO CASTRO, Derecho de tribunales: organización, funcionamiento, gobierno, Pamplona, 1986, p. 147.

orgánicamente una parte de la jurisdicción militar confluya con la jurisdicción ordinaria, en un pretendido esfuerzo, pero innecesario como dijimos, de conciliar la existencia de una jurisdicción especial con el principio de unidad jurisdiccional, si en el resto de instancias de la organización de la jurisdicción militar no se respetan ni el juez predeterminado por ley, ni la independencia ni la inmovilidad de los jueces militares.

Por ello resulta necesario que, tratándose de una jurisdicción especial, distinta a la del Poder Judicial, la jurisdicción militar sea respetuosa del resto de principios que informan el ejercicio de la potestad jurisdiccional en un Estado Constitucional como el español.

Lo propio ocurre con el principio de exclusividad de la jurisdicción, según el cual el ejercicio jurisdiccional estatal solo puede realizarse por funcionarios judiciales, es decir, dedicados únicamente a ello y con un estatuto especial y específico, distinto de quienes integran tanto el poder legislativo como el poder ejecutivo.

En esa medida, si se reconoce, como se hace aquí, la existencia de una jurisdicción militar distinta de la ordinaria, su ejercicio solo puede ser realizado por jueces militares, pero no entendidos como militares o miembros de las fuerzas de seguridad que ejerzan funciones judiciales. Ello implicaría ejercer la función judicial por parte de miembros del Poder Ejecutivo, por cuanto los militares, en tanto miembros de las fuerzas armadas, constituyen parte de la

administración pública y por último de la rama ejecutiva del gobierno peruano.

Los jueces militares deben ser denominados así, no por su pertenencia a la administración militar como dijimos, sino porque tienen esa especialidad, es decir, la de aplicar el derecho militar, o en otras palabras, la de ejercer la jurisdiccional en el ámbito estrictamente militar, de acuerdo con el artículo 139, inciso 1 de la Constitución.

Esta resulta ser la justificación de la existencia de un órgano jurisdiccional especial. Su existencia se reconoce desde que ostentan de manera exclusiva y excluyente una especialidad que impide que otros órganos jurisdiccionales, sean de la jurisdicción ordinaria u otra jurisdicción especial, puedan conocer de los mismos hechos que por ley, en este caso por la propia Constitución, les son directamente atribuidos.

5. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS JUECES MILITARES

Para que el ejercicio de la función jurisdiccional sea no solo eficaz sino también legítima, ha de asegurar la independencia de los jueces.

La independencia judicial, en palabras de López Aguilar, no puede ser sino:

“el postulado inexcusable que hace socialmente creíble y recubre de legitimación funcional (ya que no de origen) a la función jurisdiccional”¹⁴.

14 J. LÓPEZ AGUILAR, *La justicia y sus problemas en la Constitución: justicia, jueces y fiscales en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 50.

De allí que se haya afirmado también que la independencia judicial constituye:

“la característica esencial que han de ostentar quienes tienen constitucionalmente atribuido el ejercicio de la potestad jurisdiccional”¹⁵.

La independencia judicial puede ser definida como el atributo de los jueces para rechazar las interferencias de parte de cualesquiera otros funcionarios judiciales u órganos estatales e incluso poderes privados, al momento de ejercer jurisdicción, es decir al momento de interpretar y aplicar el derecho existente.

Importa destacar ahora, como parte de la problemática propia de la jurisdicción militar, la independencia de los jueces militares que ha de venir desde el mecanismo de su designación. Creemos que es necesario el establecimiento de un mecanismo de la elección de jueces militares por parte de un órgano que sea a su vez independiente y que no se relacione, en modo alguno, de manera institucional, con la propia jurisdicción militar, ni tampoco con otras instituciones del Estado, aunque puede admitirse la confluencia de una pluralidad de voluntades para la elección del juez militar, pero nunca que en ella sea determinante una sola¹⁶.

Pero también el estatuto del juez deberá ser preservado en aras de la independencia.

En ese sentido, el juez militar ha de mantener un estatus que resguarde su independencia. Esto no se logra necesariamente con la inclusión de los jueces militares al Cuerpo Único de Jueces que la Constitución establece¹⁷. Al contrario, pueden establecerse cuantos cuerpos de jueces se estime convenientes (en cada jurisdicción especial si se quiere), si se asegura que se encuentra también libre de injerencias indebidas. No por nada, los Magistrados integrantes del Tribunal Constitucional, que constituyen una verdadera jurisdicción especial, no integran el Cuerpo Único de Jueces, y no por ello puedan ser acusados de falta de independencia. Es más, la existencia de cuerpos de jueces diferenciados constituye una garantía adicional de independencia frente a los jueces de otras jurisdicciones, como la ordinaria u otras especiales, siempre que, como ya se dijo, se le dote de la debida autonomía a los mismos, cuidando por ejemplo, los mecanismos de promoción o ascenso.

La independencia de los jueces militares también ha de predicarse frente a las partes, en cuyo caso se denomina imparcialidad judicial. Ello es particularmente claro si el ámbito competencial subjetivo, o *ratione personae* como ya se dijo, está compuesto por militares de carrera.

En términos generales, la garantía de imparcialidad,

15 J. GARBERÍ LLOBREGAT, Constitución y Derecho Procesal, Los fundamentos constitucionales del derecho procesal, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009, p. 74.

16 Tal es el caso de que la elección sea realizada por un órgano del poder ejecutivo o de las fuerzas armadas, o también de que, siendo elegido pluralmente, las candidaturas sean propuestas por un órgano no independiente.

17 En contra R. CANOSA USERA, “La configuración constitucional de la jurisdicción militar”, cit., para quien “la única garantía indiscutible y eficaz de la independencia judicial es la pertenencia a un cuerpo único de Jueces Magistrados” (p. 29).

“aboga por la existencia de una posición de neutralidad y de ausencia de prejuicios del órgano judicial frente a las partes entre sí contrapuestas y con intereses distintos, y frente al objeto procesal, asegurándose la misma mediante los institutos de la abstención y recusación de Jueces y Magistrados”¹⁸.

Pero la imparcialidad no solo se constituye en una garantía del juez, sino también en un derecho fundamental de los justiciables, dado que

“[L]a imparcialidad del Tribunal forma parte de las garantías básicas del proceso (artículo 24.2 de la Constitución Española), constituyendo incluso la primera de ellas: ser tercero entre las partes, permanecer ajeno a los intereses en litigio, y someterse exclusivamente a Ordenamiento Jurídico como criterio de juicio son notas esenciales que caracterizan la función jurisdiccional desempeñada por Jueces y Magistrados, de modo que sin Juez imparcial no hay, propiamente, proceso judicial”¹⁹.

La garantía y derecho a la imparcialidad en el ámbito de la jurisdicción militar impone establecer los mecanismos necesarios para evitar que los mismos jueces conozcan, valoren o juzguen los mismos hechos en más de oportunidad, porque a raíz de ese conocimiento anterior tienen una opinión formada que difícilmente se va

a cambiar, por más que se encuentren convencido de ello, pues implicaría el implícito reconocimiento de haber permanecido en el error.

Con razón señala Doig Díaz que,

“el problema persiste y se agrava en una justicia como la militar, donde es posible que el mismo Tribunal Militar juzgue unos hechos que valoró anteriormente, por ejemplo, al resolver la apelación del auto de procesamiento, o donde los miembros de un tribunal –por la movilidad que opera en el Cuerpo Jurídico Militar– puede haber intervenido en el procedimiento judicial o en el administrativo en calidad de instructor o fiscal, en suma, puede haber efectuado un juicio de probabilidad delictiva o todo lo que suponga la verificación de indicios de criminalidad”²⁰.

Relacionado con lo anterior se encuentra la garantía de la inamovilidad de los jueces, en tanto que es instrumental de la independencia e imparcialidad judicial.

Esta garantía opera no solo ante la posibilidad de que el Poder Ejecutivo, cada vez más infrecuente, disponga el apartamiento del juez de una causa pendiente de resolver, sino también respecto del propio órgano de gobierno judicial, que es el encargado también de imponer las sanciones de suspensión y destitución ante la comisión de faltas estipuladas previamente.

18 J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Constitución y Derecho Procesal*, op.cit., p. 77.

19 Sentencias del Tribunal Constitucional Español 45/2006, del 13 de febrero, 143/2006, del 8 de mayo, y 156/2007, del 2 de julio.

20 Y. DOIG DIÁZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho*, Universidad de Alicante, Alicante, p. 168.

Deberá establecerse, pues, un régimen normativo en la jurisdicción militar que establezca claramente cuáles son las causas de suspensión y separación de los jueces militares, así como la procedencia del traslado forzoso de carácter sancionador o de la jubilación del juez militar, del mismo modo como viene ocurriendo con las previsiones de la jurisdicción ordinaria.

Lo propio debe decirse de la garantía de sumisión al imperio de la ley que, en palabras de Garberí Llobregat²¹ contempla cinco significados:

- El sometimiento de los jueces al dictado de la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, con más énfasis en la vinculación a la Norma Fundamental debido al principio de la jerarquía normativa.
- Constituye el elemento de legitimación democrática del juez, pues al no ser elegidos por votación popular, deben aplicar el producto democrático por excelencia: la ley nacida de la representación popular.
- La obligación de emitir sentencia o resolver en todo momento, sin que puedan excusarse en la deficiencia de la ley.
- La prohibición de fallar solo con arreglo a la ley, quedando sin posibilidad de aplicación las convicciones personales de los jueces, o de raigambre ideológica o religiosa.

- La aplicación por parte del juez del Derecho, aun cuando no haya sido invocado por las partes, lo haya sido erróneamente. En el mismo sentido, tampoco el juez puede aportar hechos distintos a los señalados por las partes.

6. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 173 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

El artículo 173° de la Constitución, establece:

“En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. (...)”

Esta norma constitucional prescribe que el fuero militar tiene por función juzgar a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, en caso que estos cometan un delito de función –delitos militares–, de acuerdo a las normas expresas del Código de Justicia Militar. Asimismo, establece que las normas de este no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina.

El magistrado del Tribunal Constitucional Sardón²², sostiene que para entender

21 J. GARBERÍ LLOBREGAT, Constitución y Derecho Procesal, op. cit., pp. 85 y ss.

22 STC-PI-0022-2011, de 08 de julio de 2015.

adecuadamente el artículo 173 de la Constitución Política de 1993, es necesario leerla conjuntamente con los artículos 38°, 163°, 165°, 166°, 169° y 175° de la Constitución, que establecen lo siguiente:

“Artículo 38.- Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación.”

“Artículo 163.- El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional. La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley.”

“Artículo 165.- Las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea. Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. Asumen el control del orden interno de conformidad con el artículo 137 de la Constitución.”

“Artículo 166.- La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.”

“Artículo 169.- Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes. Están subordinadas al poder constitucional”.

“Artículo 175.- Sólo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer y usar armas de guerra. Todas las que existen, así como las que se fabriquen o se introduzcan en el país pasan a ser propiedad del Estado sin proceso ni indemnización. (...)”

Explica bien el profesor Sardón,²³ pues afirma que de lo anterior se deduce que existe un deber general de todos –civiles, militares y policías– de respetar, cumplir y defender la Constitución y el orden jurídico, y participar en la defensa nacional, de acuerdo a ley. Sin embargo, dicho deber está sujeto a un estándar de cumplimiento más alto –y contiene deberes especiales– en el caso de los militares y policías, tal y como se demostrará a continuación:

- (i) Los artículos que regulan a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional se encuentran enmarcados en el capítulo de la Constitución dedicado a la seguridad y defensa nacional. Ello se debe a que los militares y policías son los agentes a través de los cuales el Estado ejerce su monopolio del uso legítimo de la fuerza en el territorio nacional, con las limitaciones impuestas por la Constitución, las leyes y los tratados internacionales sobre la materia. Los civiles no pueden hacer uso de la fuerza, salvo en legítima defensa; tanto así que en caso de conflicto se les considera no combatientes.

- (ii) Los militares y policías forman parte de una estructura jerárquica cuyo buen funcionamiento –es decir, su capacidad para cumplir eficazmente los fines que le han sido encomendados– depende del mantenimiento del orden y la disciplina entre sus efectivos.
- (iii) Para cumplir sus fines, los militares y policías reciben un entrenamiento especial del que carecen los civiles. Este elemento es crucial para determinar el grado de participación de militares y policías en la defensa y seguridad nacionales, en comparación a los civiles. A estos últimos no se les puede exigir que realicen las mismas funciones que a los militares y policías.
- (iv) Por ello, existe la diferenciación establecida en el artículo 173°, referente a que los civiles no pueden ser juzgados de acuerdo con el Código de Justicia Militar Policial, pues éste contiene disposiciones inaplicables, por su naturaleza, a los civiles, como podría ser el delito de cobardía regulado en el artículo 110° del mismo. La existencia de este delito muestra la diferencia de deberes entre un militar o un policía y un civil, pues este no se encuentra obligado a enfrentar al adversario en combate, mientras que para aquellos constituye un delito no hacerlo. (y) Que los militares y policías puedan asumir mayores riesgos no solo se deriva de su mayor entrenamiento y disciplina, sino también, del armamento superior con el que cuentan, ya que, conforme lo establece el artículo 175° de la Constitución, solo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer y usar armas de guerra, las cuales son propiedad

del Estado. Por mandato constitucional los civiles están prohibidos de tenerlas o usarlas.

- (v) Es por esta razón que militares y policías se encuentran sometidos a un Código de Justicia especial, para que sean juzgados de acuerdo con un estándar superior de conducta y subordinación al orden constitucional que el de los civiles. De ahí que el artículo 169 de la Constitución recalque que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están subordinadas al poder constitucional. Esta afirmación no es genérica para toda la población, sino específica para dichas instituciones por la naturaleza e importancia de sus funciones, pues al ser el elemento armado del Estado se quiere enfatizar esta subordinación.

Expresamos plena coincidencia con el profesor Sardón cuando afirma que:

(...) la actividad de las Fuerzas Armadas y de la Policía se desarrolla de manera muy distinta a la forma en la que los civiles acatan su deber de lealtad y defensa del ordenamiento jurídico. Ello refleja la perspectiva de la Constitución, que distingue los deberes generales de lealtad al ordenamiento jurídico y de defensa nacional, previstos en los artículos 38° y 163°, de las misiones específicamente encargadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional, en sus artículos 165° y 166°.

Es razonable, pues, requerir que policías y militares acaten estándares de comportamiento más exigentes que los que se demanda a los civiles. Una conducta permitida a un civil bien puede ser prohibida a un militar o a un policía en ejercicio de sus funciones. Asimismo, un acto ilícito que

atente contra bienes jurídicos castrenses podrá afectar en mayor grado el orden constitucional, la seguridad y la defensa nacionales, si es realizado por un militar o policía en ejercicio de sus funciones.

Todo ello permite comprender por qué el artículo 173° de la Constitución exige que los delitos cometidos por miembros

de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones, se juzguen en aplicación de las disposiciones contenidas en un Código de Justicia especial y no a través de las normas del Código Penal, las cuales resultan aplicables para determinar la responsabilidad penal de las personas en todos los demás casos.

Contralmirante JT Cristián Araya Escobar¹

BASES JURÍDICAS

DEL NUEVO CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR DE CHILE²

En primer término, quisiera reiterar una afectuosa bienvenida a esta ciudad de Viña del Mar, de parte de la Armada de Chile, a todos los participantes de este III Foro Interamericano sobre Justicia Militar y Derecho Operacional, que ha sido organizado por la Auditoría General del Ejército y por la Auditoría General de la Armada.

En particular, les doy también la bienvenida a esta Conferencia de Clausura, sobre las “BASES JURÍDICAS DEL NUEVO CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR DE CHILE”, que se desarrolla en las dependencias de la Academia de Guerra Naval de la Armada, gracias a la solícita disposición

-
- 1 El Contraalmirante JT Cristián ARAYA ESCOBAR se graduó como Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso en 1986, habiéndosele otorgado el título de abogado por la Corte Suprema de Justicia el mismo año. En 1997 realizó en San Remo, Italia, el curso de Derecho de los Conflictos Armados en el Comité Internacional de la Cruz Roja y en 1998 el curso de Informaciones de Estado Mayor. Entre los cargos más importantes que ejerció está el haber sido Auditor de la Dirección General del Personal de la Armada, Auditor de la Comandancia en Jefe de la Armada; entre el 2007 y el 2010, Auditor de la Comandancia en Jefe de la Primera Zona Naval y Auditor de la Escuadra; a partir del 30 de noviembre de 2010, Auditor de la Dirección General del Personal de la Armada y Ministro Subrogante de la Corte Marcial. El 04 de diciembre de 2013 asumió como Auditor General de la Armada y Ministro Titular de la Corte Marcial de la Armada. El 01 de enero de 2014 fue ascendido al grado de Contraalmirante de Justicia.
 - 2 Este tema fue tratado, como conferencia de clausura, en el III Foro Interamericano sobre Justicia Militar y Derecho Operacional, llevado a cabo en Viña del Mar (Chile) entre el 19 y el 21 de agosto de 2015. Se publicó en la Revista de la Marina de Chile, edición N° 1, de 2016.

del Director de esta Academia, CN Sr. Marcelo Gómez García, quién amablemente nos ha acogido en estas bellas instalaciones navales, frente al Océano Pacífico, lo que nos inspira sin duda para abordar estos vastos temas jurídicos, desde una perspectiva académica, que esperamos dé luces sobre la necesidad de que en nuestros países exista una adecuada Justicia Militar especializada, que cumpla todas las exigencias que el Derecho impone.

Esta tercera versión del Foro tuvo su origen en la reunión de su Secretaría Técnica, celebrada en Brasilia el recién pasado 12 de febrero de este año, bajo la dirección del Contralmirante de la Marina del Perú, don Julio Pacheco Gaige, y donde el Sr. Auditor General del Ejército de Chile, General don Waldo Martínez Cáceres, me encomendó la tarea de ofrecer y conseguir la realización del siguiente Foro en nuestro país, tarea que asumí muy gustosamente y que fue ampliamente acogida por los demás miembros, como lo demuestra el hecho que hoy finalmente nos encontremos reunidos aquí.

Nuestro interés en llevar adelante este Foro sobre la Justicia Militar deriva del íntimo convencimiento, avalado por muchos años de ejercicio profesional dentro de las Fuerzas Armadas, que la existencia de una adecuada Justicia Militar en el ámbito interno de cada uno de nuestros países de América, constituye una primera e ineludible condición de garantía para la adecuada defensa y amparo de los derechos humanos, que corresponden tanto a militares como a civiles.

Por esta razón es que, en su momento, los Auditores Generales de las Fuerzas Armadas de Chile acogimos entusiastamente la convocatoria que a principios del año 2014, nos hiciera el entonces Ministro de

Defensa Nacional don Jorge Burgos Varela, para emprender en conjunto, civiles y militares, una tarea muy ambiciosa, pero no por ello menos urgente, de preparar un nuevo Código de Justicia Militar chileno, que se ajuste plenamente a las actuales exigencias nacionales e internacionales de un debido proceso, análogo al nuevo sistema procesal penal ordinario, de carácter oral, vigente en Chile en el ámbito civil.

El Ministro nos manifestó, en aquella oportunidad, que el Gobierno tenía el interés de hacer esta reforma a la Justicia Militar “con” los Auditores Generales y no “contra” los Auditores Generales, posición que demuestra el anhelo de hacer un trabajo propiamente jurídico, de validez transversal, que considerara la opinión y experiencia de las Fuerzas Armadas sobre la materia. Al respecto, me permito hacer uso de esta tribuna para agradecer públicamente al Ministro Burgos, hoy Ministro del Interior, su patriótica decisión de buscar con estos trabajos un fructífero encuentro del mundo civil y del militar que, no obstante sus distintas competencias y ámbitos de acción, están llamados a servir al unísono los superiores intereses de la Patria, en el resguardo de los derechos de todas las personas.

Así, se dio vida a una amplia comisión de abogados conocida entre nosotros como la “Comisión Salvo”, en honor a la Doctora Nelly Salvo Ilabel, quién la presidiera como Asesora del Ministro de Defensa Nacional y, así, contrariamente a la suerte que corre la gran mayoría de las comisiones - especialmente aquellas compuestas de abogados- esta comisión tuvo éxito y, si bien no se encuentra terminado el trabajo en todos sus extremos, se acordó un texto en sus aspectos principales que demuestra un consenso raras veces visto en estas materias.

El primer gran acuerdo, producto de la proposición fundamental del Ministro Burgos, consistió precisamente en que **debe existir una Justicia Militar en Chile**, es decir, que la Justicia Militar chilena no debe ser derogada ni debe reducirse a términos que la hagan prácticamente irrelevante. Esta piedra angular permitió dar curso a la construcción de un articulado que verdaderamente mire hacia el futuro de esta justicia, con plena conciencia de su carácter especializado, en la búsqueda de soluciones jurídicas acordes al actual desarrollo de la ciencia jurídica, tanto a nivel nacional como internacional.

Por favor, no crean que procederé ahora a explicar en detalle los más de cuatrocientos artículos que deberá contener el nuevo Código de Justicia Militar chileno. No sería capaz de someterlos a una prueba de esa especie; pero permítanme enunciar cuáles son las tres ideas políticas fundamentales que inspiran las disposiciones del nuevo Código, a saber:

- 1° La eliminación de la pena de muerte;
- 2° La exclusión de los civiles de la Justicia Militar; y,
- 3° La creación de una ley orgánica que garantice la independencia, imparcialidad y especialización de los jueces militares.

LA PENA DE MUERTE

Quisiera referirme, en primer término, al tema trascendental de la pena de muerte, pero sin recurrir a la milenaria discusión jurídica acerca de su legitimidad o ilegitimidad, sino, más bien, a plantear este profundo dilema en relación con las actuales funciones de las Fuerzas Armadas, no solo

en Chile sino que en todo el mundo occidental.

Cierto es que nuestro actual Código contempla efectivamente la muerte como pena común y la establece como castigo para numerosos delitos propiamente militares como la traición, el espionaje, la sedición o motín, insubordinación y otros de igual gravedad, siempre durante el estado de guerra.

Tampoco cabe duda alguna que esta situación infringe decididamente el derecho fundamental a la vida garantizado en nuestra Constitución Política y en los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por Chile, por lo que su derogación se ha transformado en un imperativo jurídico nacional de la mayor importancia, y tan es así que se encuentra en el Congreso Nacional un Proyecto de Ley particular que modifica el Código de Justicia Militar sólo con el objeto de derogar la pena de muerte.

El caso es que, tenemos en Chile, hoy día, efectivamente vigente la pena de muerte en el ámbito de la Justicia Militar, aunque sea restringida a militares, por delitos propiamente militares y solo en tiempos de guerra.

La circunstancia anterior, nos obliga a plantearnos si ello resulta concordante no ya con las normas constitucionales internas o los tratados internacionales, sino que –además– si acaso la pena de muerte es un castigo compatible con la especialidad de la función de las Fuerzas Armadas o con los valores que la sustentan, como lo son la disciplina, la seguridad militar y la eficiencia operacional.

Y aquí aparece una cuestión que va más allá de lo jurídico o lo legislativo y se adentra en la esencia misma de las Fuerzas

Armadas, porque la muerte –en términos generales– es principalmente y sin lugar a dudas, el resultado inevitable y atroz de la guerra, para la que las Fuerzas Armadas están precisamente formadas y entrenadas.

Se produce entonces una terrible asociación de ideas, que consiste en que las Fuerzas Armadas están destinadas a la guerra; que la guerra es el vehículo de la muerte; y, que en consecuencia, las Fuerzas Armadas estiman también a la muerte como un castigo válido para los delitos militares más graves en tiempos de guerra.

Este razonamiento, simple y popular, se encuentra enraizado culturalmente en nuestra sociedad chilena y, me atrevo a decir, en la cultura de la mayoría de nuestros países. Tanto es así, que al tratar de documentarme sobre este tópico, tropecé con una frase dicha por la famosa escritora chilena, Isabel Allende, de gran influencia en el mundo literario y traducido a varias lenguas, quién ha expresado:

“La guerra es la obra de arte de los militares, la coronación de su formación, el broche dorado de su profesión. No han sido creados para brillar en la paz.”.

Créanme que cuando leí estas palabras, sentí una profunda desazón, sentí que toda mi existencia como marino, que toda mi vida militar, se encontraba moralmente cuestionada a merced de estas frases que, cubiertas de algo de poesía, contienen una verdadera diatriba contra los militares, porque ellas significan: **que los militares quieren la guerra y no la paz, que los militares quieren la muerte y no la vida.**

Ello equivale a decir que el médico quiere y busca la enfermedad porque se ha preparado toda la vida para superarla, o que

el abogado quiere y busca la injusticia porque se ha preparado toda la vida para luchar contra ella.

Ello no es así: los militares nos preparamos para evitar la guerra y preservar la paz; para defender la vida y evitar la muerte, que no sea aquella propia, que estamos obligados a ofrecer en defensa de la Patria. En esto, permítanme otra cita literaria, ahora del insigne militar y el más grande escritor de la lengua castellana, don Miguel de Cervantes, quién hace varios siglos dijera:

“Las armas tienen por objeto y fin la paz, que es el mayor bien que los hombres pueden desear en esta vida.”.

Estas consideraciones no son mera retórica ni vana poesía, pues ellas ponen de manifiesto el objetivo final y propiamente jurídico de la función militar, que no es otro que la defensa de la vida a gran escala en un Estado de Derecho, y cuya vigencia y validez contemporánea arrancan directamente de la Carta de las Naciones Unidas aprobada el año 1945 y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por su Asamblea General el año 1948, y que las naciones occidentales hemos incorporado, sin restricciones, en nuestro acervo cultural. De esta manera, se encuentra establecido el derecho a la vida como el primero y más esencial de todos los derechos del hombre, pues, sin el derecho a la vida, no es posible ningún otro derecho, y por ello el uso de la fuerza ha sido proscrito, con el fin de preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles. Así es como la función de las Fuerzas Armadas consiste hoy en día en ejercer la fuerza sólo en ejercicio de la legítima defensa o de su participación en las operaciones de paz al amparo de las Naciones Unidas, pero jamás

el uso de la fuerza y la guerra podrán utilizarse como herramienta política de un Estado para la consecución de sus fines. Las Fuerzas Armadas en un Estado de Derecho son, pues, un instrumento de la paz y de la vida, y los militares, en consecuencia, tienen por función esencial defender la paz de su Nación y preservar la vida de sus connacionales y de todos aquellos que se encuentren bajo el amparo del Estado.

Estos principios internacionales han sido también consagrados en la Constitución Política de Chile, que asegura, en primer lugar, el derecho a la vida y a la integridad física y síquica de toda persona humana y confía a las Fuerzas Armadas, como cuerpos armados, esencialmente obedientes y no deliberantes, la defensa de la Patria y la Seguridad Nacional. En consecuencia, los militares son un instrumento de defensa de la Patria y, con ello, los garantes en extremo de la vida de sus ciudadanos.

A esas nobles funciones nos dedicamos los militares, sin claudicaciones, yal broche dorado de nuestra profesión no es otro que el Bien Común de la Nación.

Entonces, surge que la pena de muerte, entendida como castigo irreversible para el militar que comete un delito, por grave que éste sea, resulta contradictoria con la función de la profesión militar y atenta sustantivamente contra los valores que la inspiran, por lo que la derogación de ella en nuestro Código de Justicia Militar constituye un imperativo y una necesidad jurídica, para que este cuerpo legal respete estrictamente los derechos humanos de todas las personas, civiles y militares, y pueda legítimamente regular, de manera especial, el derecho penal relativo a los militares en consonancia con los derechos fundamentales de la persona humana.

Por otro lado, la actual existencia de la pena de muerte en Chile, aplicable sólo en el ámbito castrense y nunca a civiles, deja a los militares en un pie de clara desigualdad frente a la protección de sus derechos fundamentales, agravada por la circunstancia que la pena de muerte, tal como está concebida, eventualmente se aplicaría sólo en tiempos de guerra, en virtud de un procedimiento naturalmente breve y sumario, que ahonda la posibilidad de un trágico e irreversible error judicial.

A nuestro parecer, la derogación de la pena de muerte que venimos propugnando en el Código castrense, se transforma en la llave maestra que abre la puerta a una validación del mismo y de todo el Derecho Militar, frente a las ineludibles exigencias jurídicas del mundo actual.

Así las cosas, el proyecto de nuevo Código de Justicia Militar chileno borra de todas sus disposiciones la pena de muerte, haciéndola desaparecer completamente de nuestra legislación nacional.

EXCLUSIÓN DE LOS CIVILES DE LA JUSTICIA MILITAR

En segundo término, me referiré al principio rector de esta reforma, consistente en la exclusión de los civiles de la Justicia Militar, tanto en su calidad de eventuales sujetos activos del delito como de víctimas del mismo. En otras palabras, la regla general de la Justicia Militar será que, existiendo un civil como partícipe o como víctima de un delito, ese delito será de competencia de la Justicia Ordinaria.

Debo decir que este principio general resulta plenamente coherente y compatible con el fundamento mismo de la existencia de la Justicia Militar, esto es, el principio de

la especialidad. En efecto, si la Justicia Militar debe existir porque ella es una jurisdicción especializada destinada a resolver los asuntos penales propios y característicos del militar en el ámbito castrense y que se relaciona con los principios ordenadores de las funciones que cumplen las Fuerzas Armadas, resulta obvio que los Tribunales Militares no pueden avocarse al conocimiento de causas en que se encuentren involucrados civiles, quienes no tienen la calidad de militares y no están sometidos a los principios y normas propias de las Fuerzas Armadas.

Lo cierto es que este principio ya está vigente en Chile, pues la Ley N° 20.477.-, del año 2010, dispuso en su artículo 1° que: *“En ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal.”*

Sin embargo, esta norma, que tiene una innegable validez general, debe ser precisada, en cuanto a cuál es el concepto exacto de militar y de civil, por una parte, y, por otra, debe establecerse si esta regla general tiene o no excepciones, cuestión que no fue debidamente tratada por la ley referida.

Sobre este particular, la Comisión consensuó un concepto de militar más amplio que el que inicialmente proponía el Ministerio de Defensa Nacional, para incluir en él al personal de Empleados Civiles de Planta de las Fuerzas Armadas. Así, se propuso definir el concepto de militar en concordancia con el artículo 4°, de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas como aquel *“personal que integre las plantas del Ejército, Armada y Fuerza Aérea.”* De este modo quedaría sujeto a la Justicia Militar todo el personal de planta, esto es no sólo

los Oficiales y el personal de Gente de Mar y del Cuadro Permanente, sino que también los Empleados Civiles de Planta, además del personal de la reserva llamado al servicio activo, personal de tropa profesional, alumnos de las escuelas matrices que tengan más de 18 años de edad y conscriptos.

Lo anterior tiene una clara coherencia y armonía con el fundamento ya esbozado de la Justicia Militar, pues si ella se restringiera sólo a los militares, sobre la base que ellos cumplen funciones militares, que pueden dañar bienes jurídicos protegidos del ámbito militar, debe también considerarse “militares”, para estos efectos, a todas aquellas personas que cumplen “funciones militares”, independientemente del vínculo jurídico funcionario que tengan con las Instituciones Armadas.

En este orden de ideas, el **Empleado Civil de Planta de las Fuerzas Armadas**, a pesar de su denominación semántica, no es puramente un civil, sino que es una persona adscrita a la función militar, que no viste uniforme, pero que está sujeta a todas las particularidades del ámbito militar.

Si bien los empleados civiles de planta formalmente difieren del militar propiamente tal, por no cumplir algunas de las formas militares, en su esencia cumplen funciones militares y trabajan a la par con el militar, por lo que su conducta podría afectar bienes jurídicos estrictamente militares. Por ejemplo, un ingeniero a cargo de sistemas de radares; contadores que participen en procesos de adquisición de armas; empleados civiles que desarrollan labores de inteligencia, etc.

Por otra parte, como se ha dicho, la inclusión de este personal civil de planta, que cumple funciones militares, concuerda con la Ley Orgánica Constitucional de

las Fuerzas Armadas, pues según sus artículos 4° y 6° ellos se clasifican y agrupan en escalafones estructurados jerárquicamente en razón de la antigüedad de sus integrantes y cumplen funciones propias de las instituciones armadas, es decir, funciones militares.

Si se considera militar a quien cumple función militar, estas personas, en cuanto cumplan tal función, aunque no vistan uniforme, deben ser consideradas como sujetos afectos a la justicia militar. Ello, por cierto, sin perjuicio de no considerarse en esta categoría a otros civiles que sirven en las Fuerzas Armadas y cuya naturaleza no está destinada a cumplir funciones propiamente militares, como el personal civil a contrata, el personal civil a honorarios, jornales, etc.

Por otra parte, en caso de conflicto armado, el concepto de militar sufrirá aún otra ampliación, hacia aquellas personas civiles ***“que participen directamente en las hostilidades bajo el mando o supervisión de las Fuerzas Armadas.”*** A este respecto, si bien el antiguo concepto de “personas que siguen a las FF.AA.” ha variado en el tiempo, lo cierto es que la guerra moderna supone, necesariamente, la presencia de civiles en el ámbito operativo. De tal manera, se considera en el ámbito internacional la intervención en el conflicto armado de *“contratistas privados y otros empleados”* cuya vinculación con la institución castrense puede ser de variada naturaleza. Dichas personas pueden tener participación relevante en el conflicto y su conducta es considerada por el Derecho Internacional Humanitario como parte de la función militar, en cuanto forman parte de la noción “participación directa en las hostilidades”.

Estos civiles, de creciente importancia en las operaciones militares

contemporáneas, como lo confirma el caso del reciente conflicto entre los Estados Unidos e Irak, entre otros, prestan sus servicios militares a las Fuerzas Armadas, a cambio de una paga, pero sin formar parte de ellas ni tener estrictamente la calidad de militares, participando en el conflicto como verdaderos combatientes, bajo el mando de las Fuerzas Armadas. Esta situación ha sido reconocida específicamente por el Derecho Internacional Humanitario para hacer aplicable a estos civiles el status del combatiente regular y, con ello, otorgarles la protección, los derechos y las obligaciones que establece el Derecho Internacional Humanitario. De esta manera, resulta natural que estos mismos civiles combatientes, no obstante su calidad de tales, tengan la calidad de militares para ser juzgados por la Justicia Militar cuando se les imputen delitos militares. Debiera distinguirse, entonces, si estas personas civiles tienen o no participación directa en las hostilidades y si intervienen o no directamente con las FF.AA. en el logro de los objetivos militares, pues en caso de respuesta afirmativa, su labor será esencial para la eficacia de la función militar, por lo que los *civiles que participen directamente en las hostilidades bajo el mando o supervisión de las Fuerzas Armadas*, quedarán sujetos a la justicia castrense conforme al proyecto de Código que comentamos.

También, los Auditores de las Fuerzas Armadas hemos propuesto que, por las mismas razones anteriores, los prisioneros de guerra sean incluidos en la jurisdicción militar, cuestión que se encuentra pendiente de consulta ante el Ministerio de Relaciones Exteriores.

En cuanto a las víctimas civiles, quedó en evidencia, durante las discusiones de la Comisión, la existencia de diferencias entre el Ministerio de Defensa Nacional y los

Audidores Generales en relación con el conocimiento de las causas por delitos en los que exista una **víctima civil**. Para el Ministerio de Defensa Nacional, debiera excluirse absolutamente la competencia militar sobre cualquier civil que sea víctima de un delito; sin embargo, tras las jornadas de trabajo, sus representantes aceptaron someter a discusión ante el Ministro de Defensa Nacional un texto que señale: *“La jurisdicción militar no tendrá competencia para conocer causas en que hubiere una víctima civil, salvo en los casos de delitos que por afectar sustancialmente la eficacia de las Fuerzas Armadas sean de competencia de la Justicia Militar”*.

Ello en atención a que resulta inconveniente excluir de la competencia de la justicia militar aquellas causas en que la **víctima sea un civil**, cuando el sujeto activo del delito sea un militar y haya cometido un delito de jurisdicción militar, pues de conformidad al artículo 108 del Código Procesal Penal, el concepto de víctima se extiende, en caso de muerte del ofendido y en los casos en que no pudiere ejercer sus derechos en orden de prelación- al cónyuge, hijos, ascendientes, conviviente, hermanos y adoptado o adoptantes, concepto extremadamente amplio que excluiría importantes delitos militares del ámbito castrense, aunque ellos afecten sustancialmente la eficacia de las Fuerzas Armadas.

En efecto, en todos los casos de muerte de un militar o de su incapacidad para ejercer sus derechos procesales, la víctima será alguno de los parientes señalados y, de ordinario será un civil, por lo que excluirá la competencia de la Justicia Militar frente a hechos que naturalmente son de su competencia. Por ejemplo: el fallecimiento de un militar o su incapacidad para ejercer sus derechos, a consecuencia de un ejercicio

militar, pasaría a ser de competencia de la justicia ordinaria porque su cónyuge y sus hijos, o sus ascendientes, o su conviviente, etc., serían “víctimas civiles” que determinarían la incompetencia de la justicia militar.

De esta manera se ha solucionado esta cuestión, haciendo competente a la Justicia Militar respecto de víctimas civiles, cuando ellas tengan el carácter de tales a consecuencia de un delito militar cometido por militares, siempre que ese delito *afecte sustancialmente la eficacia de las Fuerzas Armadas*.

NUEVA LEY ORGÁNICA DE LOS TRIBUNALES MILITARES

En cuanto al tercer y último principio de este proyecto de nuevo Código de Justicia Militar, cual es cautelar debidamente la imparcialidad, la independencia y la especialidad de los Tribunales Militares, debemos señalar que la actual estructura de los mismos es de naturaleza mixta en cuanto a su integración, es decir, los Tribunales Militares están compuestos tanto por jueces civiles como jueces militares en servicio activo.

Así, en primera instancia, el Juez Militar es un Oficial General en servicio activo de las Fuerzas Armadas, que ejerza el cargo de Jefe de la respectiva División o Brigada en el Ejército; de cada Zona Naval, Escuadra o División en la Armada; y el Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea y el Comandante en Jefe de la respectiva Brigada Aérea.

La segunda instancia está constituida por las Cortes Marciales, que se integran por dos Ministros de las Cortes de Apelaciones de la Justicia Ordinaria y por dos o

tres Ministros pertenecientes a las Fuerzas Armadas, según el caso.

Por último, la Corte Suprema se integra, para las causas militares, de acuerdo a su integración ordinaria con ministros civiles y el Auditor General del Ejército.

Esta composición ha sido duramente criticada por la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, pues atentaría contra la debida imparcialidad e independencia de la Justicia Militar, toda vez que sus miembros militares, están sometidos al mando y jerarquía de las Fuerzas Armadas, lo que les restaría independencia e imparcialidad.

Es así como se acordó proponer como orgánica de los nuevos Tribunales Militares una estructura distinta, pero similar y análoga a la de los actuales Tribunales Ordinarios con competencia en lo Penal, esto es: Juzgados de Garantía Militares, Tribunales Militares de Juicio Oral en lo Penal y dos Cortes Marciales, una con asiento en Santiago y la otra en la ciudad de Valparaíso.

Pero la integración de los Tribunales Militares antes mencionados, a fin de garantizar su imparcialidad e independencia y, al mismo tiempo, su especialización, se hará con miembros provenientes de los escalafones de Justicia de las Fuerzas Armadas, que dejarían de pertenecer a ellas, para cumplir esta función jurisdiccional y con jueces propios del ámbito civil.

Así, los Juzgados Militares de Garantía estarán integrados, en sala, por un juez militar proveniente de los escalafones de Justicia de las Fuerzas Armadas. Los Tribunales Militares del Juicio Oral en lo Penal estarán integrados, en sala, por dos miembros provenientes de los escalafones de Justicia de las Fuerzas Armadas y un miembro del

Poder Judicial. Las Cortes Marciales estarán integradas, en sala, por dos Ministros provenientes de los escalafones de Justicia de las Fuerzas Armadas y tres Ministros de la Corte de Apelaciones respectiva.

Además los Tribunales Militares de Juicio Oral en lo Penal y las Cortes Marciales se integrarán con jueces letrados del Poder Judicial, los que quedarán sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

Todo lo anterior, como se ha dicho, con el objeto de garantizar la independencia, imparcialidad y al mismo tiempo, la especialidad de los Tribunales Militares. Pero tal propuesta requiere de la creación de toda una numerosa superestructura judicial especial, de alto costo por la dispersión geográfica que naturalmente presentan las unidades militares, navales, aéreas y de Carabineros, la que acogería, no obstante, una cantidad relativamente baja de causas militares, si se compara con la carga del sistema penal ordinario.

De esta manera, termino mis palabras subrayando que la implementación de la ley orgánica de la nueva Justicia Militar será un gran desafío que corresponderá asumir a varios Ministerios involucrados en la materia y que a las Fuerzas Armadas nos corresponderá estar, como siempre, a disposición de ellos para colaborar en la creación del nuevo sistema.

En fin, son muchos los aspectos de la Justicia Militar a los que no podré referirme en esta exposición y que omitiré solo en beneficio del tiempo y de la paciencia de este distinguido auditorio.

Aprovecho el término de esta Conferencia de Clausura para felicitar a los anteriores ponentes por la calidad de sus

trabajos e instarlos a seguir estudiando y desarrollando los inagotables temas de Derecho que plantea la función militar.

Asimismo, les agradezco a todos los presentes su asistencia a este III Foro Interamericano sobre Justicia Militar y Derecho Operacional, que ha contribuido a dar el

realce que merece este importante y trascendente encuentro internacional.

Me despido también muy especialmente, en nombre de la organización, de nuestros distinguidos invitados extranjeros y les deseo un feliz retorno a casa. Muchas gracias.

Benji Espinoza Ramos¹

LA PRISIÓN PREVENTIVA

COMO ÚLTIMA RATIO
Y LA AUDIENCIA PARA SU ADOPCIÓN,
A PROPÓSITO DE LA CASACIÓN
N° 626-2013-MOQUEGUA

INTRODUCCIÓN

BELING decía que “el derecho penal no le toca ni un pelo al delincuente”, y **ZAFFARONI** le contestaba que “el Derecho Procesal Penal sin el Derecho Penal se la pasaría peinando largas cabelleras”. Con estas expresiones se revela la íntima imbricación que existe entre el derecho penal adjetivo y el sustantivo. Uno necesita del otro para mostrarse; y el último necesita de aquél para tener virtualidad.

Esta conexión entre el derecho penal y el derecho procesal penal se evidencia, con absoluta notoriedad, en los presupuestos para el dictado de la medida más represiva que tiene el derecho procesal penal: la privación de la libertad a un ser humano inocente –que no tiene pena– pero que debe permanecer “enjaulado” por necesidades del proceso. Esta medida extrema recibe el nombre de prisión preventiva, y la Sala Penal Permanente en la sentencia casatoria que comentamos, se pronuncia por sus fundamentos, sus presupuestos materiales y sobre la dinámica que debe seguir la audiencia de requerimiento de prisión preventiva.

1 Profesor de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Penal de la misma casa de estudios. Estudios de especialización en el sistema procesal penal acusatorio en Chile, Colombia, Puerto Rico y Estados Unidos.

EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Es importante remarcar –como lo hace el tribunal supremo– que el derecho a la libertad personal no solo es un derecho constitucional subjetivo, sino también una garantía objetiva básica del andamiaje democrático del Estado Constitucional y Convencional de Derecho.

No obstante su importancia, la libertad personal –en sentido subjetivo/objetivo– no es un derecho-valor-garantía que deba reconocerse como absoluto o infranqueable, antes bien se toleran injerencias en su contenido siempre que no se adentre a su núcleo duro o esencial².

De tal suerte que la libertad personal se reconoce como un derecho-valor-garantía relativo, limitable, que admite en su seno intervenciones, siendo la más gravitante por su incidencia la prisión provisional, que supone privar de la libertad locomotora o física a un procesado que el Estado lo reconoce como inocente pero debe sacrificar –o como dice el tribunal casatorio “hacer retroceder”– su libertad en pro de la buena marcha del proceso penal. Siendo la intervención más grave, no cabe duda que el encarcelamiento preventivo debe ser adoptado siempre como la excepción y nunca como la regla. Es decir, la regla debe ser que el imputado espere el juicio en libertad.

- i. El requerimiento escrito de prisión preventiva debe ser motivado exhaustivamente

Un aspecto importante que aborda la resolución bajo comentario es el referido a que el requerimiento fiscal de prisión preventiva debe ser especialmente motivado, de modo que debe realizarse “de la forma más correcta posible, fundamentando cabalmente su solicitud, de otra forma no tendrá eficacia”³.

El Fiscal tiene la obligación de motivar el requerimiento de prisión provisional, porque si bien no tiene función decisoria –sino, más bien, postulatoria– es fundamental, de cara a la igualdad de armas y el ejercicio de la defensa eficaz, que fundamente cuáles son los cargos, los elementos de convicción que los acreditan en grado de probabilidad, por qué la pena a imponerse sería superior a 4 años de pena privativa de libertad y qué tipo de peligro procesal se presenta en el caso.

Esta obligación dirigida a los fiscales es uno de los aspectos notables que desarrolla la sentencia casatoria, porque en la práctica existe una tendencia generalizada de los fiscales de requerir prisión preventiva en todos los casos, sin motivar suficientemente, bajo el argumento que en la audiencia se hará la motivación correspondiente, con esta decisión se corrige este grave entuerto de los fiscales que padecen –utilizando la expresión de **BINDER**– del síndrome del

2 Por utilizar el concepto formulado positivamente en la Ley Fundamental de Bonn y por primera vez usado en una ley procesal penal peruana con el Decreto Legislativo N° 957.

3 Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación N° 626-2013-Moquegua, considerando sexagésimo cuarto.

fabricante de guillotinas “que se enamoran del brillo de la madera, del perfecto ajuste de los mecanismos, del filo y peso exacto de la hoja, y se le olvida que al final lo que existe es un ser humano al que se le corta la cabeza”.

Si ciertos delitos –corrupción de funcionarios, tráfico de drogas, cometidos por organizaciones criminales– se han transformado en inexcusables *de facto*, exigir desde el requerimiento de prisión una motivación cualificada es una medida saludable que seguramente atemperará la facilidad con que se piden las prisiones preventivas en nuestro país.

ii. **La audiencia como metodología central para la toma de decisión de la prisión preventiva**

La adopción de un sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio importa, *inter alia*, el reemplazo de la oralidad por la escrituralidad que se traduce en la sustitución del expediente por la audiencia, de modo que esta toma parte central como vehículo para las decisiones más importantes que se producen en el marco del proceso penal. La audiencia es, a la par que el escenario para que las partes ofrezcan de manera inmediata, pública y con contradicción, información sobre su pretensión, el espacio para que el juez reciba y solicite de las partes requirente y opositora, datos relevantes para dictar una resolución de calidad. Es en la audiencia donde el juez “se forma convicción”, “escuchando”, “observando”, “analizando” a las partes y su información y ya

no “leyendo” el frío y enjundioso papel del expediente.

Siendo esto así, dentro del universo de más de medio centenar de audiencias que se pueden activar en fase de investigación preparatoria, destaca la audiencia de requerimiento de prisión preventiva, donde no debe realizarse ni desahogo probatorio ni mucho menos una valoración probatoria, pues ello acontece en el juicio oral. Tampoco servirá esta audiencia para determinar responsabilidad penal al imputado, pues ello se determinará una vez concluido el juzgamiento; esta audiencia es una que va tener objeto de debate cinco aspectos concretos: *a.* fundados y graves elementos de convicción que vincular al imputado como responsable del hecho delictivo investigado; *b.* pena probable superior a 4 años de pena privativa de libertad; *c.* peligro procesal; *d.* proporcionalidad de la medida; y, *v.* plazo de la prisión preventiva.

iii. **La imputación necesaria debe discutirse en una audiencia de prisión preventiva**

A contrapelo de lo que sostiene la casación *sub comentario* (“*su labor [refiriéndose al juez] de dirección es central evitando desvíos en la discusión de derechos que no corresponden a la naturaleza de la audiencia ... como aceptar que se discuta ... vulneración de la imputación necesaria, que se protege a través de la tutela de derechos*”⁴), somos de la opinión que en la audiencia de requerimiento de prisión preventiva el juez de garantías debe controlar que los cargos imputados alcancen el *mínimum* de una imputación suficiente.

4 Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación N° 626-2013-Moquegua, considerando décimo octavo.

Si bien es cierto que ésta tiene una vía propia de análisis –conforme al Acuerdo Plenario N° 2-2012, esta es la audiencia de tutela de derechos reconocida en el artículo 71.4 de la ley procesal–, consideramos que la discusión sobre la imputación concreta debe presentarse en la audiencia de requerimiento de prisión preventiva por un sentido práctico: la existencia de una imputación concreta es un prerequisite de la discusión sobre los graves y fundados elementos de convicción.

Como se sabe, la imputación necesaria o suficiente exige que el fiscal responda a las interrogantes: ¿Quién? ¿Qué? ¿Cómo? ¿Dónde? ¿Cuándo? ocurrió el hecho punible. Esto es, supone el deber fiscal de atribuir circunstanciadamente en tiempo, modo y lugar de la comisión del hecho punible, para lo cual debe formular proposiciones fácticas derivadas del tipo penal imputado.

Sin una imputación concreta, ¿cómo el fiscal puede presentar elementos de convicción graves y fundados? Los elementos de convicción acreditan la imputación, por lo que sin una imputación clara y precisa no se podría debatir los elementos de convicción, y si se permite un debate sin una imputación concreta, lo que habrá es una discusión inadecuada porque los elementos de convicción debatidos serán elementos de juicio no concordantes con la imputación.

Por ejemplo, si en una audiencia de prisión preventiva se imputa a Lucho haber cometido un homicidio contra Juan, pero no se dice cuándo ni cómo lo hizo, entonces, cómo la defensa refutará la fuerza y aptitud de los elementos de convicción

–verbigracia, que la declaración del testigo X no coloca a Lucho en la fecha y hora del homicidio– si justamente estos tienen que ver con datos no establecidos.

Por ello, consideramos que sí debe hacerse un control de imputación necesaria, porque la discusión de los elementos de convicción si son de gravedad o entidad suficiente pasa en primer lugar por tener claros los hechos imputados. Resulta obvio afirmar, por lo demás, que no queremos que la audiencia de prisión se convierta en una de tutela pero sí es importante controlarla para garantizar un debate efectivo.

iv. El estándar de convicción judicial para ordenar prisión preventiva

Para que un juez ordene prisión preventiva debe alcanzar el estado intelectual de alta probabilidad. Con ese predicamento es que la ley no exige «prueba que genere convicción», sino «elementos de convicción graves y fundados», lo que significa información –datos objetivos obtenidos en diligencias preliminares– que genere en el juez el estado intelectual de suponer razonablemente (en grado de alta probabilidad) que hay delito y el requerido en prisión está involucrado en él. El mayor acierto de la casación *sub* comentario estriba en que remarca este aspecto que normalmente es confundido en la práctica.

Así, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema –en opción que coincidimos absolutamente– sostiene que el fiscal que solicita prisión preventiva solo puede hacerlo si tiene mayores elementos de convicción que al formalizar una investigación⁵,

5 Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación N° 626-2013-Moquegua, considerando vigésimo séptimo.

en realidad, el baremo de convicción debe ser igual al de la etapa intermedia⁶. Con esta afirmación el tribunal supremo quiere decir que el fiscal sólo puede requerir prisión preventiva –y el juez concederla– si es que se alcanza causa probable como si se estuviera formulando una acusación (por cierto, que se alzarán voces que sostengan que entonces en los casos de requerimiento de prisión el fiscal deberá acusar directamente). Esta exigencia se compadece con el carácter excepcional de la prisión preventiva que exige que solo en circunstancias verdaderamente excepcionales podrá ordenarse esta medida gravosa, sin cuya consideración se vaciaría de contenido la libertad física.

v. La discusión del plazo de la prisión preventiva

Tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de la discusión sobre los principios que informan-limitan el dictado de la prisión preventiva, así como sus supuestos de aplicación, pero olvidó un aspecto sustancial: el plazo de esta.

Resulta imprescindible un debate sobre el plazo que puede ser máximo de 9 o 18 meses –dependiendo si es un caso común o complejo–, y que en la mayoría de casos debería ser de menos tiempo. Este debate sobre el plazo es tan importante como el debate sobre los presupuestos de la prisión preventiva. Lamentablemente, en la práctica los jueces olvidan que los términos mencionados son plazos máximos, lo que significa que en la audiencia el fiscal

tiene que acreditar por qué 3, 6 o 9 meses de prisión preventiva son necesarios y proporcionales a sus motivos de petición de prisión, de no hacerlo, se está llevando una audiencia con debate incompleto, solo discutiendo presupuestos pero no el plazo de la medida cautelar personal más radical del Estado contra un procesado inocente. Por ello consideramos, que al establecer la Sala Permanente un debate que cubra el plazo de la medida, está resolviendo un tema que había sido procrastinado sin sentido de la agenda judicial.

vi. El peligro procesal y sus dos vertientes de análisis

La prisión provisoria debe ser tomada como lo que es: una medida cautelar personal pero no como una pena anticipada, de ahí que esta no se decreta sustentada en fines preventivos ni represivos sino, más bien, como una medida de aseguramiento del buen desenvolvimiento del proceso criminal.

Se trata de una medida de coerción –no cualquiera, sino la más grave– que previene los riesgos de fuga u obstaculización investigativa y probatoria, el primero asegurando la presencia del imputado y el segundo asegurando las fuentes de prueba que se deberán desahogar en el juicio.

Resulta interesante el análisis que se efectúa en relación al arraigo, definido como el elemento que exige establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas⁷. Nosotros entendemos

6 Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación N° 626-2013-Moquegua, considerando vigésimo octavo.

7 Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación N° 626-2013-Moquegua, considerando trigésimo sexto.

el arraigo como el conjunto de razones que tiene el imputado para no fugar.

Las otras circunstancias que definen el peligro de fuga –comportamiento procesal del imputado, gravedad de la pena, pertenencia a una organización criminal, pero menos la magnitud del daño causado que consideramos debería suprimirse como criterio de análisis de un riesgo de elusión de la acción de la justicia– y que enlista la norma procesal constituyen un *numerus apertus*, pero no una cláusula taxativa. Así, tendrán que valorarse en y no en solitario tales datos objetivos y ser sujetos a una ponderación que determine si la prisión debe o no imponerse.

COLOFÓN

Esta sentencia casatoria tiene como principales aciertos: establecer que la audiencia de requerimiento de prisión preventiva debe discutirse punto por punto –agotando uno sucede el otro y así sucesivamente; determinar una discusión sobre el plazo de duración de ésta; así como la alta probabilidad como estándar de convencimiento igual al de una acusación para requerirla; sin embargo, hay aspectos aún

por mejorar, uno de ellos es que sí debe admitirse una discusión sobre imputación suficiente –aspecto que la Sala Permanente no considera viable en esta audiencia sino en una de tutela de derechos– porque ésta debe anteceder al debate sobre la fuerza conviccional de los elementos de juicio que precisamente emergen de la imputación.

Teóricamente, el fin de requerir prisión preventiva debe tener carácter instrumental, provisional y cautelar de los objetos del proceso, por un lado, asegurar la presencia del imputado al proceso –asegurando la marcha de éste, ya que no puede haber juicio en ausencia del acusado– y, de otro, que su permanencia en libertad no constituya un obstáculo en la actividad investigadora –de averiguación– y probatoria –de comprobación–. En el terreno de los hechos, “[a]ctualmente, no hay proceso penal sin detenido, hasta el punto de que la detención pasa a ser un trámite más e ineludible del proceso”⁸. Por lo menos, esta casación abona en la dirección de entender la prisión preventiva como una medida cautelar excepcional que previene riesgos al proceso –lo que debe ser–, y no como una pena anticipada que castiga al imputado –lo que es una la lamentable realidad judicial–.

8 Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Especial. Apelación N° 03-2015 (Ponencia del magistrado supremo Duberlí Rodríguez Tineo), considerando décimo.

Stanislas Horvat¹ y
Dimitrio Zafeiropoulos²

REPORTE GENERAL

(SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR)^{3 4}

OBSERVACIÓN PRELIMINAR

El cuestionario de 2011 mantiene la parte principal del cuestionario de 2001, pero, tiene algunos elementos nuevos agregados. Una de las recomendaciones hechas en 2001 por los participantes en la asamblea, fue que una comprensión adecuada del entorno militar es apropiada para una

-
- 1 Profesor y jefe de la cátedra de Derecho de la Real Academia Militar de Bruselas (Bélgica); Director del Centro de Documentación y miembro de Consejo de Dirección de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra.
 - 2 Teniente General. Nació en Atenas. Se graduó en la Escuela de Leyes en la Universidad de Thessaloniki, Grecia. Posee un Master en Derecho Internacional Público de la Universidad de Londres. Actualmente, es el Fiscal Supremo en la Corte de Apelación Militar de Atenas; y Primer Vicepresidente de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra.
 - 3 Este artículo es una traducción libre del texto en inglés que, con el título de: “General report”, publicó la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra (International conference on Military Jurisdiction, Burselas, 2013, páginas 57 a 93). Se ha incluido en este número de la revista, con autorización de la Sociedad, dado el valor que tiene para conocer sobre la existencia, organización, procedimientos, etc., de la jurisdicción militar en otras naciones de Europa, África, Oceanía y América. El agregado en el título: “(SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR)”, es nuestro.
 - 4 El análisis de las preguntas I y II han sido realizadas por el Capitán Jan Saenen, Comandante (naval) Administrador Militar Patrick Huyghe y el Mayor Hans De Tant, catedrático de Derecho de la Real Academia Militar de Bruselas (Bélgica). La versión final del reporte, ha sido formulada con la ayuda del Capitán de Corbeta (naval) Ilja Van Hespén, catedrático de Derecho de la Real Academia Militar de Bruselas (Bélgica).

buena administración de la justicia militar. Este es el porqué de que una pregunta haya sido agregada al cuestionario en relación al conocimiento del ambiente militar y a la independencia del comando conjunto, para aquellos que están a cargo de la fiscalía y de la investigación. Dado el incremento de delitos de derecho internacional, un quinto capítulo también ha sido agregado al cuestionario, acerca de delitos internacionales básicos.

Pero que quede claro de inmediato: una comparación o una actualización de los resultados de 2001 no serán fáciles. Nosotros no tenemos el mismo número de respuestas de ese entonces y los países que responden hoy no han sido, necesariamente, los mismos de 2001.

Antes de presentar los resultados de los reportes, nosotros queremos subrayar que estos están basados en reportes nacionales, en los cuales las nociones no están siempre claramente definidas, por lo que algunas explicaciones podrían ser entendidas en diferentes formas y las respuestas no estarían siempre completas. Nosotros no podemos excluir que algunas conclusiones en la síntesis podrían estar incompletas o

que contengan algunos errores. También tiene que ser subrayado, que los reportes que han sido enviados por grupos nacionales, no necesariamente reflejan la visión de los gobiernos de esos países.

PREGUNTAS GENERALES

1. El sistema legal militar:

Las diferentes respuestas muestran numerosos y diferentes sistemas legales militares; no habrá dos de ellos idénticos. En un nivel conceptual, la cuestión de la corte militar puede ser vista, teóricamente, en dos caminos:

- Un sistema separado de corte militar y justicia militar; y,
- Cortes civiles con jurisdicción general incluyendo asuntos militares.

Una de las recomendaciones de 2001 fue que *la justicia militar tiene como objetivo promover la disciplina y el orden militar*. Los participantes en el seminario de 2001 encontraron que este instrumento judicial era útil para las fuerzas armadas. ¿Cuál es la situación actual?

Tribunales especializados o cámaras tratando con delitos cometidos por militares en tiempo de paz		Sistema de proceso militar	Comentario
Argelia	Si	Si	
Australia	Si	Si	
Austria	No	No	Fiscalía federal con jurisdicción especial para delitos cometidos fuera del territorio nacional.
Bélgica	No	No	
Bulgaria	Si	Si	

Tribunales especializados o cámaras tratando con delitos cometidos por militares en tiempo de paz		Sistema de proceso militar	Comentario
Burkina Faso	Sí	Sí	
Camerún	Sí	Sí	
Canadá	Sí	Sí	
Republica Checa	No	No	
Francia	Sí	No	Cámaras especializadas en cortes civiles; Tribunales militares en París, tratando con delitos cometidos fuera del territorio nacional.
Alemania	No	No	
Grecia	Sí	Sí	
Hungría	Sí	Sí	Cámaras militares dentro de cortes civiles. Proceso militar dentro de los servicios de la fiscalía pública.
Irlanda	Sí	Sí	
Kenia	Sí	Sí	Tribunales Ad Hoc, fiscalías militares Ad Hoc.
Lituania	No	No	
Moroco	Sí	No	Proceso por fiscalías civiles después de una decisión del Primer Ministro o el Director de Justicia Militar.
Nueva Zelanda	Sí	Sí	
Noruega	No	Sí	Proceso por Jueces-abogados ante una corte civil.
Portugal	No	No	
Suiza	Sí	Sí	
Singapur	Sí	Sí	Tribunales Militares Ad Hoc, fiscalías militares Ad Hoc.
Los países Bajos	Sí	Sí	Una rama de asuntos militares dentro de la Fiscalía en Arnhem.
Túnez	Sí	Sí	
Reino Unido	Sí	Sí	

El análisis de los reportes nacionales muestra que una mayoría de estados (18 de 25), con un sistema de cortes especializadas, tratan los delitos cometidos por personal militar. Los Países Bajos y Hungría tienen cámaras militares dentro de las cortes civiles. Sin embargo, Australia, Bélgica, República Checa, Lituania y Alemania⁵ suprimieron sus cortes militares en tiempos de paz. Un fiscal civil es el encargado de la fiscalización de personal militar.

Una recomendación en 2001 fue que *cada país debe tener un sistema acumulativo de sanciones por transgresiones menores si este no tiene un sistema de justicia militar capaz de tratar con rapidez las transgresiones disciplinarias militares*. En 2001 todas las respuestas de los países, con excepción de Grecia, tenían el mismo tipo de sanciones disciplinarias. Algunos países tienen comisiones disciplinarias o cortes, como Australia, Alemania, Lituania.

Así como hicimos en 2001, algunas conclusiones generales pueden ser hechas:

- a) Una mayoría de países, de los cuales tenemos suficiente información, tienen un tipo de cortes especializadas para tratar con casos penales en los cuales está involucrado personal militar. Principalmente, la mayoría de estas son cortes militares permanentes, pero algunos países prefieren una corte civil con algún tipo de especialización militar.
- b) La mayoría de estos países tienen un organismo especializado de persecución de casos penales cometidos por militares.

- c) Todas, excepto una, tienen un sistema o un procedimiento acumulativo de sanciones.

2. Diferentes reglas en tiempo de paz y en tiempo de guerra:

Casi la mitad de las respuestas refieren que los estados tienen un código penal militar que hace una distinción entre tiempos de paz y tiempos de guerra. Mayormente, la diferencia está relacionada a las sanciones (una sanción más severa en tiempos de guerra) o a la posibilidad de crear cortes militares, que no existen en tiempos de paz (Bulgaria, Alemania, Francia, y Lituania). En algunos países, los tiempos de guerra llevan a una composición diferente de las cortes.

3. Diferentes reglas para el servicio en la patria y en el extranjero:

Muchos países aplican las mismas reglas para los servicios en su nación, así como los servicios en ejercicios u operaciones en el extranjero. Austria tiene los más severos castigos cuando las faltas son cometidas durante *una misión o una operación*. Similarmente, Australia, Nueva Zelanda e Irlanda consideran que los servicios en operaciones en el extranjero, “en servicio activo”, deben presentar sanciones más severas.

En algunos países, un proceso penal diferente se aplica cuando el personal militar está en operaciones en el extranjero o en su patria. Militares franceses en el extranjero

5 En Alemania las cortes militares fueron suprimidas después de la II Guerra Mundial.

son juzgados por el *Tribunal aux Armees* en Paris, mientras que militares en el país son tratados por cortes⁶ comunes (civiles). Personal militar de Bélgica son sometidos a un proceso ligeramente diferente. (Ejemplo: la duración de la detención preventiva es larga).

CORTE MILITAR:

1. Estructura general de la justicia militar

La *raison D'être* (razón de ser) de la justicia militar, subrayado al final del seminario de 2001, es todavía válida. Pero la movilidad de la justicia militar ha perdido su importancia. Mas países tienen una justicia militar mucho más estática. Porque el transporte y las comunicaciones permiten a las cortes, en sus naciones, cumplir con su deber incluso cuando los militares están desplegados en el extranjero. De acuerdo a los reportes, las cortes militares y sus fiscalías están fijadas, permanentemente, en circunscripciones o regiones del país. Algunos países crean cortes Ad Hoc cuando son necesarias, incluso en el extranjero.

Grecia es el único país donde cada rama de las fuerzas armadas ha separado sus cortes. En todos los demás países, la corte militar tiene una jurisdicción general sobre el personal de todos los servicios y unidades de las fuerzas armadas, incluyendo, de ser así, fuerzas policiales, cuando se unen al ministerio de defensa (así como la *gendarmérie*).

La estructura de la justicia militar en Australia es un poco más elaborada que la de los demás países. Australia tiene tres niveles de autoridades disciplinarias y tres niveles de corte militar. Las autoridades disciplinarias (autoridades disciplinarias de menor rango, oficiales de mando, autoridades disciplinarias superiores) tratan sobre "*ofensas menores*"; sin embargo, pueden decidir respecto a sanciones de hasta dos años de prisión. Las ofensas serias (delitos) deben ser tratadas por los Magistrados de las Fuerzas Armadas, quienes pueden decidir acerca de asuntos de naturaleza penal, pero hasta una pena limitada, o por una Corte Marcial, que decide los casos que presenta un vínculo particular con el deber militar. Las cortes marciales difieren entre ellas por el nivel de penas a ser impuestas: 1° Corte Marcial limitada (un presidente y dos oficiales), teniendo un limitado poder sobre las penas, y 2° Corte Marcial General (un presidente y cuatro oficiales), que actúa como una corte de apelación, cuando la pena dictada por el Magistrado de las Fuerzas Armadas o el límite de la pena impuesta por la Corte Marcial limitada es "claramente inadecuada".

2. Jurisdicción de las cortes militares

Razón Material

Con excepción de las cortes militares griegas, que son las únicas que tienen la posibilidad de tratar con reclamos civiles por

6 Una reforma general de este sistema esta sin embargo bajo discusión actualmente.

las víctimas, las cortes militares de todos los otros países consideran tener únicamente jurisdicción en asuntos de leyes penales. En algunos países la jurisdicción está limitada únicamente a asuntos de la ley penal militar; en otros, la jurisdicción también incluye asuntos de derecho penal “ordinario”; sin embargo, la jurisdicción de las cortes militares puede ser limitada a los casos vinculados al personal militar, ya sea que estos fuesen autores o víctimas.

En algunos estados, los tribunales militares también actúan como tribunales de apelación de procesos disciplinarios.

Razón Personal

La ley penal militar es normalmente aplicable a todo personal militar en actividad, incluyendo reservistas y, en algunos casos, a empleados civiles que tienen funciones dentro de los departamentos de defensa. En algunos países, en tiempo de guerra, la jurisdicción militar es ampliada a prisioneros de guerra, a civiles que acompañan a las tropas, a civiles que trabajan dentro “instituciones importantes” (Ejemplo: en Suiza) y a los enemigos de las naciones (Ejemplo: en Francia)

En tiempos de Guerra

Las condiciones en tiempos de guerra pueden resultar en la ampliación de las facultades jurisdiccionales: penas más severas, plazos más cortos para los procedimientos, extensión de la jurisdicción a los civiles, etc.

3. Personal del Tribunal Militar

Los miembros de los tribunales militares son militares, a veces de un cuerpo de

abogados especializados, preferiblemente de personal formado militarmente o reservistas (se hacen personal en actividad de servicio cuando actúan como jueces). Los jueces y magistrados profesionales son siempre altos oficiales (raramente en un nivel de general) o civiles (asimilados a un específico rango militar). En 2001, la asamblea de los participantes al seminario subrayó, en las recomendaciones, que *un entendimiento apropiado de un ambiente militar es esencial para una buena administración de justicia militar*, lo cual implica la necesidad de una adecuada formación de los magistrados no procedentes de las fuerzas armadas. Nosotros tenemos que admitir hoy que algunos países están de acuerdo con este punto de vista, pero no todos ellos...

4. Independencia de la Justicia Militar

Este quizás es el tema más importante en este estudio.

La independencia de la justicia militar está garantizada por varios medios. Es garantizada y protegida por la ley, por permanentes designaciones de jueces y miembros del tribunal militar o por el estatus especial de los miembros militares de esos tribunales. Las reglas disciplinarias son aplicadas a los miembros militares, por ejemplo, pero ellos no tienen que obedecer órdenes militares dadas por miembros de la jerarquía militar. Ellos ya no son evaluados por la cadena de mando militar.

Sin embargo, en algunos casos, la forma de nombramientos o ascensos de sus miembros pueden interferir con la independencia administrativa de los tribunales militares: En cambio en Canadá y Moroco, los jueces son nombrados por un tiempo

limitado (cinco y un año, respectivamente), en Kenia y Singapur los tribunales militares son creados Ad Hoc y sus miembros son nombrados en esa ocasión. En Moroco, los magistrados militares son continuamente evaluados por su comando conjunto militar.

5. Algunas características esenciales de los procesos en Tribunales Militares

Audiencias Públicas

Con excepción de Alemania, en todos los países los procesos son abiertos al público. Las restricciones (juicio a puertas cerradas), pueden ser admitidas por razones de seguridad, moralidad, orden público o seguridad de los testigos, del estado o del departamento de defensa. En Alemania el público puede ser admitido y asistir al proceso de demanda del acusado, cuando haya interés legítimo de hacerlo.

Derechos de las víctimas

Los derechos de las víctimas en el proceso penal son diversos: desde no tener parte en el caso, ser un demandante civil, hasta ser parte activa permitida a preguntar por las actividades de la investigación. El sistema nacional es muy diverso para poder encontrar tendencias generales en una escala mundial. No obstante, en su mayoría, las víctimas tienen que seguir, separadamente, un proceso civil después del proceso penal, para obtener una decisión favorable.

Confirmación y ejecución de las sentencias

La separación de poderes hace evidente que los juicios no, o ya no, necesitan confirmación por un alto oficial.

Las penas son frecuentemente cumplidas en centros penitenciarios civiles. Las penas de menor gravedad pueden ser ejecutadas dentro de las instalaciones de las fuerzas armadas.

6. Apelaciones contra sentencias de las Cortes Militares

En muchos países las sentencias pueden ser apeladas. Sin embargo, en Burkina Faso no hay apelación. Las partes pueden, únicamente, recurrir a la Corte Suprema, pero una reforma está en camino para introducir un nivel de apelación.

7. Reapertura de casos finalmente juzgados

Generalmente, una vez que hay una sentencia final en un expediente, no puede ser reabierto. Algunas veces, cuando nuevos elementos importantes aparecen (Ejemplo: Si se encuentra que el veredicto se basó en falsos testimonios o en documentos falsos) el expediente puede ser reabierto.

8. Revisión automática por las cortes militares

No hay una revisión automática de las sentencias, excepto en Australia. Algunos reportes mencionan el derecho de la Corte Suprema (*corte de anulación*) a revisar sentencias, pero este control no es automático, tiene que ser pedido por una de las partes en el caso.

9. Jurisdicción de las cortes cuando los acusados son militares conjuntamente con civiles

Una vez más las respuestas muestran la diversidad de sistemas. Existen diferentes opciones:

- Todos los acusados son perseguidos en cortes militares (algunas veces bajo convicción que los delitos están dentro de la jurisdicción de las cortes militares);
- Cada acusado es demandado en la corte respectiva (los civiles en cortes civiles, los militares en cortes militares);
- Todos los acusados son demandados en una corte común.
- Generalmente hablando, es evidente que hay una consulta entre ambas fiscalías, con relación a la decisión acerca de cuál corte conocerá el caso y con qué acusados.

10. Jurisdicción de cortes militares cuando un militar comete diferentes tipos de delitos (ley penal militar y ley penal ordinaria)

En muchos casos las cortes militares pueden tratar delitos militares y delitos comunes. Sin embargo, algunas veces, los delitos pueden ser denunciados en diferentes cortes, por ejemplo, cuando uno de los delitos no tiene relación con la capacidad militar del acusado.

En dos países (Moroco y Túnez), todos los delitos son tratados por la misma corte (militar o civil), dependiendo de la gravedad del delito: el delito más grave determina la corte que tratará con el expediente completo. Si muchos delitos tienen el mismo grado, entonces la corte militar adquiere la prioridad.

Si nosotros observamos las respuestas de varios de los países a los cuestionarios planteados, apreciaremos lo siguiente:

ARGELIA: Tiene seis cortes militares permanentes. La corte militar es competente para conocer delitos bajo el Código de Justicia Militar o de aquellos de la ley penal común, cometidos por el militar en ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones. Con respecto a la definición de delitos, no hay distinción entre tiempos de paz y de guerra, pero en tiempo de guerra la jurisdicción de las cortes militares se extiende a civiles y prisioneros de guerra. La corte está compuesta por jueces militares, con un oficial de rango de forma permanente y de un magistrado civil como integrante. Todos al menos tienen un grado en leyes. Hay una posibilidad de apelar, con lo cual la sentencia puede ser anulada, ante la Corte Suprema.

AUSTRALIA: El sistema de juicios por delitos durante el servicio está establecido en la Ley de disciplina de la fuerza de defensa de 1982 (DFDA)⁷ La ley faculta a llevar adelante juicios por un magistrado de la fuerza de defensa, por una corte marcial restringida o una corte marcial general. Los delitos graves son tratados a través de una corte marcial (restringida o general) o por un magistrado de la fuerza de defensa. Aunque no esté previsto por la legislación (debido mucho más a la discreción del Director del proceso militar y registrador de

7 Ley de disciplina de la fuerza de defensa.

Justicia Militar), un magistrado de la fuerza de defensa casi siempre oírá problemas de un delito general. Ejemplo: robo, asalto etc. Por otro lado, una corte marcial es más probable que vea delitos relacionados con asuntos del “servicio”. Ejemplo: desarrollo negligente del deber. Un comité de corte general marcial está integrado por un presidente y cuatro miembros, todos oficiales, con un rango mayor a la del acusado. Una corte marcial restringida consiste de un presidente y dos oficiales. La Corte Militar está asesorada, en materia de derecho, por un auditor de guerra. Las cortes civiles no son competentes para ejercer jurisdicción bajo la DFDA.

Las condenas dictadas por un tribunal militar están sujetas a una revisión automática; y, además, a una revisión si el condenado lo solicita. Una persona que ha sido condenada por una corte marcial o un magistrado de la fuerza de defensa, puede apelar contra una condena o absolución prescrita. En casos determinados, el tribunal puede consultar a la Corte Federal. La Corte puede oír y resolver sobre la consulta que se le haga.

AUSTRIA: Austria no tiene cortes militares ni fiscales militares. Los delitos militares son tratados por las cortes civiles. Los procesos disciplinarios son manejados por un oficial de mando, una comisión de procesos disciplinarios u órganos con misión de sanción, dependiendo si el proceso disciplinario se refiere a un conscripto o a un militar profesional, o si el delito disciplinario es cometido durante una misión o no.

BÉLGICA: Se ha abolido el sistema de jurisdicción militar desde el 2003, en

tiempos de paz. Por lo tanto, no tiene cortes militares y tampoco un sistema de acusación militar. Sin embargo, se aplican varios mecanismos para asegurar que los jueces, fiscales civiles e investigadores estén familiarizados con la vida militar.

BULGARIA: La jurisdicción militar de Bulgaria incluye 5 cortes militares de distrito como una primera instancia y 1 una Corte militar de apelaciones como segunda instancia. La tercera instancia es la Corte Suprema de Casación. Los jurados en las corte militares pueden ser generales (almirantes), oficiales y sargentos de servicio militar regular. Los integrantes de las cortes militares, los fiscales militares e investigadores deben ser retirados del servicio militar activo, de acuerdo a la Ley en lo Judicial. No hay reglas diferentes en el sistema legal militar para tiempos de guerra y tiempos de paz o para unidades en el extranjero. Las Cortes Militares también tienen jurisdicción sobre los civiles que hayan tomado parte en la comisión de un delito militar. No hay diferencia entre apelación de decisiones de la corte militar y la corte civil. Las decisiones pueden ser apeladas por un fiscal, el acusado y la víctima. No hay ningún sistema de revisión automática de decisiones. Las Fuerzas Armadas no tienen un sistema acumulativo de sanciones.

BURKINA FASO: Hay un sistema de tribunales militares. Los magistrados militares reciben el mismo entrenamiento que los magistrados civiles. El futuro magistrado militar debe ser un oficial con grado de Maestro en Leyes. Los coautores civiles o compañeros de un acusado militar son también tratados por tribunales militares.

CAMERÚN: La organización militar judicial está compuesta de 10 cortes militares (una corte por cada región administrativa), de las cuales 5 funcionan a tiempo completo. Las decisiones pueden ser objeto de apelación ante el Despacho Militar de la Corte de Apelación. Las reglas aplicadas por la Justicia Militar en Camerún son más flexibles en tiempos de paz que en tiempos de guerra, en el cual los plazos son cortos y los jueces civiles son reemplazados por oficiales; los casos pasan a las cortes militares, se simplifican y se siguen hasta su conclusión.

CANADÁ: El Sistema de Justicia Militar es una parte integral del sistema legal de Canadá y funciona paralelamente al sistema de justicia civil. El sistema de justicia militar tiene dos niveles en su estructura que incluye el tratamiento de asuntos disciplinarios y el sistema de corte marcial. La corte marcial es una corte formal militar presidida por un juez militar, que tratará con ofensas o delitos más serios, y es conducido de acuerdo con las reglas y los procedimientos similares a los seguidos en las cortes penales civiles.

El gobierno puede designar a abogados o defensores que tengan por lo menos diez años en la barra de jueces militares para integrar la corte. Reglamentariamente, los miembros de las cortes marciales tienen los mismos derechos, poderes y privilegios que tienen los miembros de una corte penal superior. La Corte Marcial es convocada por un Administrador de la misma, para cada caso, por lo que el sistema de justicia militar canadiense puede ser calificado como un sistema Ad Hoc. No hay reglas diferentes entre tiempos de guerra y tiempos de paz. Las cortes marciales pueden ser

establecidas en cualquier parte del mundo, sin reglas diferentes para unidades en el extranjero y dentro del país. Todo infractor declarado culpable por asuntos disciplinarios tiene derecho a solicitar una revisión de la sanción impuesta. Las decisiones adoptadas por la corte marcial pueden ser apeladas ante la Corte Marcial de Apelaciones de Canadá (CMAC) y las decisiones de esta pueden, a su vez, ser apeladas ante la Corte Suprema de Canadá.

REPÚBLICA CHECA: La nación ha reportado no tener un sistema legal militar separado. Desde 1994 casos de naturaleza civil y militar son oídos, exclusivamente, por cortes civiles, decididos por jueces civiles y únicamente de acuerdo a las reglas o procedimientos civiles. El sistema judicial Checo no tiene ningún elemento militar ni otro elemento específico en las cortes civiles, que traten casos militares. No hay reglas específicas o procedimientos distintos aplicables al personal militar.

FRANCIA: En tiempos de paz, dentro del territorio de la República, el personal militar francés que comete delitos en el ejercicio de sus deberes, es sometido a las cortes de derecho común especializado en asuntos militares. Hay 33 de estas cortes, una por cada jurisdicción geográfica de cada Corte de Apelación. Para los delitos cometidos fuera del territorio de la República, es competente, únicamente, el tribunal de la Armada en París. Los jueces son magistrados civiles del poder judicial. En tiempos de guerra la corte de las fuerzas armadas están bajo la autoridad del Ministerio de Defensa. Tres tipos de corte pueden ser establecidas: La Corte territorial de las fuerzas armadas (en Francia), El Tribunal supremo de las

fuerzas armadas (en Francia) y las cortes militares de las fuerzas armadas (dentro y fuera del territorio).

ALEMANIA: La nación ha reportado no tener cortes penales militares. Las cortes que tratan de las violaciones al Código Penal Militar son cortes del sistema general de la justicia civil. Estas cortes civiles son cortes permanentes. La Corte Marcial Ad Hoc no existe en el sistema legal militar germano.

GRECIA: La justicia penal en las fuerzas armadas es ejercida por cortes militares permanentes y la corte civil del Estado. No hay cortes militares Ad Hoc. Hay seis Cortes Militares del Ejército, cuatro Cortes Militares Navales y cuatro Cortes de la Fuerza Aérea. Todas ellas son cortes de primera instancia. Sus decisiones pueden ser apeladas ante la única Corte de Apelación localizada en Atenas, considerando que las decisiones de esta última pueden ser objeto de casación ante la Corte Suprema Civil del Estado.

HUNGRÍA: Las cortes comunes húngaras forman una unidad. Tienen cuatro instancias (local, condado (20), apelación (5) y Corte Suprema). Solamente 5 de las 20 cortes de condado tienen cámaras militares y se denominan: "Consejo militar de la corte del Condado..." Todos los casos militares son tratados en estas cinco cortes, en primera instancia.

IRLANDA: Hay tres clases de corte marcial: general, limitada y sumaria, previstas en la ley de defensa. Una corte general marcial está conformada por un juez

militar y una junta que consta de un mínimo de cinco integrantes. El juez militar es un coronel (o su equivalente naval) y, en el caso del juzgamiento de un oficial, la junta constará de 4 oficiales con rango mayor a capitán (o su equivalente naval) y, en el caso de un recluta, al menos tres oficiales con rango mayor a capitán (o su equivalente a un naval) y puede incluir un sub oficial superior, un sargento mayor de batallón o su equivalente. Una corte marcial limitada consiste de un juez militar y un directorio de un mínimo de tres integrantes, constando de un comandante o su equivalente naval y al menos un oficial con grado superior a teniente o su equivalente naval; puede incluir, un sub oficial mayor que el anterior pero no de menor grado que el acusado. Los oficiales no pueden ser procesados por una corte marcial limitada. La corte marcial sumaria se compone de solo un juez militar. Hay posibilidad de apelar ante la Corte Marcial de Apelación. Hay otra posibilidad de apelación ante el Tribunal Supremo en una cuestión de Derecho.

KENIA: La nación tiene un sistema de tribunales militares Ad Hoc, esto significa que en cualquier momento hay un caso para ser tratado, los jefes de servicio o el jefe del personal general son llamados a un tribunal militar. Es de destacar, sin embargo, que actualmente la nación está comprometida en un esfuerzo por revisar la ley de las fuerzas armadas, de conformidad con la Constitución.

LITUANIA: En tiempos de paz, no hay tribunales militares ni Fiscalía militar. Los casos penales relacionados con los miembros de las fuerzas armadas o el servicio militar son oídos en cortes locales o

regionales (las cortes distritales y las cortes de condado son de competencia general). Pero la Ley Marcial provee bases legales para establecer cortes marciales durante un estado de guerra. En esta situación, comandantes militares son asignados a los condados de la Republica (hay diez condados en Lituania), para integrar las cortes marciales, que pueden ser establecidas únicamente por el Presidente de la Republica. Las cortes marciales son de primaria instancia para casos penales. Las cortes marciales están compuestas por tres jueces, uno de ellos elegido presidente. Los Jueces y presidentes de las cortes marciales son nominados por los Comandantes Militares (o comandantes de las unidades militares). Las resoluciones adoptadas por las cortes marciales son aplicables desde el momento que son dadas. Dentro de los 14 días la resolución puede ser apelada a la Corte Suprema de Lituania.

MOROCCO: En tiempos de paz, el Tribunal militar permanente (PMT)⁸ es la que decide todos los casos penales dentro de su jurisdicción, de acuerdo con el código de justicia militar. Los jueces militares son oficiales en servicio activo, tienen un grado en leyes y han completado dos años de entrenamiento adicional. La corte está integrada por un presidente, quién es un magistrado de la Corte de Apelación de Rabat y de asesores militares. Las órdenes del juez de instrucción pueden ser apeladas ante la Sala Penal de la Corte de Apelaciones. Las resoluciones dictadas por el PMT están sujetas a apelación (casación) ante la Corte Suprema.

LOS PAÍSES BAJOS: La jurisdicción en casos penales de militares está concentrado en una corte: en primera instancia, en la Corte Distrital de Arnhem y en apelación ante la Corte de Apelación de Arnhem. Los despachos militares se integran en el sistema de justicia civil y están compuestos por dos jueces civiles y un miembro militar (un abogado militar con rango de coronel en la Corte Distrital de Arnhem y un brigadier general en la Corte de Apelación de Arnhem). Los casos simples serán tratados ante un juez civil de la Corte Distrital de Arnhem, quien no puede imponer un encarcelamiento mayor al de un año. La Corte Suprema de Los Países Bajos de la Haya no tiene despacho militar, así que no hay diferencia en los procedimientos de derecho penal en el más alto nivel jurídico.

NUEVA ZELANDA: Nueva Zelanda tiene un nuevo sistema de justicia militar, el cual se introdujo dentro de las fuerzas armadas en 2009. Dos nuevas cortes militares fueron establecidas: la Corte Marcial de Nueva Zelanda y la Corte Marcial de Apelación. La Corte Marcial está presidida por un juez e integrada por un panel de tres miembros militares para la mayoría de los juicios; pero, con cinco miembros militares, si los cargos se relacionan con un delito para el cual la pena máxima es de prisión perpetua (de por vida- for life- dice el texto) o de un término de 20 años o más. No hay distinción basada en el rango del acusado.

8 Tribunal Militar Permanente.

NORUEGA: Los casos penales militares, en tiempos de paz, son vistos por las cortes civiles comunes, con participación de auditores de guerra y fiscales militares. En tiempos de guerra los casos militares penales son procesados ante un número limitado de cortes civiles, con jueces militares.

PORTUGAL: De acuerdo a lo previsto por la constitución de la República de Portugal y el código de Justicia Militar, las cortes militares son únicamente establecidas en tiempos de guerra. En tiempos de paz los casos de justicia militar son llevados ante la corte ordinaria competente y son procesados y juzgados de acuerdo con las reglas aplicables a este. Se observa que delitos estrictamente militares pueden ser cometidos por miembros de las fuerzas armadas, personal militarizado o civil.

SUIZA: Hay ocho tribunales militares, tres Cortes Militares de Apelación y la Corte Suprema Militar (ambas cortes están al mismo nivel de la Corte Suprema Federal), las cuales son responsables del poder judicial. Todas las cortes son dirigidas por un oficial de la justicia militar, normalmente, con el rango de coronel. Todas las cortes militares están compuestas por cinco miembros, además del presidente, quien es un oficial de justicia militar y cuentan con dos oficiales y dos suboficiales/soldados de la unidad, asignados a la Corte. Cada caso puede ser llevado ante una Corte Militar de Apelación. La instancia suprema en los procesos militares suizos es la Corte Suprema Militar.

SINGAPUR: Tiene un sistema separado de cortes militares. Puede haber cortes

Ad Hoc funcionando en cualquier momento y en cualquier lugar del país. Todos los casos judiciales pueden ser recurridos ante un tribunal militar de apelación. Los delitos militares y comunes, cometidos por personal militar, caen bajo la jurisdicción de las cortes militares. Los acusados no pueden ser condenados en ausencia (in absentia). No hay un consejo judicial supremo u otro órgano encargado de preparar o supervisar el trabajo de las cortes militares. Los jueces trabajan independientemente. No hay un sistema de revisión automático de las decisiones judiciales, realizadas por las cortes militares.

TÚNEZ: El sistema de justicia militar está compuesto por tres cortes militares de primera instancia, una Corte Militar de Apelación, localizada en Túnez (ciudad capital), cámaras militares de acusación y los Tribunales Militares Ad Hoc establecidos por Decreto. La composición de un tribunal militar es diferente en tiempos de guerra. Entonces el Presidente se convierte en un magistrado militar. El recurso de casación de sentencia es posible ante la Sala Militar en la Corte de Casación.

REINO UNIDO: La ley de las Fuerzas Armadas de 2006, establece la Corte Marcial (CM) como una corte permanente. La Corte Marcial puede estar situada en cualquier lugar dentro o fuera del Reino Unido, y tiene jurisdicción para tratar cualquier delito cometido en el servicio. Un acusado militar será juzgado ordinariamente por personal de su propio servicio. Sin embargo, cuando se es juzgado con un coacusado de un servicio diferente, los miembros de la corte se integrarán con miembros de ambos servicios. Cada

acusado tendrá siempre, al menos, un miembro de su servicio en la Junta de Servicios de la Corte Marcial. Si una persona es declarada culpable por la Corte Marcial, el acusado puede apelar ante el Corte Marcial de Apelación (CMAC).

III. FISCALIA MILITAR:

1. Base legal y estructura del sistema de Fiscalía Militar

No hay duda de que la acusación constituye “el corazón” de todo el proceso penal. Sin la “demanda penal” del Estado, el proceso entero no podría existir. Por lo tanto, una especial atención debe fijarse en lo que están haciendo las naciones sobre este punto.

A la luz de los informes de las naciones, esto debe ser acentuado en su organización y estructura, dada la importancia de esta institución para el procesamiento, que sin embargo sigue siendo muy disímil. La mayoría de las naciones, como Australia, Bulgaria, Burkina Faso, Camerún, Canadá, Grecia, Hungría, Nueva Zelanda, Suiza, Singapur y Túnez, tienen una estructura de fiscalía militar en el sentido tradicional, mientras que otras, como Francia, Irlanda, Kenia y Los países Bajos no.

Hasta las naciones que incluso han abolido la justicia militar y la Fiscalía militar como Australia, Bélgica, La República Checa, Alemania, Lituania y Moroco, han reportado que han tomado otras medidas, ya sea por ley o por práctica, dándole un “tratamiento particular”. Ellos asignan fiscales civiles y policías, en principio, para casos de naturaleza militar, estableciendo mecanismos particulares o jurisdicciones especializadas para asegurar que el “sistema civil sobre el militar” trabaje apropiadamente.

2. Casos caen bajo el sistema de la Fiscalía Militar

Cualquiera que sea el fundamento de la estructura de las naciones, debe ser subrayado, sin embargo, que hay un reconocimiento claro y común de los estados que las fuerzas armadas continúan desarrollando un papel muy importante en las sociedades locales, lo que significa, entre otros, que sus miembros merecen un tratamiento judicial particular si cometen actos delictivos.

3. Personal de servicio con el sistema de Fiscalía militar

Hay una inmensa variedad de quienes tienen la competencia para presentar una acción pública (denuncia). Las naciones han referido la labor fiscal a la fiscalía militar ordinaria (Austria, Bulgaria), a las fiscalías civiles (Austria, Bélgica, República Checa, Francia, Lituania, Los Países Bajos), a jueces abogados, a abogados disciplinarios (Alemania), a las fiscalías militares pertenecientes al Cuerpo Judicial Unificado de las fuerzas armadas (Grecia), a oficiales titulados como abogados o procuradores (Irlanda), a oficiales calificados legalmente (Kenia), al Primer Ministro (Moroco), a oficiales legales de la fuerza regular (Nueva Zelanda) o a comisarios de gobierno (Túnez). Esta imagen está directamente relacionada con la situación interna de las distintas naciones, localización, intereses de seguridad, tradición, leyes... en orden a seguir los intereses de desarrollo internacional.

4. ¿Cómo se desarrolla la comprensión por los fiscales y policías sobre la vida militar?

Donde fiscalías civiles y policías tratan con casos de naturaleza militar, las naciones

en general proveen la estrecha relación entre fiscales y comandantes militares, con participación de los instructores militares y la asistencia a cursos de actualización en las fuerzas armadas. Las naciones están tomando estas medidas para que los fiscales e investigadores estén actualizados sobre los acontecimientos militares, a pesar de que en algunos casos no exista justicia militar o fiscalía militar.

5. ¿Están los investigadores y fiscales militares libres de la influencia del comando?

Las naciones están tomando una variedad de medidas, mayormente bajo la forma de disposiciones estatutarias y arreglos del comando estructural, para que los investigadores y fiscales militares permanezcan libres de influencia del comando cuando desarrollen sus labores. Por lo tanto, en la mayoría de los casos, ellos gozan de su independencia funcional y no participan del entrenamiento militar o de los ejercicios militares. No obstante, en general, permanecen sujetos a los reglamentos disciplinarios militares.

Si vemos las respuestas de los distintos países, que tuvieron la amabilidad de contestar el cuestionario, apreciaremos en principio lo siguiente:

ARGELIA: Un sistema de fiscalía militar activa no existe, como tal; sin embargo, hay jurisdicciones militares, donde los miembros de las fuerzas armadas ejercen las funciones de la Fiscalía Militar de la República. Ellos actúan bajo la autoridad del Ministerio de Defensa Nacional. Hay una cerrada cooperación entre la fiscalía militar y miembros de las fuerzas armadas, en

varios niveles, y los instructores están proporcionando a los fiscales como debe ser aplicada y preservada la legislación penal militar. Los investigadores militares están constantemente bajo el control de la Fiscalía Militar de La República. Hay que destacar que Argelia tiene seis tribunales militares permanentes operativos, siendo competente para juzgar el conjunto de actos delictivos cometidos por personal militar.

AUSTRALIA: En las cortes marciales, el Magistrado de la Fuerza de Defensa y el Tribunal de Apelaciones de la Disciplina de la Fuerza de Defensa, fiscales militares manejan los procesos, de acuerdo con las indicaciones de la oficina del Director de la Fiscalía Militar. Ellos son oficiales militares (permanentes o de reserva), que no deben tener ningún proceso en la corte penal civil. El Director de la Fiscalía Militar lleva los juicios por delitos del servicio, y, en este sentido, él designa a un oficial de la Fiscalía para que conozca de un caso determinado. Delitos como el robo, asaltos o fraudes pueden ser procesados en la jurisdicción penal militar o en la ordinaria, mientras que no sean delitos de servicio como agresión sexual o fraude, que generalmente son referidos a las autoridades civiles. Ambas, fiscalía militar e investigadora (estos últimos miembros de la policía de servicio) son partes integradas de las Fuerzas Armadas de Australia, lo que significa que ellos reciben el entrenamiento común militar.

Hay previsión estatutaria y disposiciones para asegurar que no haya ninguna influencia del comando sobre el desarrollo de las responsabilidades de los fiscales e investigadores responsables. El más importante de estos es la existencia del Director de la Fiscalía militar, quien es nombrado por el

Ministerio de Defensa, para un periodo fijo de servicio, que no excede los cinco años, y un esquema de remuneración separado.

AUSTRIA: No hay servicio de fiscalía militar, desde que la nación no tiene ni tribunales militares.

BÉLGICA: El país ha abolido el sistema de jurisdicción militar, desde 2003, en tiempos de paz. Por lo tanto, este país no tiene un sistema de fiscalía militar y está aplicando varios mecanismos para asegurar que las fiscalías civiles e investigadoras estén familiarizadas con la vida militar. Estos mecanismos están relacionados al entrenamiento que proviene del Colegio de Fiscales y las Instituciones Policiales.

BULGARIA: Hay autoridades fiscales militares. Las fiscalías militares tienen un estatuto militar y sus integrantes tienen rango militar. Ellos son los responsables del procesamiento de todos los delitos cometidos por los miembros de las fuerzas armadas y bajo ciertas condiciones previas, también por los civiles. Mientras desarrollan sus deberes, los fiscales son independientes de la influencia del comando militar. Lo mismo aplica también para los investigadores militares, quienes son también oficiales.

BURKINA FASO: Hay un sistema de fiscalía militar semejante a la fiscalía ordinaria. Oficiales o gendarmes pueden convertirse en fiscales militares. Todos ellos están provistos del respectivo entrenamiento militar, en el país o fuera del país, por lo que entienden de la vida militar. La nación no tiene investigadores militares desde que

esta labor es desarrollada por oficiales policías. Los fiscales militares, mientras desarrollan su labor, no son influenciados por la jerarquía militar. Sin embargo, están sujetos a las regulaciones disciplinarias militares.

CAMERÚN: La nación tiene fiscales militares. Ellos tienen como competencia fiscalizar todos los delitos cometidos por los miembros de las fuerzas armadas y policiales. Los fiscales militares pueden pertenecer a cualquiera de estos cuerpos militares (incluyendo policiales), y ellos trabajan en forma permanente. No hay investigadores militares; las investigaciones son llevadas por los oficiales y por policías. En favor a estar en contacto y tener entendimiento de la vida militar, ambos, fiscales militares e investigadores, toman parte del entrenamiento militar. Además, la nación ha reportado que los investigadores ejercen sus funciones de acuerdo con el nuevo Código de Procedimiento Penal, que entró en vigor a principios de enero de 2007, y, en virtud de esto, el comando militar no influye en su labor.

CANADÁ: Tiene el “Servicio de Fiscalía Militar Canadiense”, el cual está conformado por el Director de la Fiscalía Militar y un equipo de fiscales militares, regulares y de reserva, que actúan conjuntamente con los procuradores civiles. Tienen jurisdicción sobre delitos del servicio cometidos por personas sujetas al Código de Servicio de Disciplina, el cual es tratado por las cortes marciales. El Director de las Fiscalías Militares es nombrado por el Ministro, por un periodo que no excede de cuatro años y puede ser removido del cargo únicamente por el Ministro. El director está bajo la supervisión de la Auditoría

General de Guerra y el JAG (Auditor General) es quien puede emitir indicaciones generales o directrices, por escrito, con respecto a procesos u otros de naturaleza particular. Los fiscales militares son abogados militares, de servicio regular o de reserva, que prestan servicios por tres o cinco años. Los investigadores militares adquirieron entrenamiento y, por lo tanto, ellos están familiarizados con la vida militar. Éste no es necesariamente el caso de los fiscales militares, quienes tienen una variada formación (alguien que no tiene previa experiencia militar, otros de la fuerza regular o de reserva con experiencia). Sin embargo, deben completar satisfactoriamente el Curso de Entrenamiento Básico de Oficiales, antes de convertirse en oficiales jurídicos. Fiscales militares e investigadores toman parte de los ejercicios militares y operan libres de cualquier influencia de comando.

REPUBLICA CHECA: No hay fiscalía militar como tal, desde que todos los actos penales de las fuerzas armadas son llevados por fiscales civiles y son tratados por cortes civiles. Sin embargo, la práctica indica que hay un número de fiscales civiles y policiales asignados, tratando, en principio, con casos de naturaleza militar. El rol del policía militar es importante, ya que conduce las investigaciones de los delitos cometidos por miembros militares. Las investigaciones son llevadas por oficiales experimentados, entrenados, para este propósito, por la Academia de Policía. El personal militar está fuera del comando militar, subordinándose únicamente al Jefe de la Policía Militar, quien, regularmente, se reporta directamente con el Ministro de Defensa. Esta estructura garantiza la no influencia en ellos, por parte del comando militar.

FRANCIA: No hay autoridades fiscales militares. En tiempos de paz, las acciones penales se ponen en marcha por un Fiscal General que se mantiene informado ya sea por el Ministro de Defensa o por las autoridades militares, respectivamente. La única excepción es la relacionada a los delitos flagrantes, donde el asesoramiento no es necesario. Sin embargo, en tiempos de guerra, el Ministro de Defensa asume los poderes judiciales que prevé el Código de Justicia Militar y las autoridades militares son las responsables por el proceso de todos los delitos penales cometidos por los miembros de las fuerzas armadas.

ALEMANIA: No hay institución de fiscalía militar en Alemania. La competencia para la iniciación de procesos penales le pertenece a las fiscalías civiles. Sin embargo, hay lo que se llama “Disciplina fiscal”, cuyos integrantes, de alguna manera, son comparados con los fiscales militares, puesto que ellos representan a la autoridad instituyente, en todos los procesos ante la Corte Disciplinaria y Cortes de Apelación, formulando cargos en contra del personal militar en los procesos disciplinarios y ejecutando las decisiones disciplinarias impuestas por las cortes militares. Las labores de los Representantes Disciplinarios están directamente relacionados con las Corte Disciplinarias y de Apelación. Estos representantes son funcionarios públicos, con grado de Mayor hasta Coronel, y son abogados especialmente calificados. Ellos toman parte en los ejercicios militares, como asesores (no como fiscales), debido a su estatus militar durante este periodo y participan en cursos sobre procesos y Derecho de la guerra. No están subordinados a oficiales militares, pero sí a la Disciplinaria de la Procuraduría y pueden llevar a

cabo investigaciones preliminares sin necesidad del consentimiento de la autoridad competente.

GRECIA: Hay un sistema de fiscal militar. Hay oficinas de fiscalía en todos los tribunales militares de primera instancia y una oficina en la Corte de Apelación Militar. Los fiscales militares tienen los mismos derechos y roles que los fiscales de la jurisdicción civil. Ellos pueden iniciar procesos penales en contra de los miembros de las fuerzas armadas y la guardia costera, en casi todos los actos delictivos que hayan cometido. Los fiscales militares y los investigadores militares, pertenecen a la Corporación Judicial Unida de las Fuerzas Armadas. Gozan de independencia personal y funcional y no participan en el entrenamiento militar ni en ejercicios militares. El Ministro de Defensa Nacional les provee únicamente soporte administrativo a tribunales militares y oficinas de fiscalía. Esto significa que el comando militar no puede interferir con la labor de la fiscalía militar ni con la investigación.

HUNGRÍA: Esta nación tiene una sólida institución en la fiscalía militar. Es una parte integral del sistema de fiscalía del país y está dirigida por el Fiscal General Militar, quién es uno de los diputados de la Fiscalía Pública (elegido por el Parlamento por nueve años). Sus funciones, desde la perspectiva penal, son relativamente similares a las de las fiscalías civiles. La jurisdicción está desplegada sobre miembros de las fuerzas armadas y ciertos miembros de la policía, fuerzas de detención y servicio de seguridad nacional civil. En adición, las fiscalías militares ejercen supervisión legal sobre la jurisdicción de

los comandos, participa en la educación legal de las organizaciones militares y proveen asesoría legal a los miembros de las fuerzas armadas. Ellos son oficiales que poseen un rango militar y usan uniforme militar. El Fiscal General Militar tiene rango de General. Las oficinas de las fiscalías militares operan independientemente del comando militar y tienen su propio presupuesto.

IRLANDA: No hay fiscalía militar, como tal. Sin embargo, las normas prevén el nombramiento, por el Gobierno, de un oficial, con rango no menor a Coronel, para ser el Director de la Fiscalías. Éste puede nombrar fiscales a oficiales calificados como abogados o procuradores. El director determina los cargos que serán tratados por una corte marcial, específica la clase de corte marcial que tratará los delitos y administra el Tribunal Marcial como corresponde. En este escenario, debe ser recalcado que hay tres clases de corte marcial, esto es general, limitada y sumaria, la cual puede ser reunida en cualquier lugar, dentro o fuera del estado.

KENIA: Kenia tiene un sistema Ad Hoc de tribunales militares. Esto significa, que cuando haya un caso para ser tratado, el Jefe de Servicio o el Jefe del Personal General son convocados al tribunal militar. Debe ser subrayado, sin embargo, que actualmente la nación está comprometida a un esfuerzo de revisar las leyes de las Fuerzas Armadas, en acuerdo con la constitución.

LITUANIA: En tiempos de paz, no hay tribunales militares ni fiscalía militar en operación. La única institución que

ejerce investigación previa, con relación a los miembros de las fuerzas armadas, es la Policía Militar y las investigaciones son supervisadas por un fiscal civil. En tiempos de guerra, dichas investigaciones, son llevadas a cabo por otra persona designada por los comandantes militares; sin embargo; incluso entonces, no hay una fiscalía militar.

MOROCCO: Aunque hay cortes militares, sin embargo, no existe una institución llamada fiscalía militar. La competencia para una acción penal es conferida al Primer Ministro, quien delega esta autoridad al Director de Justicia Militar. Sin embargo, las acciones penales contra los que tienen rango de General o de oficiales superiores, permanece bajo la responsabilidad del Primer Ministro. Por lo tanto, ni el Fiscal Real ni sus diputados pueden emitir sentencias contra los miembros de las fuerzas armadas. Esta responsabilidad, en principio, yace en el Director de Justicia Militar, quien es un oficial superior (juez militar), al igual que la responsabilidad de supervisar la investigación. En tiempos de paz, hay únicamente un tribunal militar en operación, el llamado "Tribunal Militar Permanente".

LOS PAÍSES BAJOS: Existe fiscalía militar como una institución. Sin embargo, el rol de fiscalización es desarrollado por un fiscal civil de la rama de asuntos militares de la Corte Distrital de Arnhem y la Corte de Apelación, la que también está ubicada en Arnhem. Además, de los requisitos generales sobre sus antecedentes, los fiscales holandeses también deben poseer un grado de magister en Derecho (LL.M.). Por el contrario, los fiscales militares son miembros de la policía militar y, por lo tanto, ellos tienen un estatuto militar, reciben

entrenamiento necesario y están en constante relación con las actividades militares. Sin embargo, los fiscales civiles no reciben entrenamiento militar, pero tienen una estrecha relación con los servicios militares y legales del Ministerio de Defensa, para que estén en constante actualización.

NUEVA ZELANDA: El nuevo sistema de justicia militar, que entró en vigencia para las fuerzas armadas a inicios de julio de 2009, prevé que el rol del fiscal es emitido por el Director de Fiscalías Militares. Él es un oficial militar con certificado de prácticas como abogado o procurador del Tribunal Supremo, de por lo menos, siete años. El fiscal es responsable de determinar los cargos que se tratarán en la Corte Marcial, responder a cualquier apelación ante la Corte Marcial de Apelación o a la Corte de Apelación sumaria y del nombramiento de fiscales, en cada caso, ante la corte marcial. En la mayoría de casos, él designa a los oficiales jurídicos de fuerza regular para representarlo en la corte marcial o cortes militares de apelación. El fiscal no tiene personal de planta, debido a que el volumen de los casos en los que es requerido, no es abundante. El fiscal empieza a actuar una vez que el caso le es referido por el oficial disciplinario ante quien fue inicialmente llevado. Él no está sujeto a control por el Ministerio de Defensa. La competencia del fiscal recae sobre todos los miembros de las fuerzas armadas y, excepcionalmente, en los civiles cuando existe cercana conexión con lo militar.

NORUEGA: La fiscalía militar recibe instrucciones del Director de la Fiscalía Pública (Riksadvokaten), que se encuentra bajo la administración del Ministro de

Justicia. En tiempos de paz, Noruega tiene un Auditor General y cuatro Auditores de Guerra, dos que sirven en la parte sur y los otros dos en la parte norte de Noruega. Cada auditor tiene jurisdicción sobre todos los servicios militares en el área geográfica de su responsabilidad.

PORTUGAL: Bajo la Constitución de la República, algunos oficiales de las fuerzas armadas, nombrados jueces militares o asesores militares, pueden ser destinados a la fiscalía pública. Los delitos estrictamente militares son vistos por asesores militares, oficiales de las fuerzas armadas, quienes ayudan a la fiscalía pública en temas fiscales o de delitos, de acuerdo a la legislación militar, en la promoción y ejecución de las medidas de prevención de esos delitos, en la dirección de la investigación de los mismos, en el procedimiento de actividades de la policía militar judicial, en el manejo de la ejecución de sentencias y las medidas de seguridad aplicadas a los soldados, en servicio. El representante legal general de la república puede establecer un mayor número de asesores para que cada una de estas secciones cumpla con los requerimientos operacionales del servicio. Los nombramientos son preferiblemente hechos entre oficiales con un título en leyes.

SUIZA: Hay un sistema de fiscalía militar, dirigido por el Fiscal Militar General, quien está en la cima de la organización de la justicia militar. Aunque él desarrolle labores administrativas, principalmente, como la supervisión legal de los procesos, la educación y el entrenamiento de los miembros de justicia militar, está también autorizado a iniciar procesos penales por actos de servicio, debiendo declinar de hacer esto si el acto ha sido cometido fuera del

mismo. En todos los ocho tribunales militares, fiscales militares e investigadores han sido asignados. El primero tiene el rango de Mayor, mientras que el último tiene el rango de Capitán. Básicamente, los fiscales militares son competentes para procesar todos los delitos cometidos por los miembros en actividad o en conexión con funciones militares.

SINGAPUR: Hay fiscales, quienes pertenecen al departamento legal del Ministerio de Defensa. Pueden ser nombrados como tales, militares o civiles y trabajan en instalaciones permanentes. Ellos están en contacto con la vida militar, puesto que reciben entrenamiento militar y participan en los ejercicios militares.

TÚNEZ: Acciones penales ante tribunales militares son ejercidos por los comisarios de Gobierno o sus diputados, quienes actúan bajo la supervisión del Director General de la Fiscalía de Justicia Militar y el Ministerio de Defensa Nacional. Ellos trabajan en un establecimiento permanente y tienen un estatuto militar. Por lo tanto, están familiarizados con el entendimiento y la vida militar y han recibido el entrenamiento necesario. Esto también es aplicado a los investigadores militares, quienes participan en todo los ejercicios militares. No hay influencia del comando en la labor de la fiscalía militar y de los investigadores, puesto que ellos ejercen sus labores en un ambiente completamente independiente.

REINO UNIDO: El Director del servicio de fiscalías (DSP), es el responsable de la fiscalización del procesamiento de los delitos en las cortes de servicio. El DSP puede ser un civil o una persona en servicio

(militar), pero debe estar calificado en leyes. El DSP puede nombrar a oficiales para actuar como fiscales, quienes pueden ejercer cualquiera de las funciones del DSP. Cada servicio tiene su propia policía de servicio ("El rector Oficial"), quienes son miembros de las fuerzas armadas. Principalmente, este será un servicio policial. Las leyes de las Fuerzas Armadas de 2006, disponen poderes de acceso a determinados lugares, registros, incautación, retención y revisión de custodia en relación con los delitos de servicio, cuando éstos sean autorizados por un juez (y en limitadas circunstancias un oficial de mando).

IV. ACUMULACIÓN DE SANCIONES

1. Bases legales y estructura general del sistema de acumulación de sanciones

Es evidente que un gran número de estados tienen a su disposición una especie de sistema de acumulación de sanciones, en favor a reaccionar favorablemente en contra de violaciones de las reglas y regulaciones menores. Sin embargo, entre ellos hay un entendimiento distinto con referencia al fundamento del sistema y la terminología relacionada.

Parece que las naciones entienden diferente lo que es el significado de un sistema de acumulación de sanciones, ya que para algunos, como Francia, el sistema disciplinario militar está completamente incluido

dentro de la jerarquía militar, mientras que para otros un sistema de acumulación de sanciones debe garantizar, al menos en un nivel, la participación de un tribunal⁹.

2. Delitos se tratan por acumulación de sanciones

Algunas naciones únicamente aplican el procedimiento disciplinario tradicional, exclusivamente en ofensas disciplinarias, llamando a esto "sistema de acumulación de sanciones", sin involucrarse a un tribunal disciplinario, y las sanciones se imponen en varios niveles del comando militar, por el Ministro de Defensa o, incluso, por el Presidente de la República. Otras naciones no distinguen claramente entre delitos menores o infracciones disciplinarias no delictivas. Ambos tratados en forma similar por comandantes militares y tribunales involucrados.

3. Acumulación de sanciones que se establecen en la ley

Aparte de los 25 países que han respondido a los cuestionarios, tres (concretamente Austria, Bulgaria y Grecia) han indicado que sus leyes no prevén acumulación de sanciones. En adición, si observamos los reportes individuales de las naciones, apreciaremos que aun teniendo las sanciones diferentes términos: "Arresto", "Denegación de Licencia" o "Denegación de libertad", en esencia, parecen ser idénticos.

9 Aparentemente, esta es la razón porque tres naciones han respondido que ellas no tienen del todo un sistema de acumulación de sanciones, mientras que esto sería tan evidente que ellos han establecido bien reglas y regulaciones sobre un sistema disciplinario militar.

4. Categorías de personas para quienes esas sanciones no son aplicables

Algunos países, como Argelia, Burkina Faso, Camerún, Morocco y Túnez, tienen claramente establecido que los miembros de las fuerzas armadas no pueden estar libres de los procesos disciplinarios.

Otros han establecido que los acusados de ofensas disciplinarias son siempre miembros militares, como Canadá, pero sin precisar si ellos pueden también ser trabajadores civiles laborando para militares o si ellos son únicamente militares, como es el caso de Republica Checa.

En Irlanda, oficiales comisionados de los rangos de Teniente Coronel y Mayor no pueden ser sancionados acumulativamente. Ellos pueden ser “tratados” únicamente por una corte marcial. En Nueva Zelanda, los Generales de División y los Tenientes Generales no pueden ser sancionados acumulativamente, ya que no hay autoridad dentro de las fuerzas armadas que tenga mayor rango que ellos, por al menos dos rangos. En Kenia únicamente los Tenientes Generales son excluidos de los procesos disciplinarios.

5-6. Casos en los cuales los poderes de las autoridades disciplinarias tienen completa discreción para ejercer sus competencias

En algunas naciones, si el sospechoso admite que ha cometido el delito y es claro que debe ser sancionado, los fiscales pueden pronunciar la orden llamada “Acumulación de sanciones”. En otras naciones, la acumulación de sanciones está referida a la capacidad concedida a los comandos militares para imponer sanciones por delitos

menores u ofensas disciplinarios, en lugar de referir el asunto al fiscal.

Estos son dos significados muy amplios de lo que es una acumulación de sanciones. Debe ser subrayado que la visión de las naciones discrepa bastante en la definición, la sustancia, la estructura y el procedimiento.

7. La acumulación de sanciones impuesta por un subordinado

En los países donde existe el derecho de apelación, las disposiciones de leyes municipales son un poco diferentes con referencia a quien sería el destinatario de la apelación. Algunas naciones reconocen, como tal, el nivel administrativo superior del Comandante quien impuso las sanciones; otras naciones reconocen tribunales y otras a ambos.

8. Derecho de apelar a la acumulación de sanciones por el personal militar

Muchas diferencias han sido notadas en el derecho de apelación del acusado, y si él tiene el derecho a escoger una acumulación o un proceso penal. Un número de las naciones reconoce estos derechos, otras no.

El derecho de apelación es reconocido en numerosas naciones como Argelia, Camerún, La Republica Checa, Francia, Irlanda, Lituania, Los Países Bajos, Nueva Zelanda, Suiza; pero no Burkina Faso y también no en las naciones como Australia, Canadá, Kenia y Singapur, donde una persona convicta por una autoridad acumulativa no tiene derecho a apelación. Sin embargo, en Kenia y Singapur el convicto

puede presentarse para una revisión administrativa de condena. En el caso de Morocco, Alemania y Hungría, el acusado tiene únicamente derecho de presentar una queja al nivel superior del Comandante, quien ha impuesto las sanciones.

9. Hay una revisión automática sobre la legalidad o la razonabilidad de las sanciones

Una revisión automática no ha sido reportada como ocurrida en ninguna de las naciones. En Australia, donde no hay derecho de apelación, ciertas sanciones deben ser aprobadas por una revisión oficial jurídica antes de ejecutarse. En algunos otros países, donde no hay tampoco derecho de apelación por el convicto, como en Canadá, Kenia y Singapur, corresponde a estos, si desean, presentar una revisión administrativa de convicción.

10. Tribunales disciplinarios especiales

En algunas naciones, donde hay una participación de un tribunal, tenemos las características de un juicio penal normal, con las reglas de procedimientos que son seguidos con la presencia necesaria de un fiscal. La mayoría de las naciones sin embargo, tales como Lituania, han reportado que no tienen tribunales disciplinarios.

Observando los reportes de las demás naciones, cabe mencionar brevemente, lo siguiente:

ARGELIA, BURKINA FASO, CAMERUN, MOROCO, TUNEZ:

La legislación interna prevé sanciones disciplinarias, absolutamente diferentes

de las penales. Las acciones disciplinarias no excluyen el proceso contra el autor. Los miembros de las fuerzas armadas no pueden estar eximidos de los procesos disciplinarios. Las sanciones son impuestas en varios niveles del comando militar sin ser necesaria, como un pre requisito, que un juez o un asesor legal sea consultado. Los infractores tienen derecho de apelación ante el nivel superior del comando militar (en el caso de Burkina Faso, como tal derecho no existe, sin embargo, en el caso de Morocco, el acusado tiene derecho a presentar un reclamo al nivel superior de mando militar que impuso la sanción). En adición, Morocco ha reportado que este tiene dos comisiones disciplinarias militares, la Junta del Cuerpo, de carácter consultivo, para ciertos comportamientos prescritos en la Regulación Disciplinaria General, y la Junta de Investigación donde se ven los casos que merecen sanciones disciplinarias graves, como un despido o suspensión del trabajo. En Túnez, ciertas sanciones disciplinarias pueden ser impuestas únicamente por el Ministro Nacional de Defensa.

AUSTRALIA: Aparte de los oficiales de comando, quienes están autorizados para imponer sanciones, hay una jurisdicción de acumulación de juicios en faltas del servicio, comparativamente menores, siendo la máxima sanción menor a dos años de encarcelamiento. Las faltas contra el servicio (no delitos penales) son aquellas que están previstos en la ley de disciplina de la fuerza de defensa de 1982. Hay tres niveles de autoridades que pueden imponer sanciones, las cuales no excederán los 28 días de detención (no de encarcelamiento).

En una audiencia ante una autoridad superior acumulativa (quien se encarga de oficiales del rango de Mayor en adelante, hasta el grado de Teniente General o su equivalente), el acusado cuenta con la discreción de preguntar y ser oído, ya sea por la autoridad acumulativa o tratado por el Magistrado de la Fuerza de Defensa o la corte marcial. En acumulación de sanciones, no se requiere una consulta con un juez como pre condición; sin embargo, ciertas sanciones deben ser aprobadas por una revisión del oficial jurídico antes de que se ejecute. Una persona sancionada por una autoridad acumulativa no tiene derecho de apelar.

BÉLGICA: Hay dos procesos disciplinarios distintos, es decir, la “disciplina luz” y la “gran disciplina”. La primera aspira a una rápida preservación de la capacidad operacional de las fuerzas armadas, siguiendo rápidamente un procedimiento simple. El militar de comando o el Jefe del Cuerpo tienen la autoridad para imponer sanciones disciplinarias. El Código Militar Penal no estipula sanciones para ofensas insignificantes; solo estipula sanciones para delitos menores y delitos graves. Las leyes municipales indican que los delitos insignificantes, que tienen un rango de carácter disciplinario, debe ser rápidamente sancionados, por comandos militares. La llamada “Gran Disciplina”, mientras no afecte negativamente la capacidad operacional, tiene por objeto resolver la situación jurídica del infractor. Las sanciones más severas son el despido y la suspensión temporal del trabajo. La práctica indica

que habría un máximo de tres años para estas sanciones. El término “Gran” se refiere a los altos niveles de jerarquía de quienes tienen la autoridad para imponer las sanciones más severas sobre los infractores, como el Rey¹⁰ (para los oficiales) y el Ministerio de Defensa (para todos los otros miembros militares). Los miembros de las fuerzas armadas no tienen derecho a escoger entre un proceso disciplinario o un proceso penal. En la “disciplina luz” se permite al acusado a apelar su caso ante un alto nivel de comando militar, mientras que en la “gran disciplina” no existen derechos como tal.

CANADÁ: La acumulación de sanciones pretende ocuparse de ofensas menores del servicio, las cuales son importantes para el mantenimiento de la disciplina, la eficiencia de la de la unidad y el retorno de sus miembros a sus labores, tan pronto como sea posible. Son conducidos por un Oficial de Comando, un delegado o por un Comandante Superior, quienes están apropiadamente entrenados y adecuadamente certificados.

Bajo ciertas condiciones, un tema disciplinario puede ser oído por una corte marcial por elección del acusado o por referencia del Oficial de Comando. Esas condiciones están relacionadas, con los inadecuados poderes del Oficial de Comando, la gravedad del caso o los motivos fundados para sospechar que el acusado está enfrenando el juicio inadecuadamente. El acusado, siempre que sea miembro de las fuerzas

10 En los hechos, esto significa el gobierno.

armadas, tiene derecho a escoger entre una acumulación de sanciones y un juicio por cortes. Al imponerse una sentencia (sanción) en el juicio acumulativo, no necesariamente debe tener la aprobación de un juez; sin embargo, el consejo del asesor jurídico es requerido. Los superiores pueden anular las sanciones impuestas por sus subordinados, mientras que el personal militar no tiene derecho a apelar de una acumulación de sanciones.

REPÚBLICA CHECA: Los Comandantes Militares tienen la autoridad para imponer sanciones disciplinarias a los soldados (Recalco que las Fuerzas Armadas Checas, desde 2005, están compuestas únicamente por militares profesionales), no sanciones por delitos militares ni delitos comunes, que son regulados por otras leyes. El acusado no tiene derecho a elegir entre el procedimiento de acumulación de sanciones y un juicio por la corte. Las sanciones disciplinarias pueden ser impuestas hasta por el Presidente de la República, como Jefe de Comando. Consultas previas con un juez o un asesor legal no son necesarias. El sancionado tiene derecho a apelar y el superior puede anular una sanción impuesta por su subordinado. Más allá, no hay posibilidades de llevar una apelación ante un tribunal.

FRANCIA: El código sobre Justicia Militar prevé que las sanciones por ofensas disciplinarias son de responsabilidad de autoridades militares. Un comportamiento particular puede constituir un acto penal y una ofensa disciplinaria, a ser tratada independiente y separadamente. Hay un amplio rango de acumulación de sanciones, comenzando por una advertencia

hasta un despido. La autoridad para imponer sanciones bajo este procedimiento ha sido prevista con diferentes niveles de comando militar hasta el Ministerio de Defensa. Ningún juez está involucrado durante el proceso de un acumulativo de sanciones. El Ministro de Defensa puede incrementar o disminuir las sanciones impuestas por cualquier nivel de las fuerzas armadas. El sancionado puede apelar su caso ante los niveles superiores de la jerarquía militar, bajo dos procedimientos: de gracia o de disputa. En el primer caso, el Jefe de Personal o el Ministro de Defensa tienen la autoridad de decidir sobre el mismo. El superior puede confirmar o anular la decisión de su subordinado. No existen tribunales disciplinarios.

ALEMANIA: Hay un sistema de sanciones acumulativas, dependiendo de las sanciones que serán impuestas, el rango del acusado y la obligación de los comandantes directamente superiores al sancionado. La autoridad disciplinaria está restringida a los oficiales, sin embargo, no necesariamente a Oficiales de Comando. El Jefe de Personal también tiene esta autoridad. El sistema está limitado únicamente a casos disciplinarios, ya que las cortes civiles penales son las responsables de la adjudicación de delitos penales. En caso de sentencias disciplinarias severas, el Oficial de Comando es el responsable de una sanción acumulativa, decide si la medida está a su nivel suficiente o si el caso debe ser referido a la autoridad instituida para el juicio. El acusado no tiene derecho a escoger, puesto que esta decisión recae en el jefe y la autoridad institucional. Las cortes tienen un amplio rango de sanciones a imponer a los acusados, las cuales están a la disposición del Oficial de Comando. Con referencia a la privación

de la libertad, un juez de la Corte Disciplinaria o de la Corte de Apelaciones, tienen que aprobar la decisión del Oficial de Comando, si este último intenta imponer un régimen de aislamiento. No hay involucramiento de un asesor legal. Los superiores no están permitidos a remplazar o anular las sanciones originales. Sin embargo, si la decisión del Oficial de Comando es ilegal, la Corte Disciplinaria y la Corte de Apelaciones son responsables de tratar el asunto. El sancionado tiene derecho a presentar un reclamo ante un oficial superior y un reclamo más en contra de las posteriores decisiones ante la Corte Disciplinaria y la Corte de Apelaciones.

HUNGRÍA: No hay sistema sobre acumulación de sanciones o una corte de justicia similar o una corte acumulativa. Sin embargo, hay dos procedimientos simplificados: Si hay un delito penal sancionable con al menos ocho años de encarcelamiento, el acusado puede ser enviado a la corte por el fiscal dentro de quince días de cometido el delito, siempre que el caso pueda ser evaluado fácilmente, que la evidencia esté disponible y que el acusado haya sido detenido en acción o haya confesado que el cometió el delito. Ahondando más, si un proceso en un tribunal sobre una ofensa de menor importancia ha empezado, la corte puede imponer una sanción o suspender la prisión, multa, degradación o termino de servicio, dado que las circunstancias son simples, que el acusado ha aceptado que él ha cometido el acto y que el objetivo de la sentencia pueda ser alcanzada sin un juicio. Una apelación no es posible; sin embargo, el fiscal y el acusado pueden solicitar, dentro de los ocho días, un juicio, lo cual es obligatorio para la corte. Con referencia a las ofensas menores, los Oficiales de Comando, junto con el Jefe de

Personal y el Ministerio de Defensa, son los responsables de imponer sanciones disciplinarias, si el acto está en conexión con el servicio militar. El Juez no conoce de procesos disciplinarios y el acusado tiene el derecho a presentar un reclamo ante el Comando Superior. Si este intento no tiene resultados positivos, el acusado puede recurrir a la corte.

IRLANDA: Las leyes prevén que funcionarios autorizados imponen sanciones acumulativas contra oficiales del rango de Comandante o menor. Los Oficiales de Comando tienen autoridad para levantar cargos en contra de todos los otros oficiales no comisionados. Los Oficiales Comisionados del rango de Teniente Coronel hacia arriba no pueden ser sancionados acumulativamente. Ellos deben ser tratados únicamente por la Corte Marcial. Hay ofensas establecidas, que pueden ser tratadas directamente o por autorización del Director de la Fiscalía Militar. Todos los otros cargos deben ser vistos en juicio, por la corte marcial, a menos que el Director indique lo contrario. No hay distinción entre delitos penales y ofensas disciplinarias; sin embargo, las ofensas de naturaleza disciplinaria pueden ser llevadas por acumulación, contrariamente a los delitos de naturaleza penal. El acusado, en cada caso, tiene el derecho a elegir que sus cargos sean tratados por una corte marcial. La consulta previa a un juez, un juez abogado u otro especialista legal, no es necesaria. Los superiores no pueden anular, reemplazar o incrementar las sanciones que uno de sus subordinados ha impuesto. Hay derecho a apelar ante la Corte Marcial Acumulativa.

KENIA: Los Oficiales de Comando tienen derecho a tratar al personal militar

bajo su comando acumulativamente (pueden sancionarlos), hasta el rango de Capitán. Los Oficiales que tienen el rango de Mayor o en adelante, pueden ser tratados bajo este procedimiento, por autoridades superiores especialmente nombradas como tales, por los Comandantes en servicio, con excepción de los Tenientes Generales que son excluidos de este procedimiento. Ambas ofensas disciplinarias, penales o no penales, pueden ser tratadas a través del procedimiento acumulativo. Sin embargo, las sanciones de prisión de más de cuarenta y dos días y la pena de muerte pueden ser únicamente impuestas por una corte marcial. El acusado tiene derecho a escoger entre un proceso acumulativo y una corte marcial. Ni los jueces, ni asesores legales están involucrados en el proceso acumulativo. Un superior puede anular la decisión de un subordinado bajo este procedimiento. El acusado no tiene derecho a apelar; sin embargo, puede solicitar la revisión por una autoridad militar superior.

LITUANIA: Los Comandantes Militares tienen la autoridad para investigar ofensas disciplinarias e imponer sanciones. Las sanciones acumulativas, además de los Comandantes Militares, pueden ser impuestas por el Jefe de personal, el Ministro de Defensa Nacional y el Presidente de la República. No hay tribunales militares o una entidad competente para imponer estas sanciones; no es requerida una consulta previa con un juez. Los superiores pueden anular las sanciones impuestas por sus subordinados. El sancionado tiene el derecho a presentar una apelación ante el comandante superior de quién lo sancionó o directamente ante el Inspector General del Ministerio de Defensa Nacional. Es permitido otra apelación

ante el Ministro de Defensa Nacional. Si, nuevamente, no hay una decisión favorable, el sancionado puede apelar ante las cortes civiles. No hay tribunal particular disciplinario.

LOS PAÍSES BAJOS: Los Oficiales de Comando son responsables, totalmente, de la investigación, del inicio de los procedimientos disciplinarios y de imponer sanciones disciplinarias. Dado que existen límites delicados en las leyes particulares con referencia a que si los hechos constituyen delitos o faltas disciplinarias y la opinión del Oficial de Comando es que esta conducta constituye un delito militar, él está obligado a enviar el asunto a las autoridades investigadoras penales. Por lo tanto, él no puede iniciar un proceso disciplinario hasta que el comportamiento particular sea determinado como delito o una falta disciplinaria. Sin embargo, en caso de delitos militares menores, los Comandantes Militares pueden pedir permiso a la oficina de la fiscalía pública para llevar el caso de acuerdo con las leyes disciplinarias. Los acusados no tienen derecho a escoger el procedimiento. El Código Disciplinario Militar prescribe treinta y dos ofensas disciplinarias sobre las cuales el Comando Militar debe iniciar el proceso disciplinario. Las cortes no pueden imponer sanciones disciplinarias y el despacho militar de la Corte del Distrito de Arnhem, actúa únicamente como un órgano de apelación, en casos donde el sancionado objeto el castigo disciplinario impuesto sobre él. Los superiores de los Comandos Militares que han impuesto sanciones, pueden apelar a la Corte Distrital de Arnhem, siempre que estimen que estas sanciones no son suficientes. Los Comandantes

Militares pueden suspender la ejecución de la sanción, anularla o modificarla. El sancionado tiene derecho a apelar la decisión del Comandante Militar ante la autoridad superior, y sobre la decisión negativa de éste ante la Corte Distrital de Arnhem. En tal caso, hay una audiencia judicial pública con la participación de un fiscal. La corte puede imponer una sanción mayor, si el sancionado que apeló es encontrado responsable; caso contrario, la sanción es anulada y el miembro de la fuerza armada será compensado.

NUEVA ZELANDA: La disciplina acumulativa es administrada por oficiales disciplinarios. Un oficial no puede actuar como tal, al menos que tenga dos grados más que el acusado y que tenga certificado de competencia. Este certificado es expedido por el Director General del Servicio de Defensa Legal, concedido únicamente al oficial que completó satisfactoriamente el entrenamiento prescrito, instrucciones y evaluaciones. Esto significa que un Brigadier puede ser tratado acumulativamente, por el Jefe de las Fuerza de Defensa que es un Teniente General. En los juicios acumulativos, las reglas normales de evidencia son reemplazadas por una teoría más simple. Los abogados son explícitamente excluidos. El caso, en apoyo de un cargo, es presentado por un miembro de las Fuerzas Armadas quien ha recibido un adiestramiento formal como oficial activo. El acusado puede recurrir a un oficial defensor, quien debe someterse también a adiestramiento formal. No hay distinción entre un delito penal o una ofensa (falta) disciplinaria. Sin embargo, hay límites sobre qué delitos, qué ofensas disciplinarias y qué sanciones pueden ser tratados en un procedimiento acumulativo. Si el acusado confronta la consecuencia de

un verdadero delito, tiene la posibilidad de elegir el juicio en la corte marcial. Si elige un juicio acumulativo, las leyes disponen que ello constituye la renuncia de su derecho a una representación legal y que el juicio se siga ante una corte independiente. El máximo periodo de detención que puede ser impuesto acumulativamente es de veintiocho a sesenta días, si el acusado cometió la ofensa en relación al servicio. Las sentencias de encarcelamiento, despido y amonestación severa pueden ser impuestas solamente por la corte marcial. Únicamente, la Corte de Apelación Acumulativa puede interferir en un fallo o sentencia impuesta por un oficial disciplinario. Cualquier persona encontrada culpable acumulativamente, tiene derecho de apelar ante la Corte de Apelación Acumulativa. A Mayor abundamiento, cualquier persona que considera que la sanción en su contra es injusta, puede solicitar al Auditor General su reconsideración, y si el asunto merece ser tomado en consideración, puede referirse a la Corte de Apelación Acumulativa.

NORUEGA: Los Comandantes Militares pueden imponer sanciones a los oficiales y a los servidores bajo su comando. Los poderes de sanción acumulativa de los Oficiales de Comando en tiempos de guerra, son incrementados y las reglas de proceso y apelación son simplificadas. La Ley Militar Disciplinaria tiene disposiciones sobre ofensas contra el orden militar y la disciplinaria, que pueden ser sancionadas acumulativamente, sin referencia a ninguna ley específica, regulación u orden. Esta provisión, por ejemplo, ha sido utilizada para sancionar el acoso sexual y el racismo dentro de las unidades. Noruega no tiene un sistema de tribunales disciplinarios. No es necesario tener la aprobación de un juez para

imponer cualquier sanción bajo el sistema de sanciones acumulativas. Una sanción acumulativa puede ser apelada al Oficial de Comando de Brigada/ Regimiento o su equivalente. Este Oficial de Comando debe oír la opinión del auditor de guerra antes de la decisión del caso.

PORTUGAL: La jurisdicción disciplinaria está basada sobre los poderes de comando o dirección e incluye a todos los subordinados a la cadena de mando. Cualquier decisión sobre asuntos disciplinarios puede dar lugar a reclamo o apelación, de acuerdo con la disposición prevista en el Código de Procesos Administrativos y las Regulaciones de la Justicia Militar. La apelación es presentada ante el Jefe de Personal de su institución o al Jefe de Personal de las Fuerzas Armadas, según el caso. La revisión es permitida a solicitud del sancionado, cuando un hecho nuevo sobre el asunto es conocido o si las circunstancias o evidencias revelan que no existe el factor que determinó la sanción o, este mismo factor puede garantizar la inocencia o que la sanción sea menor.

SUIZA: Los delitos menores que están bajo el Código Penal Militar, pueden ser sancionados disciplinariamente. Estos incluyen casos menores de desobediencia, no conforme con las regulaciones militares, violaciones de leyes de tránsito y posesiones de pequeñas cantidades de estupefacientes. Si se cometen faltas disciplinarias en relación al servicio, la autoridad de imponer sanciones disciplinarias al autor ha sido conferida a los Oficiales de Comando. En principio, ellos actúan independientemente; sin embargo, pueden también iniciar procesos disciplinarios por orden de sus superiores.

El comandante o su delegado establecen los factores del caso, tan pronto sea posible, a través de una investigación. El acusado puede impugnar la sanción por medio de una apelación disciplinaria, la que es presentada ante el superior de quien impuso la sanción. El sancionado tiene derecho a recurrir su caso ante un tribunal de apelación, donde la audiencia será llevada de acuerdo con las reglas del procedimiento penal militar y la decisión que se adopte será definitiva.

SINGAPUR: Hay tres niveles de juicios acumulativos, los dos primeros son llevados por Oficiales Disciplinarios Subalternos y por Oficiales Disciplinarios Superiores, respectivamente, y el tercero por Comandantes Superiores (Comandantes de Brigada u otros superiores). Los Oficiales con rango de Brigadier General son tratados, en cambio, por un Comité Acumulativo. Los oficiales disciplinarios o el acusado pueden decidir que no se lleve el caso ante el tribunal acumulativo, sino ante la corte marcial. Los juicios acumulativos cumplen algunas reglas de procedimiento, sin embargo no normas judiciales. No es una prioridad la participación de un juez o de un asesor legal. Los superiores a los oficiales disciplinarios no pueden anular o modificar una sanción impuesta por estos. El acusado no tiene derecho a apelación; sin embargo, puede solicitar una revisión administrativa de convicción, en cualquier momento, ante el más alto Consejo, presidido por el Ministro de Defensa, o ante las autoridades civiles o tribunales civiles.

TÚNEZ: Los Comandantes Militares tratan sobre ofensas disciplinarios sin el involucramiento de los jueces militares. Los acusados no tienen derecho a escoger entre

una sanción acumulativa y un juicio: cortes militares no tratan con ofensas disciplinarias. Los trabajadores civiles del Ministerio de Defensa tienen un sistema disciplinario distinto, que no comprende a los Comandantes Militares. Algunas sanciones son impuestas por el Ministro de Defensa, previa opinión de un consejo disciplinario (en algunos casos). El personal militar tiene derecho a apelar las decisiones del comandante ante la autoridad superior, pero no ante una corte militar. Un militar sancionado tiene la posibilidad de presentar una queja ante el Ministro de Defensa.

REINO UNIDO: Un Oficial de Comando (CO) o un comandante facultado para ello, puede oír un cargo contra una persona sujeta a ley de servicio acumulativo, si la ofensa puede ser tratada en audiencia acumulativa y el acusado tenga un rango menor al de comandante, teniente coronel o, teniente coronel de aviación y no sea un civil.

Cuando un policía de servicio considere que hay suficiente evidencia para acusar a una persona por ofensas serias, debe referir el caso al Director de Procesamiento de Servicio (DSP). Un acusado tiene derecho a elegir un juicio por la Corte Marcial (CM) en vez de ser llevado por procedimiento acumulativo por el Oficial de Comando. La Corte Acumulativa de Apelación (SAC) es un tribunal permanente con jurisdicción para conocer de las apelaciones de audiencias acumulativas. Las apelaciones pueden ser hechas tanto al fallo y la sentencia, o contra la sanción únicamente. La SAC puede establecerse en cualquier lugar, ya sea dentro o fuera de Reino Unido. La corte está compuesta por

un auditor de guerra y dos miembros laicos (Oficiales de Comando). A diferencia de esto, en un juicio de la CM, los auditores de guerra participan en la determinación de los factores y por lo tanto, si lo resuelto por el Oficial de Comando es correcto, debe sostenerlo y, caso contrario, debe revocarse la decisión.

V. PRINCIPALES DELITOS INTERNACIONALES

1. La legislación penal incluye disposiciones sobre los principales delitos internacionales definidos en el Estatuto de Roma de 1998

La última parte del cuestionario está referido a los delitos internacionales más graves, previstos en el Estatuto de Roma de 1998, relaciones con el genocidio, los delitos contra la humanidad, los crímenes de guerra y de agresión. En relación con este tema particular, debe subrayarse que no todas las naciones son parte del Estatuto de Roma de 1998, que establece la Corte Penal Internacional que obliga a cumplir sus disposiciones.

Dado el carácter complementario del Estatuto de Roma a la jurisdicción nacional penal, sería más que importante que las naciones hayan promulgado un detallado y fuerte nexo penal y cláusulas procesales en favor a asegurar que todos los responsables sean sometidos a la justicia y que reciban la sanción que les corresponda.

Sin embargo, este no parece ser el caso de las naciones como Argelia o Camerún que aún no han ratificado el Estatuto de Roma. Este no es tampoco el caso de Burkina Faso o Kenia, que lo han ratificado; pero que están aplicando directamente sus disposiciones penales, sin haber expedido leyes penales internas.

Algunas naciones, como Bulgaria, La Republica Checa, Alemania¹¹ y Lituania han reportado ciertamente que han incluido disposiciones en el código penal nacional para sancionar crímenes como el genocidio, delitos contra la humanidad, crímenes de guerra así como crímenes de agresión.

Aunque se ha reportado qué delitos contra el Derecho Internacional Humanitario han sido incorporados dentro de los Códigos Penales Nacionales, el crimen de agresión, reconocido recientemente por las enmiendas al Estatuto de Roma en 2010, no ha sido incorporado hasta ahora en las leyes nacionales de Australia, Bélgica, Canadá, Francia, Grecia y los Países Bajos. Francia se ha mostrado reacia a considerar el crimen de agresión.

2. Modo de inclusión de las referencias acumulativas, reproducciones o integración de las disposiciones

Un gran número de naciones ya han promulgado la respectiva legislación interna, estimando que es necesario. Otras naciones están en proceso de implementación. Pocas naciones permanecen inactivas hasta ahora, particularmente, por razones internas o por falta de voluntad para tener una legislación moderna, alineada con el Estatuto de Roma.

3. Casos sobre delitos internacionales principales que deben ser procesados ante cortes militares

Cual sea la razón, tiene que ser subrayado que tribunales, jurisdicciones militares, cámaras militares o jurisdicciones militares especializadas están jugando, nuevamente, un rol importante en relación con la prevención y sanción de estos delitos. La comunidad internacional requiere esto decididamente, ya que cada uno sabe y acepta que la razón principal por la que Corte Penal Internacional ha sido establecida, para que el acusado no escape de la sanción que debe recibir por la violación de las leyes del Derecho Internacional Humanitario.

Los tribunales militares son generalmente competentes para conocer de los delitos internacionales en los siguientes países: Argelia, Camerún y Túnez. Sin embargo, en muchas circunstancias, en naciones como Australia, Francia y Alemania, las negociaciones entre autoridades responsables de acusación militar y las autoridades civiles resultaran en procedimientos que se tramitan en un sistema de corte civil. Todos estos crímenes serán procesados en cortes civiles en Australia, Republica Checa, Grecia e Irlanda. En naciones como Bélgica y Lituania, donde los tribunales militares son competentes en tiempos de guerra y las cortes civiles en tiempos de paz, Bulgaria, donde la identidad del acusado también es tomada en

11 El delito de agresión fue incorporado en el sistema legal de Alemania en 1968, por razones puramente nacionales, y se considera que está de acuerdo con las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el particular.

cuenta, Burkina Faso, Canadá, Los Países Bajos, Nueva Zelanda o Singapur, ambas cortes civiles y militares tienen un papel que jugar en los delitos contra el Derecho internacional. Únicamente en Moroco, justo ahora, pareciera no haber posibilidades de enjuiciamiento respectivo, contra un acusado, ante las cortes civil o militar.

Resumiendo: Las naciones han sido encuestadas respecto a si ellas han promulgado legislaciones penales sobre los principales casos penales internacionales. ¿Cómo ellas han incorporado las respectivas disposiciones penales en sus leyes nacionales? y ¿Qué tribunales (militares o civiles) son competentes?

Las respuestas de las naciones, brevemente, han sido las siguientes:

ARGELIA: La nación no ha ratificado el Estatuto de Roma hasta ahora, por lo tanto, no ha promulgado legislación al respecto. Sin embargo, un comité nacional sobre Leyes Internacionales Humanitarias ha sido establecido, el cual está trabajando sobre las modificaciones necesarias a la legislación nacional, para estar alineados con el Estatuto de Roma y con los otros varios acuerdos internacionales. Un número de disposiciones del Código sobre Justicia Militar trata con los mayores crímenes de guerra y ejecuta las sanciones necesarias.

AUSTRALIA: Los delitos de genocidio, delitos contra la humanidad y delitos de guerra han sido incorporados dentro del Código Penal. El delito de agresión, reconocido por las modificaciones del Estatuto de Roma de 2010 no ha sido incorporado, hasta ahora, en la ley nacional. En relación

a ello, en 2002, la legislación particular fue promulgada para procesar un amplio rango de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio. Mientras no haya un procedimiento a seguir ante un tribunal militar, las negociaciones serían entre el Director de la Fiscalía Militar y el Director del Estado de Fiscalía Pública, en cuyas circunstancias, se seguiría el procedimiento ante el sistema judicial civil.

AUSTRIA: Recientemente, solo el crimen de genocidio ha sido incorporado en el código penal. Sin embargo, una reforma está en proceso, con el ánimo de incorporar todos los crímenes establecidos en el Estatuto de Roma, dentro de la ley nacional. Todos los crímenes de esta naturaleza serían procesados en las cortes civiles.

BÉLGICA: Los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra han sido incorporados dentro de la ley nacional, desde Mayo de 2000. Por otro lado, el delito de agresión no es sancionado bajo la ley belga. Los tribunales militares son los responsables de tratar delitos internacionales fundamentales, en tiempos de guerra, mientras que en tiempos de paz, las cortes civiles son las que tienen esta responsabilidad.

BULGARIA: El código penal contiene disposiciones para sancionar los delitos de genocidio, contra la humanidad, delitos de guerra y delitos de agresión. Los delitos de guerra caen bajo la jurisdicción de las cortes militares. Los principales delitos internacionales pueden ser tratados por tribunales civiles o por tribunales militares, dependiendo de la condición del acusado.

BURKINA FASO: La nación ha ratificado el Estatuto de Roma y, en razón de ello, se está aplicando las disposiciones penales del Estatuto directamente. En tiempo de guerra, los tribunales militares son responsables de tratar con ellos, mientras que en tiempos de paz esa jurisdicción es competente si el acusado es parte de las fuerzas armadas o si el delito ha sido cometido dentro de las instalaciones militares.

CAMERÚN: El Estatuto de Roma no ha sido ratificado aún y los delitos que provienen de ahí no son parte de la orden legal de este país. El proceso de ratificación está en desarrollo. Los tribunales militares son generalmente responsables de procesar por delitos internacionales.

CANADÁ: El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ha sido implementado en las leyes nacionales en junio de 2000, adoptando la ley el delito contra la humanidad y el delito de guerra. El genocidio, los crímenes en contra la humanidad y los delitos de guerra han sido integrados a la ley penal canadiense. Estos delitos pueden ser sancionados con penas de cadena perpetua (prisión de por vida). La terminología usada para su inclusión ha sido similar a la del Estatuto de Roma. La ley ya mencionada, hace una referencia directa a artículos 6, 7, y 8.2 de los Estatutos de Roma, que ha reproducido; sin perjuicio de la aplicación de las reglas que se establezcan en el desarrollo de la ley internacional. Las personas (civil o militar) que sean acusadas de cometer estos delitos están sujetos al Código de Servicio de Disciplina y deben ser enjuiciados ante una corte marcial. La decisión de acusación está basada en ambas consideraciones legales y policiales. Los civiles que no están bajo

jurisdicción de las fuerzas canadienses no pueden ser tratados por un tribunal militar.

REPÚBLICA CHECA: La nación forma parte del Estatuto de Roma. Las leyes nacionales estipulan y sancionan un gran número de crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crímenes de genocidio. Además, el nuevo código penal de 2009 contiene disposiciones sobre el crimen de agresión; sin embargo, ellas están basadas en el derecho internacional habitual y no cumplen con la definición de este delito, ya que fue adoptada en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma en 2010. En acuerdo con la ley nacional, la mayoría de delitos bajo el Estatuto de Roma son directamente sancionados y, por lo tanto, se han añadido pocas disposiciones adicionales en 2009, cuando se corrigió el código penal. La nación ha integrado las disposiciones del Estatuto de Roma bajo su propia redacción. La República Checa no tiene tribunales militares, así que los acusados son tratados en cortes civiles.

FRANCIA: Existen disposiciones nacionales extensivas sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Sin embargo, no hay disposiciones penales sobre crímenes de agresión. El reporte muestra que la nación no está dispuesta a ratificar las enmiendas sobre estos crímenes, adoptadas en 2010, por lo tanto, en este escenario, parecería bastante improbable que se inserten dentro de su legislación nacional. Francia adoptó una legislación particular sobre las disposiciones del Estatuto de Roma. En principio, las cortes civiles tienen competencia para actuar en caso de estos delitos; sin embargo, si el acusado es un miembro de las fuerzas armadas,

aplica a una jurisdicción particular especializada.

ALEMANIA: En 2002, las disposiciones del Estatuto de Roma sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra fueron implementadas en el Código de Delitos contra la Ley Internacional. No hay referencia a las disposiciones respectivas del Estatuto de Roma. El delito de agresión fue incorporado en el sistema Legal Germano en 1968, por razones puramente nacionales y se considera que está conforme al Estatuto de Roma. Las altas cortes civiles regionales son las responsables de tratar con los infractores, sin consideración si son militares o civiles. En adición a ello, un infractor, miembro de las fuerzas armadas, enfrentaría un caso sobre delitos disciplinarios, tratados por la Corte Disciplinaria y la Corte de Apelación.

GRECIA: El genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra fueron incorporados en la legislación penal nacional en abril de 2011. Ésta fue una modificación de la legislación nacional para adecuarse a las disposiciones del Estatuto de Roma. Hasta ahora, las disposiciones sobre agresión no han sido añadidas. Las cláusulas respectivas del Estatuto de Roma (artículos 6, 7 y 8) han sido copiados con referencias ocasionales a las disposiciones de la legislación penal nacional, en favor de asegurar que los elementos que contienen, sean apropiadamente aclarados. La Corte Civil Penal de Apelación ha sido designada para tratar todos los casos, independientemente de la condición de los infractores.

IRLANDA: Cuenta con suficiente legislación penal nacional sobre delitos

fundamentales internacionales desde 2006. El Estatuto de Roma ha sido anexado dentro de la ley, como también la Convención de Genocidio de 1948. Todos los casos serán procesados ante los tribunales penales civiles.

KENIA: No tiene legislación nacional penal sobre los principales delitos internacionales, como está definido en el Estatuto de Roma. Sin embargo, la nación ha reportado que todos estos delitos pueden ser únicamente tratados por la Gran Corte.

LITUANIA: La ley nacional penal provee disposiciones para todas estas cuatro categorías de delitos internacionales mencionados. El modo de inclusión fue a través de la redacción de las respectivas cláusulas dentro la ley nacional. En tiempos de paz, todos los casos serán procesados ante las cortes civiles generales competentes; mientras que en tiempo de guerra, estos casos pueden ser también procesados ante los tribunales militares, dependiendo de ciertas circunstancias.

MOROCCO: Los delitos internacionales fundamentales establecidos en el Estatuto de Roma no han sido incorporados, hasta ahora, en la orden legal de la nación. Esto significa que hoy en día, no habría posibilidades de respectivo proceso contra de los infractores, bajo tribunales civiles o tribunales militares.

LOS PAÍSES BAJOS: Teniendo en cuenta el estatus complementario de la Corte Penal Internacional respecto de las cortes nacionales, la nación, en 2003, consideró

que debía garantizar que el genocidio, los crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra previstos en el Estatuto de Roma deberían ser sancionados bajo la ley nacional. Por lo tanto, adoptó la llamada Ley de Delito Internacional, la cual contiene disposiciones detalladas en este aspecto. El delito de agresión no es aun sancionable. El texto de la ley es similar al del Estatuto de Roma. Todos estos casos serían manejados por la Corte de Distrito de la Haya, a menos que el infractor caiga dentro de la competencia de la corte de despacho militar del distrito en Arnhem.

NUEVA ZELANDA: Los delitos en cuestión han sido incorporados en su sistema legal en 2000, con los Delitos Internacionales y la Ley de la Corte Penal Internacional. Mientras que los crímenes son fijados en el sistema común, usado por la ley penal de la nación. Su texto es semejante al respectivo artículo del Estatuto de Roma. Éste último es un anexo de la ley y, por lo tanto, ha sido incorporado dentro de las leyes nacionales. Todos estos delitos son tratados en la Gran Corte. Si el acusado está sujeto a la ley militar y ha cometido, además, otro delito de naturaleza común, él puede también ser tratado bajo la ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Dado que todos estos crímenes llevan a una máxima sentencia de prisión de por vida, un cargo afirmado como un crimen puede únicamente ser tratado en la Corte Marcial, bajo la ley militar.

NORUEGA: El Código Penal General de Noruega, desde 2008, ha incluido disposiciones sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. El crimen de agresión no está específicamente incluido. Algunos eruditos sostienen, sin

embargo, que una penalización puede ser inferida de otra legislación. En tiempos de guerra, los crímenes previstos en el Código Penal General, incluyendo las disposiciones sobre crímenes internacionales básicos, que son cometidos por personal militar, civiles que sirven o trabajan en la unidad militar y los prisioneros de guerra que están en custodia militar, son tratados como delitos militares, si estos son cometidos en un establecimiento militar, en el escenario de las operaciones de combate o fuera de él. Esto implica, que el caso será seguido por un auditor de guerra ante una corte con jueces militares laicos (de armas). En todos los otros casos, la Fiscalía Nacional es la autoridad competente para conocer de delitos serios y organizados. Los casos son oídos por las cortes civiles ordinarias.

PORTUGAL: El código de Justicia Militar se aplica estrictamente a delitos militares. Su segundo capítulo expone los delitos de guerra. Por otro lado, el código penal de Portugal ha sido adaptado a los estatutos de la Corte Penal Internacional, calificando los actos como delitos de derecho internacional humanitario: delito de genocidio, crímenes de guerra, otros delitos, incitación a la guerra y reclutamiento de mercenarios.

SINGAPUR: La legislación nacional está de acuerdo con el Estatuto de Roma. El modo de inclusión fue la integración mediante la edición de ciertas cláusulas en el código penal. Todos los delitos internacionales mayores son procesados ante la corte militar o la corte civil.

TÚNEZ: El código sobre Justicia Militar contiene un número de cláusulas que sancionan algunos crímenes de guerra. La

nación ha reportado que, hasta ahora, no ha sido promulgada una legislación en línea con las disposiciones del Estatuto de Roma; no obstante, la decisión para su aprobación ya está en marcha y es probable que en los siguientes meses se haga efectiva la reforma legislativa en este aspecto. Hasta ahora, los delitos de guerra son llevados ante tribunales militares, a pesar de la condición del infractor (militar o civil).

REINO UNIDO: Los crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y genocidio han sido incorporados a la legislación del Reino Unido. Los delitos de agresión son considerados actos de Estado, en vez de actos de delitos individuales, de tal manera que no son tratados por disposición penal en la ley nacional del Reino Unido.

Bajo la Ley de las Fuerzas Armadas de 2006, la comisión de un delito bajo el derecho penal de Inglaterra y Gales, es un delito de servicio. Por consiguiente, un delito internacional puede ser procesado

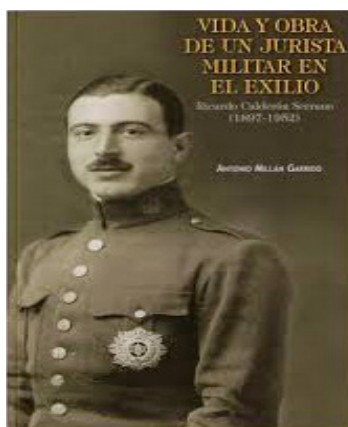
ante una corte de servicio (militar) o una corte civil.

CONCLUSIONES DE LOS DEBATES:

Como conclusión de los debates durante la conferencia, nosotros podemos exponer que, como un principio, relacionado con el servicio, los delitos cometidos por personal militar deben ser tratados por cortes especializadas o al menos, por un despacho especializado en tratar con casos de delitos militares, dentro del sistema judicial civil. También, si no es posible seguir el procedimiento en una corte o en un despacho especializado, los fiscales y jueces que se ocupan de asuntos militares deben haber servido en las fuerzas armadas. Si esto no es posible, ellos deben al menos estudiar intensivamente la ley militar, ley militar disciplinaria y los aspectos relevantes de la ley internacional, como reglas de compromiso. Además, en favor de garantizar la transparencia y la justicia, los juicios deben ser públicos como regla general.

RESUMEN DE LA PONENCIA DEL
ACADÉMICO ANTONIO MILLÁN GARRIDO,
SOBRE LA

“VIDA Y OBRA DE UN JURISTA
MILITAR EN EL EXILIO.
RICARDO CALDERÓN SERRANO
(1897-1952)”



“La obra de Ricardo Calderón Serrano, concebida como un instrumento docente, no ha obtenido en España el debido reconocimiento, lo que sólo hasta la transición podía explicarse, que no justificarse, por razones políticas”.

La Real Academia de San Dionisio de Ciencias, Artes y Letras ha acogido la muy interesante, reveladora y muy documentada ponencia del Académico de Número, y tesorero de su Junta de Gobierno, Antonio Millán Garrido titulada, sobre la “Vida y obra de un jurista militar en el exilio. Ricardo Calderón Serrano (1897-1952)”.

Destacamos a continuación algunas de las ideas principales de su aplaudida conferencia:

- Ricardo Calderón Serrano fue un jurista andaluz (Marchena, 1897) que, tras ingresar en el Cuerpo Jurídico Militar, prestar servicio en diversos destinos y ostentar cargos jurisdiccionales de responsabilidad (fue Fiscal Jefe de la Zona de Marruecos y de la 1.^a División Orgánica en Madrid), accedió al Tribunal Supremo, primero como Secretario de Sala y, posteriormente, como Magistrado, puesto que desempeñó hasta que, al término de la Guerra Civil, hubo de exiliarse en Francia, desde donde viajó en 1940 a México, país en el que falleció el 1 de junio de 1952.
- En México, una vez nacionalizado, se incorporó a su Ejército, alcanzando en él el grado de General. Pero, además, desarrolló una intensa actividad docente, obteniendo la Cátedra de Derecho Militar de la Universidad Nacional Autónoma de México y, en poco más de una década, elaboró el primer tratado de dicha especialidad en lengua española. Fue también autor de los libros de poemas “De la tierra llana. Coplas y cantares andaluces” y “De la nueva y vieja España”, así como del guion del film dramático “Del mismo tronco”, sobre las costumbres andaluzas y mexicanas.



- Ricardo Calderón gozó de prestigio, por su labor en el ámbito del Derecho militar, en varios países americanos, especialmente en México, donde se le incluye entre los Maestros del Exilio Republicano Español. Por el contrario, su obra no ha obtenido en España el debido reconocimiento, lo que sólo hasta la transición podía explicarse, que

no justificarse, por razones políticas. Cuando lo cierto es que Ricardo Calderón nunca militó en ningún partido político ni mostró una particular inclinación ideológica. Fue un hombre de profundas convicciones patrióticas y amor al Ejército que sólo se significó por una absoluta fidelidad a las leyes, una sentida lealtad a las instituciones y una decidida defensa de los principios democráticos.

- Debe significarse, ante todo, que Ricardo Calderón concibió su obra como un instrumento docente y, en buena medida, de ayuda al profesional que desarrollaba su labor jurídica en el ámbito de las fuerzas armadas. A Calderón no le preocupó tanto la profundización en temas específicos –desarrollar, en suma, una labor estrictamente investigadora– como conformar una serie de libros en los que se expusiesen, con sincrética metodología, precisa sistemática y pretendida exhaustividad, el Derecho militar de la época, en sus vertientes orgánico jurisdiccional, sustantiva y procedimental.
- Ricardo Calderón tuvo elaborado desde 1944 una parte especial de Derecho penal militar, que incluía las contestaciones a los temas 49 a 73 de su programa en la Universidad Nacional Autónoma de México y en la cual se abordaba el estudio del «crimen o delito militar en particular, describiendo cada crimen o delito de guerra, según sus notas distintivas». Sin embargo, la obra nunca llegó a publicarse íntegramente por falta de editor que se hiciese cargo de la misma, quizás por su enorme extensión. En 1953, fallecido ya su autor, comenzó a insertarse, como anexo, en el *Boletín Jurídico Militar*, pero sólo se publicaron los dos primeros temas o capítulos, dedicados a cuestiones preliminares y al delito de traición. Si ambos temas supusieron ciento siete páginas, es lógico pensar que el trabajo completo hubiese superado las mil páginas impresas.
- En la obra de Ricardo Calderón resulta obligada una referencia especial a su contribución al *Boletín Jurídico Militar*. El *Boletín Jurídico Militar* nació en 1935 auspiciado por la Procuraduría de Justicia Militar como una publicación periódica destinada a cubrir las necesidades informativas y formativas de cuantos estaban interesados en esta específica parcela del ordenamiento jurídico hasta entonces poco estudiada en México. Y, en unos años, se consolidó formalmente como órgano de divulgación jurídico militar de la Secretaría de Defensa Nacional y, en lo sustancial, como una genuina revista profesional, cuyo prestigio trascendió del ámbito nacional para el que inicialmente fue concebida. Pues bien, Ricardo Calderón, que se incorporó a la Redacción del *Boletín* nada más llegar a México en 1940 (en enero de 1941 figura ya como Jefe de Redacción), fue uno de los más

significados artífices de la consolidación del proyecto editorial y de que, durante la siguiente década (1941-1951), la publicación superase las dos mil páginas impresas con puntual aparición y un contenido de actualidad y del máximo interés. En esos años se ampliaron y mejoraron las secciones legislativa y de jurisprudencia, pero sobre todo se potenció el apartado doctrinal, con una especial atención al Derecho comparado y a los estudios penales, en lo que contribuyó Calderón, además de con su labor de redactor jefe, con veinticinco aportaciones, muchas de ellas insertas a lo largo de varias entregas mensuales.

- A Ricardo Calderón se deben, en todo caso, además de las antedichas colaboraciones doctrinales, muchas de las reseñas legislativas, jurisprudenciales y bibliográficas aparecidas en el Boletín, así como, en los últimos años, la inserción por «entregas» de sus obras Crímenes de Guerra y Derecho Penal Militar, Parte Especial, si bien esta última de forma incompleta, según ya hemos señalado.
- La obra de Ricardo Calderón tuvo reconocimiento en distintos países americanos. Sus libros fueron divulgados en Argentina, Bolivia, Brasil e incluso en los Estados Unidos, si bien fue, obviamente, en México donde adquirieron mayor notoriedad, siendo utilizados durante años por universitarios y profesionales y donde se ha venido considerando a Calderón, junto a Octavio Véjar Vázquez, el impulsor de los estudios de Derecho militar. Y, desde luego, por todos es reconocido que fue Ricardo Calderón el autor del primer tratado de Derecho militar en lengua española. Es más, setenta años después, sigue siendo –aun desfasada y, por tanto, con un valor meramente histórico– la única obra, dentro de la literatura jurídica española e hispanoamericana, en la que por un solo autor se estudia y expone todo el Derecho (judicial) militar, en sus vertientes orgánica, penal y procesal.
- La obra de Calderón, que, como decimos, obtuvo merecido reconocimiento en el ámbito americano, resultó ignorada en España. Sus libros no figuran en las bibliotecas universitarias ni tan siquiera en las de los centros especializados en Derecho militar, lo que sólo hasta la transición podía explicarse –que no justificarse– por razones políticas, cuando lo cierto es que Ricardo Calderón nunca militó en ningún partido ni, con sus actuaciones, mostró una particular inclinación ideológica. Fue, eso sí, hombre de profundas convicciones patrióticas y amor al Ejército, que sólo se significó por una absoluta fidelidad a las leyes, una sentida lealtad a las instituciones y una decidida defensa de los principios democráticos.

El Dr. Millán Garrido, Diplomado en Derecho Penal Militar por la Escuela de Estudios Jurídicos, fue miembro del Cuerpo Jurídico Militar y Catedrático en la Universidad de Cádiz. Es autor de numerosas publicaciones de la especialidad, entre las que destacan “El delito de deserción militar” (Bosch, Barcelona, 1983), “La objeción de conciencia al servicio militar” (Tecnos, Madrid, 1990), “Régimen disciplinario de la Guardia Civil” (Trotta, Madrid, 1992) y “Justicia Militar” (9ª edición, Ariel, Barcelona, 2012). Durante años dirigió la Sección de Derecho penal militar de la “Revista General de Derecho”, siendo en la actualidad Consejero de la “Revista Española de Derecho Militar”, de “Humanitas et Militaris” y de “Criminogenesis”.



El Doctor Antonio Millán Garrido (izquierda) con el Presidente titular de la Real Academia de San Dionisio de Ciencias, Artes y Letras de Jerez, don Joaquín Ortiz Tardío

Víctor Jimmy Arbulú Martínez¹

EFFECTOS DEL AUTO

DE NO HA LUGAR A ABRIR INSTRUCCIÓN (CASACIÓN 326-2011)

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Establecer si un auto de no abrir instrucción tiene la calidad de cosa juzgada y pone fin al proceso, y sus efectos se irradian en un proceso investigador bajo las reglas del NCPP.

2. ANTECEDENTES

El encausado fue denunciado por delito contra la Fe Pública ante el Juzgado Transitorio de la Provincia de la Convención del Cusco, que declaró no ha lugar a la apertura de instrucción, fue apelado y declarado improcedente el recurso, por extemporáneo.

Posteriormente la Fiscalía del Cusco formalizó investigación preparatoria y el encausado formuló excepción de cosa juzgada, sosteniendo que se le viene investigando por haber falsificado un certificado médico de incapacidad temporal de trabajo (CIT N° A-118-00000133-8) de fecha veintitrés de junio de dos mil ocho, en razón que ya fue investigado sobre el mismo hecho por el Juzgado Penal de la Convención, que declaró no ha lugar abrir instrucción, siendo denegada la excepción en primera instancia y en segunda la Sala Superior declaró fundada la excepción.

¹ Docente de la Facultad de Derecho Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha ejercido docencia en la Academia de la Magistratura. Magister en Derecho UNMSM. Doctorando UNMSM. Juez Superior Titular de la Corte de Lima

3. MARCO DE REFERENCIA

3.1. Aspectos doctrinarios y jurisprudenciales

La regla de única persecución o *ne bis ídem* implica que nadie puede ser perseguido ni sancionado más de una vez, siempre que sea el mismo sujeto, hecho y fundamento o bien jurídico afectado por la conducta del agente. Esto se hace extensivo al derecho administrativo sancionador, y ante los vacíos notados, se ha establecido que el derecho penal tiene preferencia al derecho administrativo.

Para Maier², el principal efecto de la regla de no persecución múltiple es impedir absolutamente toda posibilidad de establecer el recurso de remisión en contra del imputado absuelto o del condenado por un delito más leve. Es decir, volverlo a procesar y sancionar sobre lo mismo.

El NCPP establece que nadie podrá ser procesado ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo. (Art. III)

El Art. 335 del NCPP establece una prohibición clara de una nueva denuncia e impide que otro Fiscal pueda promover u ordenar que el inferior jerárquico promueva una Investigación Preparatoria por los mismos hechos si es que se dan los supuestos establecidos en el artículo 335 incisos 1 y 2 que son:

- a) Disposición de archivo prevista en el artículo 335, impide que otro Fiscal pueda promover u ordenar que el inferior jerárquico promueva una Investigación Preparatoria por los mismos hechos.
- b) Se exceptúa esta regla, si se aportan nuevos elementos de convicción, en cuyo caso deberá reexaminar los actuados el Fiscal que previno. En el supuesto que se demuestre que la denuncia anterior no fue debidamente investigada, el Fiscal Superior que previno designará a otro Fiscal Provincial.

Cuando el Fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción previstas en la Ley y declara que no procede formalizar y continuar con la Investigación Preparatoria, ordenando el archivo de lo actuado.

Si por requerimiento del denunciante y elevado los actuados al Fiscal Superior, él se pronunció dentro del quinto día por que se archiven las actuaciones, este tiene la calidad de cosa decidida más que juzgada. Sin embargo, se ha previsto como excepción, si es que se aportan nuevos elementos de convicción que obligará el reexamen de los actuados por el Fiscal que previno. Si se demuestra que la denuncia anterior no fue debidamente investigada, el Fiscal Superior que previno, designará a otro Fiscal Provincial.

2 MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editores del Puerto. Segunda Edición. Buenos Aires. 1999. p. 599.

Y aquí viene el problema del carácter del archivo fiscal, si tiene la calidad análoga al de la cosa juzgada. Sobre este aspecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que: "...La decisión del Fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituyen delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional –como toda actividad del Ministerio Público en el proceso– que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo los efectos de la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de decisión..." (Informe N° 1/95, relativo al caso 11.006 del 7 de febrero de 1995).

En la jurisprudencia constitucional, en la Sentencia N° 2725-2008-PHC/TC, han establecido que las resoluciones que declaran no ha lugar a formalizar denuncia penal, que en el ejercicio de sus funciones pudieran emitir los representantes del Ministerio Público, no constituyen en estricto cosa juzgada, pues esta es una garantía exclusiva de los procesos jurisdiccionales; pero el TC les ha reconocido el status de inamovible o cosa decidida, siempre y cuando se estime en la resolución, que los hechos investigados no configuran ilícito penal, o sea en un pronunciamiento de atipicidad.

En la STC N° 01887-2010-PHC/TC se dice que esta forma de razonamiento asumida por el Tribunal Constitucional tiene, como fundamento, el principio de seguridad jurídica; principio que forma parte consustancial del Estado Constitucional de Derecho y está íntimamente vinculado

con el principio de interdicción de la arbitrariedad. Así, este principio constituye la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico, siendo una "... norma de actuación de los poderes públicos, que les obliga a hacer predecible sus decisiones y a actuar dentro de los márgenes de razonabilidad y proporcionalidad, y en un derecho subjetivo de todo ciudadano que supone la expectativa razonable de que sus márgenes de actuación, respaldados por el derecho, no serán arbitrariamente modificados..." (STC 5942-2006-PA/TC). En tal sentido, el principio de seguridad jurídica es la garantía constitucional del investigado que no puede ser sometido a un doble riesgo real de ser denunciado y sometido a investigaciones por hechos o situaciones que en su oportunidad han sido resueltos y absueltos por la autoridad pública. Por ello, al ser el Ministerio Público un órgano constitucional y por ende sometido a la Constitución, su actividad no puede ser ejercida, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales, como el principio y el derecho del *ne bis in ídem* o la no persecución múltiple. (Considerandos 18 y 19)

Frente al supuesto de archivo por atipicidad, la sentencia N° 2725-2008-PHC/TC plantea dos posibilidades de apertura: a) Nuevos elementos probatorios; y, b) Investigación deficiente. La primera no es inconveniente, pues pueden aparecer nuevos elementos que no conoció el fiscal, y la segunda, que la investigación haya sido defectuosa. Sobre este aspecto se ha morigerado con la regla establecida en la STC 2110-2009-PHC-/TC en el sentido que impulsar una investigación deficiente no significa que se le dé patente de corso a la fiscalía para que investigue cuando quiera

frente a su propia ineptitud, pues tiene que existir un elemento de validación para que se pueda activar esta investigación.

La Corte Suprema en la Casación N° 326-2011, estima que respecto a si el auto de no ha lugar constituye cosa juzgada existen dos posiciones:

- a) La que considera que es cosa juzgada desde una óptica formal porque fue un pronunciamiento judicial, siendo el efecto que por ningún motivo se puede reabrir una investigación³.
- b) La segunda privilegia más un análisis sustantivo que formal y estima que el auto es cosa decidida. Si bien el pronunciamiento lo hace el juez, no hay ninguna actividad probatoria. El efecto sería que el fiscal podría presentar nueva denuncia basado en medios probatorios distintos.

En la Casación adopta la perspectiva que si el Juez para denegar la apertura de instrucción se basó en la calificación jurídica del hecho, resulta evidente que realiza actividad jurisdiccional en estricto ya que determina la licitud o ilicitud de la imputación fáctica. Si es así, el auto tiene valor de cosa juzgada. Si la denegatoria se sustentó en la insuficiencia de actos de investigación, entonces el auto tiene la calidad de cosa decidida y, en consecuencia, puede reabrirse la investigación con nuevos medios de prueba.⁴

4. EXAMEN

En el apartado C del análisis que hace la Corte Suprema realiza la semejanza y diferencia entre el auto de apertura y la formalización de investigación preparatoria.

“C.3. En este nuevo modelo procesal penal no existe el auto de no ha lugar a iniciar instrucción: sin embargo, tiene un equivalente funcional el cual es la decisión del Ministerio Público de no formalizar la investigación preparatoria. Al respecto, es preciso hacer mención al artículo trescientos treinta y cinco del mencionado cuerpo normativo, que “1. La disposición de archivo prevista en el primer y último numeral del artículo anterior, impide que otro Fiscal pueda promover u ordenar que el inferior jerárquico promueva una Investigación Preparatoria por los mismos hechos. 2. Se exceptúa esta regla, si se aportan nuevos elementos de convicción, en cuyo caso deberá reexaminar los actuados el Fiscal que previno. En el supuesto que se demuestre que la denuncia anterior no fue debidamente investigada, el Fiscal Superior que previno designará a otro Fiscal Provincial.”

Luego de examinar los supuestos de apertura de investigación fiscal sostiene que los mismos criterios aplicados al auto de apertura se han trasladado al NCPP y que los efectos de las decisiones en el procedimiento de 1940 también se irradian en el del 2004, lo cual, sin ninguna duda, es bastante claro.

3 Considerando 3 b.

4 Se ampara en la STC 2725-2008-PHC/TC.

“C. 4. Tal como podemos observar, la regla que antes fijamos para determinar los efectos del auto de no ha lugar a iniciar instrucción, es la misma que se ha adoptado en el nuevo sistema procesal penal para el caso de la disposición de no formalizar la investigación preparatoria. A saber, si el pronunciamiento del Ministerio Público se refiere a la juridicidad de los hechos, entonces no será posible el pronunciamiento sobre los mismos hechos, por lo que tiene los efectos de cosa juzgada; si el pronunciamiento es denegatorio por razones de índole probatoria, entonces tendrá los efectos de cosa decidida.

C.5. La excepción de cosa juzgada en el Código Procesal Penal de 2004, no abarcará sólo a resoluciones que tengan tal efecto y que hayan sido emitidas en el marco de la vigencia de este cuerpo normativo. También habrá de abarcar a aquellas resoluciones que fueron emitidas bajo el amparo del Código de Procedimientos Penales, y que tuvieran el efecto de cosa juzgada, como es el claro caso del auto de no ha lugar a iniciar instrucción motivado en la juridicidad de los hechos.”

Aunque no se explaya con minuciosidad los argumentos para no abrir instrucción, la Corte Suprema estableció que el auto de no ha lugar a iniciar instrucción al denunciado tiene los efectos de cosa juzgada, pues se hizo una valoración en el ámbito de la tipicidad.

5. CONCLUSIONES

- a) Si la razón para denegar la apertura de instrucción se basó en análisis de la juridicidad penal, tipicidad del hecho denunciado, este constituye cosa juzgada;
- b) Si la denegatoria se sustentó en insuficientes elementos de convicción, entonces tiene la calidad de cosa decidida y se puede reabrir con nuevas pruebas; y,
- c) Las decisiones adoptadas en el marco del Código de Procedimientos Penales de 1940 irradian sus efectos en los procesos abiertos al amparo del NCPP.

Juan Carlos Monroy Meza¹

LA REPARACIÓN CIVIL

EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL DEL PERÚ

RESUMEN

La Reparación Civil tiene un tratamiento peculiar en sede Jurisdiccional Penal Militar Policial. En este artículo se pretende revisar ello, recogiendo conceptos sobre el agraviado, acción civil, actor civil y reparación civil propiamente dicho, haciendo un análisis comparativo con las normas que la regulan en la jurisdicción ordinaria, a fin de establecer diferencias existentes entre ambos tratamientos legislativos y tratando de identificar las razones de tales diferencias.

GENERALIDADES

En el Perú la facultad de administrar justicia se ha conferido constitucionalmente al Poder Judicial; sin embargo, de manera excepcional dicha facultad se ha derivado a otros órganos de justicia, entre los cuales tenemos la Jurisdicción Militar Policial, cuya competencia está referida, específicamente, a los delitos denominados de función (delitos especiales), en los que pueden incurrir militar y policías en situación de actividad, por lo que al tratarse de una jurisdicción excepcional, se han dado disposiciones de desarrollo constitucional otorgándole autonomía e independencia, y una organización *sui generis* altamente especializada.

1 Abogado, Magister en Derecho Penal Militar y egresado del Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas de la UNMSM.

Asimismo, se han promulgado leyes producto de varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional, adecuando su especial competencia a la naturaleza de los delitos que persiguen, contando con disposiciones generales en materia penal y tipificando las conductas en las cuales podrían incurrir en el ejercicio de la función los militares y los policías, siendo de resaltar la parte procesal que se ha adecuado a las tendencias modernas del nuevo Código Procesal Penal, que está en un proceso avanzado de implementación en el país, siendo de advertir que para la Jurisdicción Militar Policial cuenta con un código con lineamientos similares, con una vigencia a nivel nacional; ahora bien, no es que se trate de la misma normativa procesal, sino que guarda una gran similitud, manteniendo diferencias sustanciales de acuerdo a su especial naturaleza.

Las diferencias anotadas crean situaciones confusas que generan erradas interpretaciones e incluso aplicación irregular de ciertas normas, ello bajo el sustento de la supletoriedad del Código Procesal Penal, cuando en realidad no son aplicables, por cuanto el Código Penal Militar Policial marca la diferencia por la naturaleza de los delitos que investiga y sanciona.

Entre las diferencias que podemos observar, resulta conveniente resaltar el tratamiento que la Jurisdicción Militar Policial le da a la figura jurídica de la Reparación Civil, que es parecida, empero, no igual, tema en el que centraremos el presente artículo.

AGRAVIADO

Como quiera que la conducta prohibida calificada como delito afecta un bien

jurídico determinado, resulta obvio que dicha afectación recae en el titular del bien, el cual puede ser tanto una persona jurídica como una persona natural; siendo de advertir que para el caso de los delitos de función militar policial, **en todos los casos el agraviado lo constituye el Estado**, cuya representación recae en los procuradores públicos designados en sus respectivas competencias, vale decir Ejército del Perú, Marina de Guerra, Fuerza Aérea y Policía Nacional del Perú; eventualmente, alcanzará el nivel del Ministerio de Defensa y Ministerio del Interior. Este extremo se encuentra regulado en el art.225° del Código Penal Militar Policial; empero, así como agravia al Estado, también, en forma más limitada, afecta bienes jurídicos cuyo titular no es el Estado, sino que afecta a otras personas tanto jurídicas como naturales, que en todo caso, concurrirán como agraviados con el Estado; lo cierto es que el Estado no puede dejar de ser agraviado en los delitos de función militar policial, por la naturaleza de los bienes jurídicos que protege este código; ahora bien, sí se da la citada concurrencia de sujetos pasivos o agraviados, ello se debe a la existencia de delitos pluriofensivos, es decir, la conducta prohibida que califica un delito penal militar policial, en su ejecución, puede llegar a lesionar simultáneamente bienes jurídicos del Estado y de otros agraviados.

Al respecto, debemos hacer mención a lo que precisa el art. II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, que define el delito de función, constituyendo la norma rectora que sustenta la construcción de los tipos penales contenidos en la parte especial de dicho cuerpo de leyes; en tal sentido, se evidencia de dicha norma que establece como condición de dichos delitos, la afectación de bienes jurídicos vinculados

con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú. Consecuentemente, se infiere, que son dichos institutos los afectados en forma directa y, lógicamente, lo es el Estado en forma general, por lo que se descarta la posibilidad de la comisión de un delito de función militar policial, en el cual el Estado no sea el agraviado.

Lo señalado líneas arriba, no limita la posibilidad fáctica de que, la comisión de una conducta ilícita considerada como delito de función, afecte paralelamente bienes jurídicos comunes, por lo que, como dijimos, estaríamos ante delitos pluriofensivos y tendremos necesariamente una concurrencia de agraviados, el Estado por un lado y por el otro la persona natural o jurídica que también resulta afectada, teniendo las mismas prerrogativa para participar en el proceso judicial militar policial, generando una pluralidad de afectados; sin embargo, deberá tenerse cuidado al momento de considerar dicha posibilidad, para no incurrir en error, ello implica la verificación de si el tipo penal atribuido, materia de proceso, habilita la posibilidad de la afectación de un bien jurídico común y partiendo de esta premisa es que se podrá realizar un análisis de los hechos, para afirmar la afectación múltiple a la que nos referimos, concluyendo con la existencia de más de un agraviado.

El Código Penal Militar Policial hace una diferencia referente al tipo de afectación que pueda generar la comisión de un delito de función y es que en el art.217° aborda el tema refiriéndose, por un lado, a quien resulte ofendido y, por otro lado, al perjudicado; entendemos que esta diferencia estriba en la naturaleza de la afectación, la primera consideramos que se

refiere a una afectación interna, trascendente, como la afectación al honor, reputación, imagen, etc., mientras que la segunda está ligada a un aspecto material palpable, como daños materiales, lesiones, sustracciones, etc.; sin embargo, resulta cuestionable tal tratamiento legislativo, en la medida que ha sido materia de discusión en la doctrina común, con ocasión de su tratamiento en el Código Procesal Penal, en el cual se concluye una diferencia procesal, pues el ofendido tiene expedito el camino para el inicio de una querrela, al ser titular de la acción resarcitoria como de la pretensión penal, mientras que el perjudicado es titular de la acción resarcitoria únicamente; existiendo una confusión de tratamiento con dichos términos.

Al respecto, la doctrina nos informa señalando: *“Al parecer la confusión tendría su origen, en la diferenciación que hace el legislador entre ofendido y perjudicado, identificando al ofendido como agraviado directo y al perjudicado como sujeto que sufre indirectamente las consecuencias del delito (art.94.1°). Pero ello no es así, si nos atenemos a las definiciones antes anotadas; más aún si se concuerda este artículo con lo establecido en el art.98° del Código, en el cual se establece que solo podrá constituirse en actor civil el “perjudicado”, sin hacerse referencia al agraviado y al ofendido; esto es, solo se considera al que sufre indirectamente las consecuencias del delito, más no al que resulta directamente agraviado, lo cual evidentemente resulta contradictorio e ilógico, apreciándose falta de claridad del legislador respecto a estas instituciones”;* (Gálvez Villena, Rabanal Palacios, Castro Trigoso, 2009. p.269). Dicha confusión se ha traslado a través de la disposición en comentario del Código Penal Militar Policial, más aun si tenemos en cuenta que en la

Jurisdicción Militar Policial no se procesan delitos vía querella; en todo caso, estaremos atentos a lo que señale la Jurisprudencia sobre el particular.

Por otro lado, la condición de agraviado es transferible a los herederos legales, quienes adquieren la posición procesal del causante, debiendo quedar en claro que el ejercicio de sus derechos deberá acreditarse con la respectiva declaración de herederos según las normas que sobre sucesiones contempla el Código Civil.

La intervención del agraviado durante el proceso penal militar policial, resulta limitada, pudiendo, entre otros derechos, ser informado del resultado del procedimiento en que participó o del proceso, así como a ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, **debiendo haber solicitado previamente este aviso**, podrá también requerir la revisión de la desestimación y el archivo dispuesto por el Fiscal y a impugnar el sobreseimiento y la sentencia; **aun cuando no sea actor civil**, teniendo como límite la imposibilidad de ejercer la acción resarcitoria emergente del delito o realizar actos impugnativos en general.

ACCIÓN CIVIL

La Acción debe entenderse como *“un derecho potestativo, con reconocimiento a nivel de legislación internacional, que tiene por contenido la potestad atribuida a todo sujeto de acudir al Estado, para hacer valer su derecho que considera vulnerado por otro sujeto”* (Acosta-López-Melgar-Morales y Torres - 2014).

Asimismo podemos considerar la acción (derecho procesal) como *“un derecho público, subjetivo y autónomo por el cual la*

persona tiene la facultad de recurrir a la autoridad judicial para que declare la existencia de un derecho y/o presta su auxilio o su ejercicio coactivo”. (Chanamé Orbe, 2001).

La acción civil no tiene una naturaleza punitiva, sino más bien una naturaleza resarcitoria que debe ser accionada por el agraviado, que como lo señala Rodríguez Domínguez (2000) *“Al prohibirse la autodefensa, la persona tiene el derecho de recurrir al Estado solicitando el ejercicio de su función jurisdiccional, para resolver el litigio”*; ahora bien, la acción punitiva la ejerce el representante del Órgano Fiscal, quedando debidamente delimitado el rol de cada uno de ellos, pues **el Fiscal solo puede accionar con relación a la reparación civil cuando concurren las circunstancias, que la propia ley prevé taxativamente**. Debe tenerse presente que las funciones o atribuciones de un funcionario no se presumen si no que deben estar previstas en forma expresa en la norma; tal noción deriva del principio acusatorio, que se sustenta en la separación de roles, que no se agota en el perseguidor del delito, la defensa y el Juez, alcanzado al actor civil.

Al respecto, resulta conveniente hacer expresa mención que el Código Penal Militar Policial hace una diferencia sutil respecto al tratamiento de la acción civil regulada en el Nuevo Código Procesal Penal; que por lo sutil, no deja de ser profunda en relación al acto postulatorio de la pretensión civil, específicamente en lo referente a los alcances de la capacidad procesal del Fiscal para intervenir y perseguir la reparación civil; es así que, en el caso del Código Procesal Penal la titularidad del Fiscal para el ejercicio de la acción civil se encuentra compartida con el perjudicado por el hecho criminal, así se aprecia de lo que dispone el art.11° del aludido

código; luego, cuando dicho perjudicado se constituye como actor civil, el Fiscal es relevado de tal facultad, perdiendo legitimidad para obrar, cabe precisar que la mencionada legitimidad para obrar no nace de los hechos, sino del mandato de la ley antes anotada; mientras que el caso de la legislación Penal Militar Policial, **el Fiscal no tiene titularidad para el ejercicio de la acción civil, sino que la adquiere vía representación procesal** y ciñéndose a un procedimiento previo, conforme puede verificarse del contenido de lo que dispone el art.173° del Código Penal Militar Policial, norma que establece dos supuestos que habilitan al Fiscal para representar al afectado con el delito. El primero se produce cuando el afectado con el daño sea un incapaz, que además carezca de representante legal y el segundo caso se da cuando tal facultad le sea expresamente delegada por el agraviado que no esté en condiciones socioeconómicas para ejercerla. Tal delegación debe ser otorgada por escrito, en un acta que contenga los datos personales del delegante, se extiende ante el Juez con dos testigos y tiene la naturaleza y valor jurídico de poder especial; por lo que, a manera de conclusión, podemos afirmar que en la Jurisdicción Penal Militar Policial, el Fiscal no tiene legitimidad para obrar en materia de reparación civil, sino que se le habilita capacidad de representación específicamente en las dos situaciones expresadas por la Ley.

El ejercicio de la **acción civil es en esencia una demanda incorporada en el proceso penal**, que busca una condena íntegra que alcance la responsabilidad civil por la afectación generada con el delito, conjuntamente con la responsabilidad penal. Para su ejercicio el recurrente deberá entablarlo por escrito, acto postulatorio que

debe contener los requisitos de una demanda civil, así pues, se inicia con los datos de identidad del accionante y del imputado, el petitorio que debe expresarse en un monto determinado, los fundamentos de hecho y derecho que fundan su pretensión y las pruebas que lo sustentan, así fluye de lo que dispone el art.221° del CPMP. Dicho escrito, si bien es cierto debe ser presentado ante el Fiscal del caso, finalmente lo resolverá el Juez de la Investigación Preparatoria, como lo veremos más adelante.

ACTOR CIVIL

“Actor Civil es la persona que ejercita o en cuyo nombre se ejercita una determinada acción y se le utiliza como sinónimo de demandante o pretensor... puede considerarse actores a todas las personas naturales y jurídicas, incluso aquellas que no tengan capacidad procesal. Asimismo, puede hablarse de actor en sentido formal o en sentido material. En tal sentido es actor en sentido formal quien se apersona no obra por su propio derecho sino como apoderado, representante legal o convencional de la persona titular del derecho discutido; por otro lado, el actor, en el sentido material, es el titular del derecho que se invoca con la demanda” (Acosta- et. al., 2014).

Actor civil “es todo órgano o persona que deduce en un proceso penal una pretensión patrimonial, por la comisión de hechos delictivos imputados al autor, su naturaleza jurídica es de índole civil, el interés que persigue es de índole económico y se requiere de toda una formalidad para su intervención en el proceso penal” (Moreno Catena citado por Neyra Flores, 2010. P.259).

La figura Jurídica del Actor Civil habilita al agraviado a participar en el proceso

penal militar policial con igualdad de armas en relación a las demás partes del proceso y se accede a solicitud de parte, mediante un acto postulatorio de la pretensión, siguiendo el procedimiento de naturaleza civil establecido en los arts. 220° y siguientes del Código Penal Militar Policial.

Dichas normas establecen el ejercicio de la acción mediante una pretensión escrita, en la cual el agraviado solicita constituirse en actor civil y debe precisar, al estilo de una demanda civil, requisitos mínimos para su admisión, como los datos de identidad, domicilio y firma del actor civil, en su caso los datos del mandatario, los datos de identidad del o los imputados, sus domicilios y si se ignora deberá dar las precisiones que ayuden a identificarlo, la relación de los hechos en forma clara, precisa y detallada, motivando los fundamentos de la acción civil, los daños irrogados y la pretensión económica de la reparación civil y, finalmente, las pruebas que ofrece y datos para su actuación, lo que implica las referencias de identidad de los testigos o peritos, precisando los hechos sobre los que deben ser examinados o requeridos; en caso que no se cumpla con estos requisitos, se produce un rechazo temporal de la admisión a trámite del pedido, estableciendo la norma un apercibimiento de inadmisibilidad por incumplimiento y un plazo para cumplir con las observaciones.

Existe aquí, una diferencia con relación al tratamiento que se le da a la constitución en actor civil en el procedimiento ordinario, pues como podrá verificarse de lo que dispone el art. 100° del Código Procesal Penal, que expresamente señala: *“La solicitud de Constitución en actor civil se presentará por escrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria”*; la presentación se hace en forma directa al Juez de la Investigación

Preparatoria, mientras que en la Jurisdicción Militar Policial tiene un trámite previo, a manera de control previo, pues se presenta ante el Fiscal, quien lo cursa al Juez de la Investigación Preparatoria, **una vez que verifique que el actor cuenta con legitimidad para obrar**, es decir que éste deberá pronunciarse con una disposición precisando que, efectivamente, el recurrente cuenta con legitimidad para obrar y dispondrá se curse la solicitud al Juez competente para el pronunciamiento de fondo.

Asimismo, cabe resaltar que se establece con claridad la oportunidad para el ejercicio de la acción civil que adquiere la naturaleza de perentoria, vale decir, **el agraviado puede constituirse en actor civil durante la investigación preparatoria**. Si lo hace en otra etapa procesal, resultará extemporáneo y por consecuencia se entiende que el derecho invocado precluyó; sin embargo, no debe entenderse que los intereses reparatorios del agraviado se hayan perdido, pues la acción civil puede ejercerse en la vía civil y ante un Juez de dicha naturaleza, mediante un proceso indemnizatorio por daños y perjuicios, mas no se podrá utilizar la vía jurisdiccional penal militar policial, si no se ha ejercido en la etapa autorizada por el código respectivo, situación similar a la regulada en el proceso ordinario.

Esta disposición añade una novedad con relación a las disposiciones del Código Procesal Penal, pues establece que el escrito postulatorio se presenta ante el Fiscal, quien tiene la facultad de rechazar liminarmente la solicitud si el accionante carece de legitimación, abriendo la posibilidad de recurrir al Fiscal Superior para que se revise la decisión, en este aspecto cabe hacer precisiones y, es que, no se trata de que el Fiscal tenga competencia para revisar el cumplimiento de los requisitos formales o

de fondo establecidos en la ley para la pretensión invocada, pues ello le corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria. Lo que sucede es que el **dispositivo en comentario regula la posibilidad de rechazo ante una situación sui generis, otorgándole al Fiscal la posibilidad de verificar, exclusivamente, la legitimidad para obrar del accionante.**

La Legitimidad para Obrar, debe entenderse conforme se precisó en la CAS N°141-2000 – Lima como *“La cualidad emanada de la ley para aspirar a una sentencia favorable respecto del objeto litigioso, la misma que requiere el examen de la titularidad del derecho cuya tutela jurisdiccional se pretende, ya que al calificarse la pretensión procesal debe tenerse en cuenta que esta debe tener sustento en la relación material”*; asimismo, en la CAS N° 90-2011 se precisa *“La legitimidad para obrar se da cuando quien comparece ante el órgano judicial afirma su titularidad del derecho subjetivo material e imputa al demandado la titularidad de la obligación, a fin de que se realice la tutela judicial”*. (Ledezma Narváez 2013).

Por definición, Legitimidad para obrar se alude *“a la identificación que debe existir entre los sujetos que conforman la relación jurídica - procesal y quienes bien ocupan los polos de la relación jurídica - material o aquellas que, en abstracto, determina la Ley para actuar con calidad de parte del proceso”* (Acosta- et. al., 2014).

Para Chanamé (2001) *“Legitimidad para obrar constituye la relación lógica-jurídica, que debe existir entre el vínculo material y el procesal, de manera que quienes son parte en la relación jurídica material deben conservar tal calidad en la misma posición, en la relación jurídica procesal. Es una condición de la acción”*

No nos olvidemos que el referido acto postulatorio tiene una naturaleza civil y **lo que va a verificar el Fiscal es si existe coincidencia entre los sujetos de la relación jurídica sustantiva con los sujetos de la relación jurídica procesal** a la que se pretende acceder, que, como veremos, la razón se funda en el hecho de que es el Fiscal quien conduce la investigación y como tal cuenta con elementos de juicio suficientes para establecer si efectivamente el accionante, es o no, el afectado por el delito perseguido, entonces, el Fiscal está en la posibilidad de dilucidar, en base a las actuaciones con las que cuenta, si el accionante tiene dicha legitimidad, por lo que puede pronunciarse categóricamente sobre el particular, situación que no se da con el Juez de la Investigación Preparatoria, pues éste no cuenta con más actuados que la Disposición de Inicio de la Investigación Preparatoria que el Fiscal le cursó y el escrito presentado por el accionante solicitando constituirse en actor civil; entonces, se entiende la coherencia de esta diferencia de competencias procesales entre el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria.

Se establece, también, que se puede acceder a la figura procesal del desistimiento, mediante el cual se deja de seguir con el proceso instaurado en materia invocada con la acción civil; empero, ello debe ser declarado por el Juez de la Investigación Preparatoria. Al respecto no podemos ignorar las consecuencias de la constitución en actor civil, que por un lado, otorga derechos como parte al agraviado durante todo el proceso; empero, también lo limita en relación a la posibilidad de instaurar en sede jurisdiccional civil, una demanda resarcitoria por los mismos hechos; sin embargo, si el desistimiento en mención se realiza antes de la acusación fiscal, el afectado recobra

sus derechos para accionar en sede extra penal.

Entonces, debemos entender que el desistimiento al que hace mención la norma, se refiere a un desistimiento del proceso y no de la pretensión, pues el efecto de este último, impide al accionante iniciar un nuevo proceso al generar una suerte de cosa juzgada, mientras que el primero deja a salvo su derecho de accionar posteriormente con la misma pretensión; en doctrina, “*se denomina desistimiento del proceso a la renuncia del estado de litispendencia o de renuncia de actos del proceso, o desistimiento de la acción o de la instancia de la demanda*” (Acosta- et. al., 2014).

Según Chanamé (2001) “*El Desistimiento es la declaración mediante la cual el demandante hace saber su renuncia a continuar con el proceso iniciado, dejando a salvo su pretensión, la misma que podrá ser materia de un proceso posterior*”.

Sin embargo, debe tenerse presente que las facultades del actor civil no se extinguen en la petición de la reparación civil, sino que al estar ligado íntimamente al resultado de la imputación penal, tiene facultades para intervenir ofreciendo elementos probatorios e incluso oponiéndose al requerimiento de sobreseimiento que el Fiscal, eventualmente, podría proponer al término de su investigación; así lo prevé el art.373° del CPMP, cuando precisa que el actor civil puede objetar el sobreseimiento y solicitar la continuación de la investigación.

Al respecto, cabe resaltar un aspecto peculiar de las facultades del actor civil y es que el Código Penal Militar Policial, en el art.377°, habilita a este para que pueda precisar subsidiariamente las circunstancias del hecho que permita una calificación

distinta; en otras palabras, podrá realizar una acusación subsidiaria independientemente si el Fiscal lo hace o no, aspecto que no ha sido considerado en el Código Procesal Penal, que, cuando mucho, le otorga la posibilidad de intervenir en salvaguarda de sus derechos, por lo que a nuestra consideración dicha disposición se aleja de la separación de roles, que debe existir en el proceso penal según el sistema procesal adoptado, otorgándosele una facultad al actor civil que le es propia al Órgano Fiscal, quien tiene la titularidad de la persecución penal. Lo cierto es que se encuentra así regulado en la normativa procesal militar policial y será la jurisprudencia a emitirse sobre el particular, la que nos brinde mayores elementos de juicio sobre dicha facultad y alcances.

Esta situación nos hace revisar más profundamente los alcances de la competencia del actor civil en la Jurisdicción Militar Policial, siendo de advertir que el art.321° del CPMP, prevé la posibilidad del actor civil para solicitar la imposición de medidas de coerción contra los imputados, sin precisar limitaciones sobre el alcance de dicha facultad, dándole un tratamiento independiente a la actuación que sobre el particular realice el Fiscal; es decir, el Actor Civil podría solicitar cualquiera de estas medidas sin que el Fiscal lo haya hecho; esta norma nos hace verificar las disposiciones que sobre el particular precisa el Código Procesal Penal, de cuyo contenido se advierte el art.255°, que en su inciso 1°, limita la facultad del Actor Civil, en relación a las medidas de coerción, específicamente al embargo y ministración provisional de posesión y en tal sentido, queda excluido de facultades propias para las demás medidas de dicha naturaleza, que como podrá observarse tiene un tratamiento diferenciado en

la Jurisdicción Militar Policial, que en forma expresa, **le otorga al actor civil la posibilidad de solicitar cualquiera de las medidas coercitivas taxativamente precisadas en el artículo antes mencionado**, que incluye la posibilidad de que pueda solicitar la prisión preventiva. Al respecto consideramos un exceso de facultades y que tal norma no es acorde con la naturaleza de la participación del actor civil en el proceso penal militar policial, quien, en esencia, debe perseguir la reparación civil por el daño y perjuicio irrogado, mientras que la persecución por el delito le corresponde al Fiscal del caso.

REPARACIÓN CIVIL

Para Chanamé (2001) *“La Reparación Civil consiste en el resarcimiento del bien o indemnización por quien produjo el daño delictivo, cuando el hecho afectó los intereses particulares de la víctima”*.

Nuestro ordenamiento punitivo ha previsto una serie de conductas prohibidas, que al ser realizadas califican como delitos de función, casualmente, por que vulneran determinados bienes jurídicos a través de la lesión o puesta en peligro de los mismos; entonces, nace junto al delito, la consecuencia jurídica de, no solo punir o sancionar la conducta, sino la de reparar el daño y perjuicio ocasionados, que en sede penal se conoce como reparación civil, mientras que en el ámbito civil, su tratamiento es de indemnización de daños y perjuicios, la diferencia estriba en que a nivel civil la indemnización puede provenir de una relación contractual como de una relación extracontractual, mientras que en materia penal provendrá necesariamente de una relación extracontractual, al tratarse de una conducta ilícita prevista como delito en la Jurisdicción Penal Militar Policial.

Entonces *“el objeto del proceso tiene una doble pretensión, en primer lugar la pretensión penal que la podemos entender como la declaración de voluntad, dirigida contra el acusado, en la que solicita del juzgado penal una sentencia de condena, al cumplimiento de una pena o medida de seguridad fundada en la comisión por aquel de un hecho punible; y por otro lado está la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser deducida con absoluta reparación en un proceso civil declarativo, produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito, debido a la onerosidad y lentitud de un proceso civil”* (Neyra Flores, 2010 P.259).

La Jurisprudencia ordinaria nos informa sobre el particular señalando: Ejecutoria Suprema del 21OCT99 Exp.N°3362-99 San Román – Juliaca *“Todo delito acarrea como consecuencia no sólo la imposición de una pena, sino también puede dar lugar al surgimiento de responsabilidad civil por parte del autor”*. Asimismo, la Ejecutoria Suprema del 28ABR05 R.N°594-2005 Lima nos precisa: *“La relación civil implica la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales, y está en función de las consecuencias directas y necesarias que el delito generó en la víctima”* (citadas por Rojas Vargas – Infantes Vargas, 2007).

Entonces, la reparación civil en la competencia Jurisdiccional del Fuero Militar Policial, **no es más que la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la comisión de un delito de función**; ello implica el daño emergente, el daño moral y el lucro cesante, según la naturaleza y efectos de la conducta perseguida en sede jurisdiccional Penal Militar Policial; así se encuentra regulado en los arts.51° y 52° del Código Penal Militar Policial, norma que

replica literalmente el art.93° del Código Penal.

En este entendido, debe tenerse presente que el daño lo constituye la lesión directa al bien jurídico protegido que debe ser repuesto o en todo caso reparado, mientras que el perjuicio lo constituye el menoscabo futuro generado por el daño ocasionado, lo que se dejará de percibir a consecuencia del citado daño.

Como lo señalamos anteriormente, **la consecuencia jurídica por la comisión de un delito penal militar policial no se limita a la parte punitiva, sino que paralelamente se debe establecer la responsabilidad civil por el ilícito cometido** y conforme lo establece el art.51° del acotado cuerpo de leyes, tal reparación se debe establecer en la sentencia.

Al respecto Trazegnies (1988) nos informa que: *“El principio general que rige casi unánimemente en la materia consiste en que la víctima debe ser resarcida por todo el daño que se le ha causado. Este principio es el que se conoce como reparación plena o integral”*.

Las normas penales comunes u ordinarias como las especiales del Código Penal Militar Policial, coinciden en señalar que la responsabilidad por la reparación civil es solidaria, es decir, todos los causantes del daño responden por igual ante la reparación civil que fije el Juez en su sentencia, alcanzando la posibilidad de ejecución de la sentencia a la masa hereditaria que pudiere dejar el sentenciado en caso muera.

Según Barreto – Castro (2005) Se tiene solidaridad, *“cuando siendo única la obligación, son varios los deudores, cada uno de los cuales está obligado frente al acreedor por el íntegro de la deuda; pudiendo, quien hubiera*

llevado a cabo la solutio y, por consiguiente, extinguido la deuda, dirigirse contra los demás para que estos le reembolsen el monto que ha egresado de su patrimonio (solidaridad pasiva)”.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

En la secuencia de este artículo hemos podido identificar pequeñas diferencias en el tratamiento procesal de la reparación civil entre las normas de la Jurisdicción Militar Policial y la Jurisdicción Ordinaria que las podemos sintetizar en las siguientes:

El agraviado en todos los delitos perseguidos por la Jurisdicción Militar Policial es el Estado, abriendo la posibilidad de que concurren otros agraviados (personas naturales o jurídicas), siempre y cuando la conducta prohibida afecte varios bienes jurídicos (delitos pluriofensivos), lo que dependerá de la descripción típica y la naturaleza de la conducta realizada por el agente activo, mientras que en la jurisdicción ordinaria el agraviado podrá ser cualquier persona, es decir el Estado o personas naturales o jurídicas afectadas por la conducta prohibida.

La acción civil constituye una demanda que debe ser interpuesta ante el Fiscal del caso, quien tiene facultades para rechazarla si establece que el actor carece de legitimidad para obrar, en cuyo caso procede un recurso impugnatorio que será resuelto por el Fiscal de la instancia Superior, debiendo precisarse que el pronunciamiento del Fiscal se limitará a revisar dicha legitimidad para obrar, correspondiendo al Juez de la Investigación Preparatoria pronunciarse sobre la existencia de los requisitos de fondo y forma; y, constituir a la parte como actor civil.

En la Jurisdicción Militar Policial, el Fiscal no tiene titularidad para ejercer la acción civil en forma directa, pudiendo actuar como actor civil si le ha sido delegada la representación en dos casos específicos, por un lado, cuando el afectado con el daño sea un incapaz, que además carezca de representante legal y el segundo caso se da cuando tal facultad le sea expresamente delegada por el agraviado que no esté en condiciones socioeconómicas para ejercerla.

Dentro de las facultades otorgadas al actor civil, el Código Penal Militar Policial le otorga la posibilidad de exponer hechos que posibiliten una acusación subsidiaria aun cuando el Fiscal no lo haya hecho; asimismo, podrá solicitar, independientemente, lo haga o no el Fiscal, las medidas coercitivas que dicho cuerpo de leyes prevé, lo que incluye el pedido de prisión preventiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA-LÓPEZ-MELGAR-MORALES y TORRES (2013) Diccionario Procesal Civil 1ra. Edición. Editorial El Búho E.I.R.L. Lima – Perú.
- BARRETO BRAVO, José – CASTRO TRIGOSO, Nelwin (2005). Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas Tomo X. Gaceta Jurídica SA.
- CHANAMÉ ORBE, Raúl (2001). Diccionario Jurídico Moderno. 2da. Edición Perú.
- DE TRAZEGNIES, Fernando. (1988) La Responsabilidad Extracontractual Tomo II. Fondo Editorial. Lima – Perú.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino – RABANAL PALACIOS, William – CASTRO TRIGOSO, Hamilton. El Código Procesal Penal Comentarios Descriptivos, Explicativos y Críticos. 2009, Jurista Editores Lima.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. (2013) Código Procesal Civil 4ta. Edición. Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
- NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Editorial Moreno SA. 2010 Perú.
- RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito A. (2000). Manual de Derecho Procesal Civil 4ta. Edición. Editorial Grijley. Lima – Perú.
- ROJAS VARGAS, Fidel e INFANTES VARGAS, Alberto (2007) Código Penal 16 años de Jurisprudencia Sistematizada 3ra. Edición Idemsa – Lima Perú.

■ Homenaje
a José Gabriel
Gálvez Egúsquiza

JOSÉ GABRIEL GÁLVEZ EGÚSQUIZA, UN LIBERAL EJEMPLAR

José Francisco Gálvez¹

“Después del fuerte sacudimiento que sufrió nuestra sociedad al desmembrarse de la vasta monarquía de que era parte, fue inevitable que se experimentaran desconcierto y desgracias, hasta fijar el nuevo centro de orden, la autoridad que debía reemplazar al Soberano Español. Pero establecida una vez esta autoridad, distribuidos los poderes políticos; fijadas las garantías de los ciudadanos, saludada la joven república por los reinos de Europa que vieron llenos de esperanza su opulencia y sus encantos, ¿Por qué experimentamos tanto mal? ¿Por qué nos hemos ido hundiendo en un abismo? ¿Cómo este pueblo abundante en talentos, en valor i en todo jénero de recursos, ha podido sufrir la última humillación de ver su territorio profanado, i vencido su ejército por el de un estado, que debía estremecerse al contemplar nuestro poder de lejos? Juzguemos señores, con imparcialidad i en nosotros hallaremos la causa de nuestra afrenta”².

-
- 1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica y Doctor en Historia por la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Historia del Derecho. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad de Lima y de la Universidad San Martín de Porres de Derecho Constitucional e Historia del Derecho.
 - 2 Oración que en las exequias celebradas el día 4 de Enero de 1842 en la Iglesia de la catedral de Lima por el alma de S.E. el Jeneralísimo Presidente de la República D. Agustín Gamarra, muerto gloriosamente en el campo de Incahue, pronunció el Dr. D. Bartolomé Herrera, Cura y Vicario de Lurín. En: HERRERA, Bartolomé: Escritos y discursos. Lima. Librería Francesa Científica. Casa Editorial E. Rosay. 1929-1930; pp. 14-15.

El vacío de poder generado por el incipiente sistema político peruano había dado lugar al surgimiento de los caudillos militares nacionalistas, postura que no era incompatible con el diseño del ejercicio de la soberanía que radicaba en el pueblo de ciudadanos, que debían cumplir requisitos para acceder al poder: ser mayores de edad, letrados, vecinos, con profesión, arte u oficio, ser dueños de un taller y gozar de renta. Como elemento o atributo del Estado, la soberanía afirmaba su individualidad de este, así como su autodeterminación e independencia frente a los otros países, proporcionándole un sentido de equivalencia, de igualdad jurídica sustentada en la comunidad nacional y en el poder originario o constituyente del que se encontraba investido; fundamento que se hallaba en el artículo 3º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, reproducido más adelante en las Constituciones americanas: “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella”³. La defensa de la libertad, la propiedad y la seguridad hizo reflexionar a un sector de los legisladores en la necesidad de limitar al Poder Ejecutivo de todo posible exceso o arbitrariedad en sus funciones, cuyo resultado terminaría por ser nefasto, mientras que otros pensaban que antes de poner en vigencia la Constitución, era necesario establecer orden:

...Hoy se teme conceder demasiado poder a los gobernantes,... pero en mi concepto es mucho más de temer la muy poca obediencia de los gobernados.⁴

EL CONVICTORIO DE SAN CARLOS, CENÁCULO DE LA POLÍTICA

El Convictorio de San Carlos, bajo la batuta del rector Bartolomé Herrera, fue determinante en forjar a los miembros de la clase política peruana de las siguientes décadas en el siglo XIX, algunos de los cuales

3 PUENTE CANDAMO, José Agustín de la: *La Emancipación en sus textos: El Estado del Perú*. Lima, Instituto Riva-Agüero. 1959. Tomo I; p. 186.

4 MONTEAGUDO, Bernardo: *Exposición de las Tareas administrativas del gobierno desde su instalación hasta el 15 de julio de 1822*. CDIP: Tomo XIII: *Epistolario de José de San Martín*. 1973. Lima. Imprenta Colegio Militar Leoncio Prado. Vol. 1, p. 243 y ss.

secundarían las enseñanzas de su maestro y otros, como los hermanos José y Pedro Gálvez Egúsquiza, adoptarían posturas contrarias. Herrera, nacido en Lima en 1808, estudiante del Real Convictorio de San Carlos y más adelante ordenado sacerdote, volcó su labor pastoral en tanto miembro de la Iglesia Católica como párroco, llevando además su misión al plano educativo como rector de su Alma Mater en 1842.

Los conflictos e inestabilidad por la que atravesaba el país lo llevaron a apartarse del afrancesamiento revolucionario que había impregnado nuestra cultura política en la primera década de vida independiente. Las obras de Joseph Marie, conde de Maistre, de François Guizot y de Donoso Cortés, marqués de Valdegamas, había causado interés e influencia en el modelo de democracia reinante.

La construcción teórica de Bartolomé Herrera tuvo como elementos formativos los aportes de Joseph de Maistre, François Guizot y Juan Donoso Cortés; la tradición indiana que fusionaba el hispano e indígena. Maistre en su doctrina del derecho divino de los reyes, propuso el estado de emergencia frente a la institucionalidad liberal, para lo cual rescataba el principio de autoridad a partir de la recreación de la república cristiana desde su Teología Política. Era manifiesta su oposición a la institucionalidad francesa de finales del siglo XVIII que declaró la abolición de las corporaciones del medioevo bajo la universalidad de la ley. En los hechos, la sociedad se había resistido a la injerencia del poder político que pretendía uniformizar la imagen del hombre como ciudadano. En opinión de Maistre, la presencia de Dios, a través de una autoridad impuesta, resolvería el conflicto con la unificación de la sociedad política y civil, sin que esto fuese sinónimo de arbitrariedad en el poder. La razón era el talante sobre el cual reposaría la soberanía y no los derechos mismos, cuyo ejercicio estaría en concordancia con el estado de necesidad y de las cosas. Los legisladores actuarían en nombre de Dios sobre la base de elementos existentes y extra legales, retomando prácticas del medioevo. Otro crítico fue François Guizot⁵, representante del liberalismo doctrinario junto a Benjamín Constant, cuya prédica sirvió para avalar la monarquía constitucional en Francia, orientándose a plantear la cualificación del electorado, mediante la selección de propietarios de

5 Vid. GUIZOT, François Pierre Guillaume: *La Democracia en Francia*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1981.

la burguesía imperante y la organización de las fuerzas políticas. No en vano Guizot, ante la negativa del voto ampliado, proponía a sus nacionales el enriquecimiento como requisito para la concesión de la ciudadanía.

Juan Donoso Cortés sostuvo que el modelo político debía regularse con la invocación de la justicia y la aplicación de la llamada soberanía de la inteligencia; justicia que era imperativa y servía de garantía al ejercicio de los derechos proclamados y limitados. Soberanía que rescataba de los liberales doctrinarios los requisitos para dicha facultad pero donde los más capaces podían llevar adelante la voluntad divina, es decir el providencialismo. Al tener ellos la posibilidad de ocio, podían ilustrarse y tener mejor disposición para influir en los destinos políticos. Una mirada al desarrollo del pensamiento político peruano desde entonces nos puede llevar también a la reflexión de planteamientos del siglo XX con la *aptocracia* o el gobierno de los aptos⁶.

El rector Herrera realizó una labor fecunda, convencido que era necesario la formación de una nueva generación de políticos: *“en breve, antes de ocho años, una generación nueva saldrá de San Carlos a cegar la fuente de lágrimas que ha inundado a la República”*. Las circunstancias demandaban la respuesta a la incertidumbre y a la improvisación de los cuales habían sido objeto los efímeros regímenes. La formación que recibieron los intelectuales los compulsaba a defender por sobre todas las cosas a la patria como valor superior de la sociedad y ello sólo se lograría mediante el ejercicio de los Poderes del Estado y el desarrollo de las libertades que asistían la vida de la persona misma a lo cual se agregaba el desarrollo y el progreso que experimentaríamos a mediados del siglo XIX. Fue el Convictorio de San Carlos la representación ideal de su tesis de la soberanía de la inteligencia que agrupó a:

...Luciano y a Luis Benjamín [Cisneros], a los ilustres Gálvez –de Pedro dijo Herrera que era, conjuntamente con la Virgen de Nuestra Señora de Loreto, las dos mejores joyas del Convictorio y José fue el hombre representativo de la Asamblea Liberal del 56- a Clemente de

6 Vid. ECHECOPAR, Enrique: APTOCRACIA. Primera Parte. Lima, Imp. C.F. Southwell. 1931.

7 PAREJA PAZ SOLDÁN, José: Historia de las Constituciones Nacionales. Lima. Gráfica ZENIT. 1944; p. 107.

Althaus, a Ricardo Palma –el Príncipe de nuestras Letras y que ha recordado aquella juventud inolvidable en la Bohemia de mi Tiempo– a los poetas Adolfo García y Carlos Augusto Salaverry, a los García y García, marinos o diplomáticos, a los ilustres conservadores Toribio Pacheco, Evaristo Gómez Sánchez, José Antonio Barrenechea y Pedro José Calderón, los más fieles continuadores del pensamiento del maestro, a sacerdotes de la talla de Monseñor Sáenz o marinos como Camilo N. Carrillo⁸.

LA SOBERANÍA COMO CENTRO DE DEBATE

La experiencia del convictorio de San Carlos sirvió para que institucionalmente se sostuviera que el carácter de la soberanía de la inteligencia, radicase en los más preparados o, por el contrario, esta energía social incluyera a la colectividad indígena, postura defendida por Pedro Gálvez Egúsqüiza; hecho que la historiografía ha mostrado como el enfrentamiento de los conservadores y liberales, encabezado por Bartolomé Herrera y José Gálvez Egúsqüiza, respectivamente. Posturas que continuarían a través de las generaciones formadas por el Convictorio de San Carlos y el reciente Colegio Nuestra Señora de Guadalupe, bastión del liberalismo, fundado por el propio Gálvez, Domingo Elías Carbajo y Juan Rodríguez.

A ello se añade que desde mediados del siglo XIX, sectores de la sociedad limeña propusieron el fortalecimiento del sistema representativo y del gobierno desde la prensa y con el surgimiento de los clubes políticos (antecedente de los partidos políticos) donde destacaba el *Club Progreso* o Club del Frac -debido a la vestimenta de sus integrantes. El 9 de octubre de 1850 apareció en el periódico *El Progreso*, un artículo titulado “Candidato y programa del Club Progresista”, conteniendo los puntos principales de su política. En ellos, se puede observar los requerimientos del sector intelectual y político, bajo las premisas del orden, en virtud de las cuales debían reducirse los artículos de la Constitución a “los suficientes”, estableciendo de manera clara los derechos individuales que debían ser enseñados en las escuelas.

Elías era partidario de una sola cámara en el Congreso, que llevara a cabo el juzgamiento de los representantes, por los actos políticos

8 PAREJA PAZ SOLDÁN, José: Ob. Cit., p. 108

que cometieran y su probable remoción. Los congresistas involucrados contarían con la facultad de ser oídos ante los casos de acusación constitucional formulados en su contra por la Comisión del Congreso. Finalmente, el Club Progreso, dejó establecida la incompatibilidad de atribuciones entre los miembros del Poder Ejecutivo y del Legislativo a la vez.

En la política gubernamental, los escándalos por el pago de la deuda interna, el mal manejo de la deuda externa, así como el destino de los ingresos del guano, generaron un conjunto de protestas que en 1854, se materializaron en la insurrección liberal y popular que provocaría el derrocamiento del régimen del general José Rufino Echenique, acusado de corrupción. El movimiento fue denominado la “Revolución Liberal”, dirigida por el general Ramón Castilla, proclamado Libertador y Presidente Provisorio de la República. El 13 de julio de 1854, Castilla decretó de ningún valor, los actos de la administración de Echenique, desde la inauguración del Gobierno Provisorio, el 1 de mayo de 1854.⁹

Durante los meses de noviembre, diciembre y los primeros días de enero, coexistieron dos regímenes y por tanto dos gabinetes ministeriales, el organizado por el Presidente Constitucional y el establecido por Ramón Castilla, quien con la intención de organizar la administración del régimen emergente, decretó el 7 de Noviembre de 1854, la disolución de la Secretaría General y que todos los ramos que reunía se distribuyesen en dos Ministerios: los asuntos de Gobierno, Relaciones Exteriores, Guerra y Marina, despachados por el doctor Manuel Toribio Ureta y los ramos del Culto, Justicia, Hacienda y Beneficencia, por el doctor Pedro Gálvez Egúsqiza, que había ejercido la citada Secretaría General.¹⁰

El denominado Libertador Presidente, decretó el 5 de diciembre de 1854, en Huancayo, la abolición de la contribución de los indígenas y de la esclavitud, ambos rezagos coloniales. Para ello, contó con la ayuda de los liberales Ureta y Gálvez.

9 Archivo General de la Nación. Archivo Republicano, OL.390-239, 7 Enero 1855.

10 OVIEDO, Juan. Colección de Leyes, Decretos y Órdenes. Sección de Gobierno – Ministerios, Secretarías Generales, Tomo II, p. 235 - Decreto del 7 de Noviembre de 1854.

Pedro Gálvez cesó en el cargo el 1º de febrero de 1855, momento en el cual se reorganizan los ministerios, pasando con igual cargo al Ministerio de Culto, Justicia y Beneficencia. Cesó el 25 de agosto de 1855. En el segundo gobierno de Ramón Castilla, ocupó el Ministerio de Hacienda, de julio a octubre de 1862.

El derrocamiento de Echenique se produjo en la batalla de La Palma, en Lima, el 5 de enero de 1855. El golpe tomó legitimidad a costa de la insurrección, frente al desconocimiento de la población de un régimen que, a pesar de haber sido elegido de acuerdo a ley, había perdido su legitimidad por el flagelo de la corrupción existente.

JOSÉ GABRIEL GÁLVEZ EGÚSQUIZA, LIBERAL DE PRINCIPIOS

Convocada la Convención Nacional, la figura de José Gálvez Egúsqi-za se convirtió, poco a poco, en el ícono del liberalismo cuyos cambios fueron sugestivos y otros de avanzada a mediados del siglo XIX:

“...hombre de energía y pensamiento apasionado por el radicalismo y las formas, todavía imbuido de la hermosa retórica revolucionaria que el maestro español Lorente, representaba en el Perú, con todo su brillo y soberbia y frivolidad, era el hombre de la juventud y del porvenir. Seguía las huellas del liberalismo francés, de Benjamín Constant y de Laboulaye. Dogmático en su papel, violento en sus propósitos, pero también por medio de su convicción y elocuencia, poseedor de la fuerza sugestiva del conductor¹¹”.

Propició los grandes debates doctrinarios que se produjeron en el recinto parlamentario durante la Convención Nacional de 1855, contando con opiniones de contemporáneos suyos como Luciano y Luis Benjamín Cisneros, Camilo N. Carrillo, Clemente de Althaus, el coronel Juan Espinosa (autor del *Diccionario para el pueblo*) y José Simeón Tejeda.

11 GARCÍA CALDERÓN, Francisco: Obras Escogidas. Tomo I: El Perú Contemporáneo. Lima. Fondo Editorial del Congreso del Perú. 2001; p. 157.

La Constitución de 1856 se convertiría en la Carta Magna de Gálvez, convencionalista por el departamento de Pasco. En ella, el liderazgo político del Estado radicaba en el Congreso, lo cual se puede apreciar con la conquista de la moción de censura y la interpelación como facultades suyas. La Convención postuló el ejercicio del poder con una separación tajante en el funcionamiento del Ejecutivo y del Legislativo, evitando que se produjera la entrega de un cargo público como prebenda por parte del gobierno de turno; tendencia que quedó plasmada en el artículo 52º de la Constitución de 1856: “Vaca de hecho el cargo de representante, por admitir durante su período, cualquier cargo o beneficio cuyo nombramiento o representación dependa exclusivamente del Jefe del Poder Ejecutivo¹²”. Prohibición superada más adelante con la ley del 10 de setiembre de 1887 que estableció la compatibilidad de cargos. De esta manera los congresistas podían ejercer el cargo de Ministro de Estado, previo permiso de su Cámara, como acontece en la actualidad. Otros temas, a nivel estatal, fueron los relacionados con la Iglesia y el Ejército, considerados como pervivencia del virreinato y símbolos de privilegios. De ahí que el Estado debía ejercer control desde el Congreso. Este mismo tenor para evitar la concentración del poder se fomenta la descentralización.

José Gálvez sostuvo en el Parlamento la necesidad de la creación de un Consejo de Ministros, para armonizar la gestión ministerial y para hacer más efectiva su responsabilidad¹³. Así, se optó por el modelo parlamentario en el proyecto de la nueva Constitución, prosiguiendo luego con la organización del Consejo de Ministros.¹⁴

En cada oportunidad que se podía, los liberales dejaban en claro la lucha por la limitación del poder. Para ello, decidieron preservar el liderazgo político institucional en el Poder Legislativo como órgano símbolo de la representación popular; pero además decidieron innovar, colocando dentro del proyecto de Constitución la figura del Presidente del Consejo de Ministros, haciéndolo responsable de la marcha

12 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: Las Constituciones del Perú. Lima. Ministerio de Justicia. 1993; p. 298.

13 PAREJA PAZ-SOLDÁN, José. Derecho Constitucional Peruano. Librería Studium. Lima. 1973, p. 262

14 Archivo General del Congreso de la República, Proyecto de Constitución: Título XII: Ministros de Estado, Art. 91º.

de la administración junto al primer mandatario. Con ese fin, se aprovechó el momento en el cual desaparecía el Consejo de Estado, institución creada sobre la base del Senado Conservador y que había actuado como elemento vinculante entre el gobierno y el Congreso.

Respecto a los mecanismos de control parlamentarios, sobre todo en la relación con el Poder Ejecutivo, la Carta de 1856 instituyó:

Art. 61. Corresponde a la Cámara de Diputados acusar ante el Senado al Presidente de la República, durante el período de su mando, por infracciones directas a la Constitución; y a los miembros de ambas cámaras, a los Ministros de Estado y a los Vocales de la Corte Suprema por las mismas infracciones, y por todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones a que esté señalada pena corporal aflictiva.

Art. 62. Corresponde a la Cámara de Senadores declarar si ha lugar a formación de causa, sobre las acusaciones hechas por la otra Cámara; quedando el acusado, en el primer caso, suspenso de ejercicio de su empleo, y sujeto a juicio según la ley.”

Mecanismos que de esta manera se incorporaron a la tradición constitucional, cuyo ejercicio era aún difuso y siendo más enardecido que eficaz.

Respecto a los derechos naturales, los debates abordaron desde la enseñanza laica hasta la pena de muerte donde José Gálvez secundó la tesis abolicionista de Tejeda:

“si se aceptaba como una verdad que la sociedad no tiene derecho de matar no hay razón para imponer la pena de muerte y que la sociedad no estaba autorizada para cometer una injusticia”.

Este argumento, que finalmente fue acogido y determinó que la pena de muerte debía ser proscrita junto con la leva como consta en la Constitución de 1856, artículo 16º: La vida humana es inviolable; la ley no podrá imponer la pena de muerte¹⁵. Enunciado que sería sujeto de modificación en el Congreso de 1860, donde Herrera sostuvo que el derecho de imponer penas provenía del poder soberano, que en última instancia se derivaba del mismo Dios.

15 CONVENCION NACIONAL 1855-1856. Actas oficiales y extractos de las sesiones, pp. 592.

Aunque el Legislativo concluyó la redacción de la Carta, prosiguió en funciones ejerciendo el control político (Aspecto que lo veremos repetido en regímenes posteriores). El 2 de noviembre de 1857, el oficial a cargo de la guardia del Congreso, el subteniente José Cuba, espada en mano, ingresó a la sala de sesiones y subido sobre uno de los escaños, con el apoyo de un número de efectivos y actuando en nombre del comandante del ejército Pedro Arguedas, desalojó a los parlamentarios. El Ejecutivo deslindó todo tipo de responsabilidad y el Juez del crimen de Lima asumió la investigación de estos hechos en un proceso. Arguedas invocó la jurisdicción de su fuero e interpuso excepción previa pues al haberse promulgado la Constitución, la Convención dejaba de ser constituyente para ser órgano de poder constituido¹⁶.

De aquí nació la tradición que los miembros de las Fuerzas Armadas, para ingresar al recinto parlamentario, solicitaran permiso previamente y lo hicieran vestidos de civil.

Ante la circunstancia indicada, el Presidente del Consejo de Ministros dirigió un mensaje al Honorable Presidente de la Convención Nacional de Diputados expresando su solidaridad y el respeto al orden:

“El Consejo también declara, por su parte: que en el curso de los acontecimientos a que ha dado origen el deplorable suceso de 2 [de noviembre de 1857] del actual, ha procurado por cuantos medios han estado a su alcance, cumplir leal y concienzudamente los austeros deberes de su cargo, y que no ha omitido sacrificio alguno para conservar incólume el orden legal y restituir a la Convención Nacional el libre ejercicio de sus altas funciones, a fin de que, con su sabiduría y prudencia, cooperase a afianzar la paz pública¹⁷”.

16 El juez entregó el proceso al gobierno, el que a su vez lo derivó al Congreso. Al entrar nuevamente éste en sesión y sin conceder el derecho de ser escuchado destituyó al comandante de su puesto y le retiró el goce de sus derechos políticos, de acuerdo a la ley del 12 noviembre de 1858; circunstancia que fue criticada posteriormente por el ministro Miguel San Román, quien sostuvo que este proceso debió ser ventilado por el órgano judicial.

17 CONGRESO DE LA REPÚBLICA: Mensajes Presidenciales y otros documentos para la historia política del Perú. Lima. Dirección de Tecnologías de Información. 2006. Mensaje del Presidente del Consejo de Ministros al Honorable Presidente de la Convención Nacional expresando su solidaridad y el respeto al orden por la disolución de la Convención. Lima, 11 de noviembre de 1857.

En el año 1857, mediante decreto emitido el mes de noviembre por el Consejo de Ministros, se disolvió la Convención Nacional de Diputados. Paralelamente, se efectuó la convocatoria para la elección del Presidente y Vice-Presidente de la República, así como de los miembros del Congreso; además, se solicitó a los votantes para que autorizaran o no a los diputados a realizar un análisis del funcionamiento de las instituciones estatales, proponiendo su reforma. En un solo acto se trataba de renovar los cargos y plantear reformas mediante consulta popular, lo que constituye un hecho sin precedentes de práctica de democracia participativa.

Ante la disolución de la Convención Nacional, Gálvez radicalizó su oposición al régimen, al punto de planear un atentado contra el jefe de Estado. Fracasado el intento, se exilió en Francia. Dos años después retornó al Perú, dedicándose al ejercicio de su carrera. Siendo Decano del Ilustre Colegio de Abogados de la capital, criticó la actitud del gobierno de Juan Antonio Pezet y Rodríguez de la Piedra en referencia a la solución de la ocupación de las islas de Chincha por parte de la Escuadra española, lo cual le costó su destierro.

En esa circunstancia, el Estado se apresuró aceptando las condiciones españolas en el Tratado Vivanco-Pareja, el 4 de febrero de 1865. Se ejecutaron los saludos recíprocos a las banderas de ambos países y el pago por los gastos ocasionados por la flota, así como la indemnización por la independencia peruana. Por otro lado, el Congreso clausuraba sus actividades y dicho tratado no pudo ser ratificado, haciéndolo el Poder Ejecutivo, en su reemplazo. Posteriores hechos acontecidos entre marinos españoles y el pueblo del Callao evidenciaron la discrepancia en el tratado. El día 28 del mismo mes estalló en Arequipa una revolución encabezada por el coronel Mariano Ignacio Prado, cuestionando el tratado en asunto de forma y contenido, ya que iba en desmedro de los intereses del país.

El nuevo gobierno, desde que asumió funciones, declaró la guerra a España y suscribió un tratado de alianza con Chile, al cual se sumarían más tarde Bolivia y Ecuador, a lo que se conoce como la Cuádruple Alianza. El gobierno sureño consideró que no podía llegar a un acuerdo por separado con España, pues existía un tratado con el Perú. En virtud de ello, la marina peruana se había trasladado a Chiloé para unirse a la chilena. En esa circunstancia, la nave Esmeralda abatió a la

goleta Virgen de Covadonga, ante cuya pérdida el general José Manuel Pareja optó por suicidarse.

Concluido el incidente, prosiguió en dirección hacia el puerto del Callao. Actos que eran justificados, pues: *“la reina, el gobierno, el país y yo, preferimos más tener honra sin barcos que barcos sin honra”*¹⁸.

El 28 de noviembre de 1865, el coronel Mariano Ignacio Prado, auto-proclamado Jefe Supremo Provisorio, llamó a los más excelsos liberales y conservadores para que asumieran los puestos de secretarios de Estado. Empleos que acababan de instaurarse con la creación de las cinco secretarías de Estado, sobre la base de los ministerios. El historiador Jorge Basadre llamó a esta corporación “El Gabinete de los Talentos”, el cual estuvo conformado por los liberales José Gálvez Egúsquiza, abogado y coronel de la guardia nacional, en la cartera de Guerra y Marina; José María Químper en Gobierno; José Simeón Tejeda en Justicia, Instrucción y Beneficencia. Dentro de los conservadores se contó con Toribio Pacheco y Rivero en Relaciones Exteriores así como Manuel Pardo y Lavalle en el despacho de Hacienda.

Si bien la jefatura del Gabinete de los talentos recayó en el coronel Mariano Ignacio Prado, la figura de José Gálvez destacó de entre los secretarios de Estado y en especial al dirigir la defensa del Callao, amenazado por la escuadra española. Participando en el combate librado el 2 de mayo de 1866, en que perdió la vida como resultado por una explosión producida en el Torreón de La Merced, pero con ello ganó la inmortalidad que el pueblo peruano le tributa. Entre otros personajes destacados en el combate de Callao, se hallaba el coronel Juan Antonio Ugarteche, ex-Presidente del Consejo de Ministros, con el rango de Comandante General de Artillería. A la muerte de Gálvez, el general Pedro Bustamante fue designado secretario de Guerra.

En el Perú, el gobierno dispuso, mediante decreto, erigir un monumento que perpetuara la memoria de los héroes del glorioso combate.

Por su parte, en el bando contrario, el contralmirante Casto Méndez-Núñez comunicó en una circular al Cuerpo Diplomático que se

18 Novo y Colson, Pedro: Historia de la Guerra de España en el Pacífico. Madrid. Imprenta Fortanet. 1882; p. 154.

retiraba luego de haber castigado la provocación del Perú. Lo cierto es que las naves fueron averiadas y ante la falta de pertrechos se optó por tomar rumbo hacia la isla San Lorenzo, para luego dejar el Océano Pacífico una semana después.

La figura de Gálvez, defensor de los ideales republicanos ya había destacado apoyando a Ramón Castilla en su lucha contra Echenique, confiriéndole el grado de Teniente Coronel. Apoyó la dictadura de Mariano Ignacio Prado y fue el único ministro, según Pedro Novo y Colson, que se opuso a la expulsión de los españoles, probablemente porque su suegro era nacido en la Península. Lo que podríamos resumir en un hombre, hijo de su tiempo y liberal. Doctrina que conjugada con sus valores y prácticas personales le generaría amistades y enemigos.

En esa posteridad, el Fuero Militar Policial, conocedor de la trayectoria de este insigne peruano, decidió nombrarlo Patrono del Fuero Militar Policial al considerarlo, como expresa el comandante Roosevelt Bravo: figura paradigmática, señora, heroica, sapiente y honesta de nuestra historia más reciente¹⁹...”.

BIBLIOGRAFÍA

- BASADRE GROHMAN, Jorge: Historia de la República del Perú. Tomo IV. Santiago de Chile. Talleres de Cochrane, 2000.
- BRAVO MAXDEO, Roosevelt: Temas de Justicia Militar. Lima. Fuero Militar Policial Militar. 2016.
- CONVENCIÓN NACIONAL 1855-1856. Actas oficiales y extractos de las sesiones.
- ECHECOPAR, Enrique: APTOCRACIA. Primera Parte. Lima, Imp. C.F. Southwell. 1931.
- GALVEZ, José Francisco: “Congresistas si, Ministros no. Reflexiones sobre la compatibilidad en el ejercicio de cargos públicos”. En: CAMPUS, Revista oficial de la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada Antenor Orrego. (Trujillo). 2006.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo: Las Constituciones del Perú. Lima. Ministerio de Justicia. 1993.

19 BRAVO MAXDEO, Roosevelt: Temas de Justicia Militar. Lima. Fuero Militar Policial Militar. 2016.

GARCÍA CALDERÓN, Francisco: Obras Escogidas. Tomo I: El Perú Contemporáneo. Lima. Fondo Editorial del Congreso del Perú. 2001.

GUIZOT, François Pierre Guillaume: La Democracia en Francia. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1981.

NOVO y COLSON, Pedro: Historia de la Guerra de España en el Pacífico. Madrid. Imprenta Fortanet. 1882.

PAREJA PAZ SOLDÁN, José: Derecho Constitucional peruano. Lima. Librería Studium. 1973.

PUENTE CANDAMO, José Agustín de la: La Emancipación en sus textos: El Estado del Perú. Lima, Instituto Riva-Agüero. 1959. Tomo I.

JOSÉ GÁLVEZ EGÚSQUIZA Y LA INFLUENCIA JURÍDICA DE HEINRICH AHRENSEN SU TESIS DE DOCTOR EN JURISPRUDENCIA

Alex Loayza Pérez¹

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Estudiar las ideas políticas de José Gálvez no es una tarea sencilla dado que no hay una recopilación incluso parcial de sus escritos. Tal tarea es compleja debido a que Gálvez, más que un intelectual, fue un político muy activo y por lo mismo sus ideas se encuentran en el espacio de la lucha política diaria: en la prensa limeña y en los diarios de debates del Congreso de la República. El presente artículo es un aporte a la comprensión de sus ideas políticas, en un contexto distinto: la presentación de su tesis de doctor en jurisprudencia presentado en la Universidad San Marcos en 1863 titulada: “Las instituciones científicas deben tener incesantemente á realizar el derecho que tienen de ser independientes del estado y de toda otra autoridad exterior para desarrollarse

1 Alex Loayza Pérez. Candidato a doctor en historia por el Colegio de México. Licenciado y magister en historia por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Investigador y docente de educación superior especializado en temas de historia política y de la educación en América Latina. Forma parte del grupo peruano del Proyecto Iberoamericano de Historia Conceptual. Iberconceptos. Ha editado con Dino León y Marcos Garfías. Trabajos de historia. Religión, cultura y política en el Perú, siglos XVII-XX (Lima: UNMSM, 2011) y recientemente La independencia peruana como representación. Historiografía, conmemoración y escultura pública. (Ayacucho/Lima: CEHRA, IEP, 2016). Ha publicado además varios artículos sobre historia política, de los conceptos, de la educación en el Perú del siglo XIX y XX e historiografía peruana. Ha ejercido la docencia en la Universidad Nacional de Trujillo, en la maestría de historia de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad San Ignacio de Loyola. Actualmente es director del Seminario de Historia Rural Andina.

libremente en la esfera de acción que le es propia”². Como se demostrará en las siguientes páginas, esta tesis nos presenta una visión política más doctrinaria de Gálvez y de su liberalismo político y, a su vez, nos permite medir la influencia que tuvo en su educación jurídica las ideas de Heinrich Ahrens. El presente artículo tiene cuatro partes, en la primera se hará un bosquejo de la vida política de José Gálvez, en la segunda, el panorama de los estudios jurídicos en Lima y la importancia de Heinrich Ahrens, en la tercera parte se analizará la tesis de Gálvez y, por último, como anexo se transcribe la mencionada tesis.

TRAYECTORIA EDUCATIVA Y POLÍTICA DE JOSÉ GÁLVEZ

José Gálvez Egúsquiza nació en Cajamarca en 1819, hizo sus primeros estudios en el Colegio de Artes y Ciencias de aquella ciudad. En 1842 se trasladó a Lima con su hermano Pedro para matricularse en el colegio San Carlos, donde estudiaría jurisprudencia. Por entonces, este colegio estaba bajo la influencia ideológica del sacerdote conservador Bartolomé Herrera. Ya desde esa época era evidente su activismo político porque en 1844, pese a las negativas de Herrera, participó en la “Semana Magna” al lado de Domingo Elías contra el gobierno de Manuel Vivanco. Para 1845 obtiene el título de abogado y se retira con su esposa a Cerro de Pasco. A su regreso a Lima, inicia una trayectoria política que siempre estará vinculada con la educación: forma parte de la plana docente del Colegio Nuestra Señora de Guadalupe fundado por Elías y le apoya en su campaña presidencial en 1850. Entre abril de 1852 y enero de 1854, Gálvez asumió el rectorado del colegio Guadalupe y continua con el perfeccionamiento en la enseñanza del derecho que su hermano Pedro ya había realizado. Se hizo cargo del curso de derecho penal, al cual llamó correccional, negando así las doctrinas que proponían la pena de muerte; además, elaboró un nuevo plan de estudios donde incluía, entre otras novedades, un curso de historia del Perú. Dejó el rectorado para unirse con Elías y su hermano Pedro en la Revolución de 1854. Tras la victoria de Ramón Castilla, además fue nombrado Rector del Colegio San Carlos donde inicia una reforma con el objeto de aminorar la

2 La mencionada tesis se encuentra en el archivo Domingo Angulo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

influencia de las ideas políticas conservadoras de Herrera. Es entonces que fue elegido diputado para la Convención Nacional que tenía por objeto elaborar una nueva Constitución que se promulgaría en 1856. Problemas políticos con Castilla, llevó a la disolución de la Convención en 1857 y se inició una fuerte campaña conservadora contra las reformas liberales. Gálvez por entonces se convierte en enemigo de Castilla, intentando incluso darle un golpe de Estado en 1860. Fracasado el plan, viaja a París donde se queda hasta 1862. Regresa ese año a Lima en el gobierno de Miguel de San Román, dedicándose al trabajo forense. Es por ello que obtiene su grado de doctor en jurisprudencia en la universidad San Marcos. En el conflicto con España, fue Secretario de Guerra y muere heroicamente en el combate del 2 de mayo de 1866³.

EL PANORAMA DE LOS ESTUDIOS JURÍDICOS EN EL PERÚ A MEDIADOS DEL SIGLO XIX⁴

Los estudios jurídicos durante los primeros años de la república estuvieron dominados por el derecho natural racionalista de Heinecio y el derecho constitucional de Benjamín Constant; el primero, introducido en Hispanoamérica en el contexto de las Reformas Borbónicas, y el segundo una adaptación moderada de los principios de la Revolución Francesa. Heinecio derivaba el derecho de la moral y afirmaba que como el hombre difícilmente podía distinguir entre acciones buenas y malas, necesitaba una norma recta, cierta y constante. Esa norma no podía ser otra que la voluntad de Dios que prohíbe y manda ciertas acciones: la ley y su conjunto, el derecho. Heinecio le llamaba “jurisprudencia divina” en cuanto trataba de enseñar y aplicar un derecho que proviene de Dios y cuyo conocimiento se adquiriría por medio de la recta razón. Por último, consideraba, que el verdadero principio del derecho natural era el amor, la felicidad del hombre y el bien en ausencia del mal. Para Heinecio el fin de la

3 LEGUÍA, Jorge Guillermo, Estudios históricos. Lima: Asociación Cultural Integración, 1989, pp. 146-188.

4 Esta sección se basa en LOAYZA, Alex, “Cambios en el lenguaje político peruano a mediados del siglo XIX: Ahrens y el debate entre los colegios San Carlos y Nuestra Señora de Guadalupe”, en Paul Pérez, Ernesto Pajares, Juan Heredia y Groffer Rengifo (Comp.) Actas del conversatorio: Sebastián Lorente y el Primer Colegio Nacional de Nuestra Señora de Guadalupe. Lima: 2010. pp. 39-55.

sociedad estaba al nivel de la perfección moral, ello significaba que no establecía una distinción clara entre lo público y lo privado, lo cual era muy importante en la concepción del Estado-nación moderno. No obstante, a diferencia del contractualismo hispano colonial donde la ley debe contar con la aceptación del “público”, Heiniccio reducía el derecho a la ley y a una concepción imperativa de ella, tal y como los reyes de la dinastía Borbón esperaban para implementar sus proyectos políticos.

En el caso de las ideas políticas y constitucionales de Benjamín Constant, estas tenían por objeto rescatar los principios liberales de la Revolución Francesa, pero retirando los peligros que había ocasionado: garantizar la libertad frente a la dictadura del monarca y del “despotismo” de las masas. Constant centró su crítica al contrato social de Rousseau por considerar que no brindaba las garantías necesarias a la libertad del individuo, porque en la sociedad real no se daban las condiciones que aquel contrato presentaba como conciliadoras de la libertad y la soberanía absoluta: la reciprocidad entre los individuos y la igualdad en la participación de todos en el cuerpo político. A pesar de ello, Constant creía que un régimen legítimo solo podía basarse en la voluntad general pero rechazaba la idea de que los derechos del hombre fueran definidos en su contenido por ella porque estos tenían una existencia anterior y sobre los cuales la autoridad política no tenía jurisdicción. Ello le llevaba a una nueva concepción de libertad: la libertad de los modernos que introduce la idea de una sociedad civil autónoma respecto al Estado. En este contexto, la autoridad pública tenía el rol de garantizar la libertad y la sociedad civil abandonaba su intervención directa en los asuntos públicos. Como último punto, para Constant la mejor forma de gobierno era la monarquía parlamentaria. En ella, el poder Real era el poder neutro que tenía la facultad de arbitrar entre los otros poderes (ejecutivo, legislativo y judicial). Los ministros constituían el poder activo que tomaban las decisiones políticas y se hacían responsables ante el parlamento. El poder legislativo, que tenía el objetivo de controlar al ejecutivo, estaba conformado por dos cámaras: una alta que encarnaba la estabilidad y una baja elegida por sufragio censitario y que representaba socialmente “al territorio y la industria”. Finalmente, la libertad individual se debía asegurar mediante la inviolabilidad de la propiedad, que daba al individuo independencia, la descentralización, que limitaba la fuerza interventora del Estado y el respeto a las garantías judiciales.

Frente a este panorama, en la década de 1840, Bartolomé Herrera llevó a cabo algunas reformas en los estudios de jurisprudencia en el colegio San Carlos y que será imitado en otros colegios del Perú. En tal sentido, se introdujo el uso del *Compendio de Derecho público interno y externo* de Silvestre Pinheiro y el *Curso de Derecho Natural o Filosofía del Derecho* de Heinrich Ahrens. Este último, al que le prestaremos atención, también fue usado en el colegio Nuestra Señora de Guadalupe por los hermanos Pedro y José Gálvez aunque hubo una interpretación distinta a la de Herrera sobre sus principales ideas. Veamos, por medio del análisis de la obra de Ahrens, cuáles eran sus principales ideas y, sobre todo, diferencias respecto a las obras de Heinecio y Constant.

EL CURSO DE DERECHO NATURAL O FILOSOFÍA DEL DERECHO DE HEINRICH AHRENS

Ahrens fue un intelectual y político alemán muy activo, nació en Kniestedt en 1808 y se formó en la universidad de Gotinga bajo la influencia del filósofo alemán Karl Christian Friedrich Krause. Vivió un tiempo en París y se vinculó con filósofos eclécticos y liberales doctrinarios como Cousin y Guizot; sin embargo, desarrolló su carrera entre Bruselas, Austria y Alemania y en su carrera política llegó a ser diputado por el parlamento nacional de Fráncfort en 1848. El *Curso de Derecho Natural o Filosofía del Derecho* (Bruselas 1839) era un manual dirigido a la enseñanza superior donde se compilaba las doctrinas de Krause. Según Ahrens, lo escribió ante la falta de un manual actualizado de filosofía del derecho en las universidades de Francia y Bruselas, donde aún se seguía enseñando el derecho natural bajo las doctrinas Wolff. Escrito en francés, este curso tuvo un gran éxito editorial: en 1841 apareció la primera edición en español y se hicieron traducciones al alemán, italiano, portugués, húngaro y para 1869 contaba con 19 ediciones entre originales y traducciones. Este libro, escrito en un contexto en que Francia y parte de Europa vivían un periodo de crisis social producto de las contradicciones entre el capital y el trabajo, revelaba los cambios que produjo en el lenguaje político el conflicto entre la libertad de empresa y el bienestar social que llevaron a revisar desde la libertad de asociación (entendida como unión libre de individuos en una sociedad) uno de los pilares ideológicos de la

Revolución Francesa: la libertad individual. Veamos a continuación sus principales ideas⁵.

Las propuestas jurídico-políticas de Ahrens parten de la noción de que el derecho natural tiene su fuente en la *naturaleza humana desarrollada en los diferentes estados o condiciones de la vida*. Además actuaba en un área específica: *las condiciones dependientes de la voluntad del hombre* necesarias para que se desarrolle. En conjunto, esta noción de derecho presentaba tres características: 1. Se distingue el derecho de la moral porque ésta se dirige a la conciencia mientras el derecho de carácter externo se dirige a las *relaciones condicionadas* de la vida humana que se debían cumplir sin considerar la buena o mala voluntad; 2. Es universal en tanto se extiende a toda la vida humana en cuanto a las *condiciones* necesarias para existir y desarrollarse; 3. Respeta la libertad individual en cuanto se aplica a la vida y conducta personal. En suma, el sujeto del derecho era el hombre y su objeto era el cumplimiento del fin racional del hombre y la sociedad humana, una visión muy distinta a la de Heinecio más vinculada a la moral⁶.

En relación a los derechos del individuo, Ahrens consideraba dos tipos de derechos: los *primitivos* o naturales (igualdad, libertad y sociabilidad) cuando nacen con el hombre y, a partir de estos, los *derivados* cuando se adquieren mediante contratos, los cuales nunca podían anular a los primitivos. Esta idea en general, criticaba a filósofos como Rousseau que derivaban el derecho del consentimiento de la voluntad general o de un contrato. Además, la inclusión de la igualdad y la sociabilidad como derechos naturales marcaban una gran distancia con posturas como las de Constant y Guizot quienes consideraban al primero desde el punto de vista formal, y al segundo, como un derecho particular. Respecto a la igualdad, Ahrens afirmaba que era consecuencia de la unidad del género humano, de su

5 Sobre una visión general de la influencia de Krause en Hispanoamérica ver: STOETZER, O. Carlos. Karl Christian Friedrich Krause and his influence in the Hispanic World. Colonia: Boehlau, 1998. Ver especialmente las páginas 53-70 relativas a Ahrens y las páginas 250-288 sobre el Perú. Ver también el estudio pionero de NÚÑEZ, Estuardo La influencia alemana en el Derecho peruano. Lima: Librería e imprenta Gil, 1937; y la atención prestada a Ahrens por FERRERO REBAGLIATI, Raúl. El liberalismo Peruano. Contribución a una historia de las ideas. Lima: Biblioteca de Escritores Peruanos, 1958.

6 AHRENS, Heinrich. Curso de derecho natural o de filosofía del derecho. París, 1853, pp. 59-61.

misma naturaleza física, racional y de su facultad para desarrollarse. Las diferencias en el hombre radicaban en el grado de desarrollo de sus facultades y en la diferente aplicación que se les daba en la vida social. Esta desigualdad era necesaria ya que no destruía la igualdad primitiva debido a que como todos los fines del hombre eran importantes al estar interrelacionados, existía una igualdad social en las diferentes ocupaciones y profesiones del hombre. Respecto a la libertad, Ahrens la definía como un acto de la voluntad basada en la facultad de reflexión y de la propia conciencia. Así, el hombre era más libre cuando sometía a la razón sus sensaciones y necesidades sensibles. Pero la libertad era considerada una facultad que se aplicaba a un objeto o fin concreto que perseguía los fines naturales del desarrollo del hombre, es decir, era un medio y no un fin; criticando así a los que solo consideraban importante las libertades negativas. Por último, la sociabilidad era considerada como una cualidad fundamental del hombre, una “aptitud para asociarse con sus semejantes para todos los fines racionales de la vida humana”. La asociación era un medio que hacía más moral al hombre, que lo elevaba de su individualidad egoísta porque “reúne y concilia la libertad con la razón y la voluntad común, sin las cuales no pueden haber ni fin ni dirección comunes”. Por ello, solo bajo el principio de asociación se podía cumplir los objetivos de la sociedad. Esta idea marcaba una ruptura, con la visión hostil que el liberalismo tenía hacia cualquier agrupación por considerarla similar a las corporaciones del antiguo régimen. A decir de Ahrens, la asociación era la base de su “liberalismo positivo”. Finalmente, ante estos derechos primitivos, el derecho debía brindar las condiciones de su desarrollo⁷.

En el caso de la sociedad, Ahrens la imaginaba como un organismo, un cuerpo moral, intelectual y físico de la humanidad. Su fin no difería de la del hombre, solo que se encontraba en una escala mayor. En ese sentido, si el hombre tenía diferentes fines, ello se debía traducir en la sociedad pero convertidos en diferentes instituciones sociales. A diferencia de la noción orgánica-mecanicista de la Revolución y el Imperio francés, que sostenían que el cuerpo social era un mecanismo de piezas manejados desde un poder central, Ahrens sostenía que la sociedad era “un conjunto de instituciones orgánicas sometidas todas a las mismas leyes de independencia y de correlación, que ella es [...] no

7 Ibidem 75, 80-81, 102-113.

un Estado único, sino una *confederación* de Estados constituidos por los *órdenes político, religioso, científico, artístico, industrial y moral*⁸. Ahrens afirmaba que estos estados o instituciones, producto de la vida asociativa, seguían las mismas leyes del cuerpo humano: unas se desarrollan más rápido que otras. Por esta razón, en la sociedad moderna solo el derecho y la religión habían logrado desarrollarse en instituciones a través del Estado y la Iglesia, respectivamente. No obstante, cuando se desarrollaran todos los “órganos” de la sociedad, la unidad se lograría cuando la representación social se forme a la manera de los Estados Generales del antiguo régimen, pero con una diferencia fundamental: los estados no representarían clases sociales sino instituciones. En tal sentido, su misión no consistiría en intervenir en las esferas particulares sino en velar que ninguna se salga de su esfera, que guarden armonía, persigan su fin y velen por los intereses de la comunidad⁹.

Para Ahrens las sociedades o asociaciones facilitaban al individuo la obtención de sus propios fines de desarrollo, en el cual se reconocía el interés general porque llevaba a la perfección social. Además, la noción de sociedad presupone relaciones más duraderas entre los individuos que las establecidas por medio de un contrato: tenía un fin común que procuraba el concurso de todos sus miembros para satisfacer ciertas necesidades físicas e intelectuales. En este sentido era un acto de libertad moral y, por ello, una institución moral. Ahrens consideraba un error creer que la formación de sociedades era un acto civil que debía su existencia al Estado porque ello significaba no reconocer al hombre la libertad para asociarse. El Estado, que era otra institución, a través del derecho solo brindaba las condiciones exteriores y, en este caso, facilitaba la formación de las sociedades, estableciendo las condiciones del contrato que reglen las relaciones internas y externas entre los hombres. Por último, Ahrens distinguía dos tipos de asociación: los permanentes en el tiempo, que abrazan en grados diferentes la personalidad de los hombres reunidos en comunidad (matrimonio, familia, comunidad, nación, confederación y humanidad) y los de objetivos particulares relacionados con los fines principales de la vida humana (religión, ciencia, arte, industrial, comercial y de derecho). Estos últimos pertenecían

8 Ibidem, 365.

9 Ibidem, 368-369.

al ámbito del derecho público y eran los que se constituían en instituciones¹⁰.

En relación a su noción de Estado, Ahrens era muy crítico de las que confundían su fin con el de la sociedad (como el socialismo o el Imperio de Napoleón) o le daban alcances muy limitados (el liberalismo de Constant). Por ello, estableció que su fin, en primer lugar, en tanto institución social del derecho, era ejecutar en la sociedad las condiciones de su existencia según su grado de civilización. De esa manera, los seres humanos en sociedad convenían en las condiciones de coexistencia que entraban en la noción de derecho y reconocían una autoridad que velaría por su mantenimiento. En segundo lugar, los medios para realizar el fin del Estado residían en el poder político apoyado por el poder social (el concurso de todas las instituciones sociales). Para Ahrens la verdadera división de poderes se basaba no en los diferentes poderes políticos (que al fin y al cabo perseguían un mismo fin) sino en los contrapesos sociales que tenían fines diferentes interrelacionados. Esta afirmación planteaba una idea de Estado y representación política que si bien no dejaba de ser liberal se distanciaba, por ejemplo, de la teoría liberal de Constant que planteaba a través del poder neutro o moderador el equilibrio entre los poderes políticos. Por otra parte, en concordancia con su visión organicista de la sociedad, Ahrens afirmaba que la legislación política debía estar en relación y armonía con los principios de la moral, la religión, industria, etc. Es decir, las funciones políticas debían estar organizadas con presencia de las demás funciones del cuerpo social. De otra parte, el poder político del Estado surgía de la necesidad de dirección que existe en toda asociación para existir, desarrollarse y cumplir con sus fines; así, su fin no difería del fin de la asociación. En ese sentido, su Constitución (el conjunto de medios socialmente organizados para alcanzar el fin político) debía circunscribirse al dominio del derecho y la política consagrando los derechos fundamentales, brindando medios y condiciones de existencia a las demás esferas sociales y estableciendo los principios sobre los que se establecen los recursos y medios que este dispone para que cumpla sus fines. De esta manera, en la relación del Estado con la religión, la ciencia o la industria no debía haber interferencia mutua, pero ello no negaba que pueda brindarles apoyo (financiero o de otro tipo) cuando aún

10 Ibidem, 212-213, 262-269.

no hubieran logrado su pleno desenvolvimiento institucional; en ese caso sí se podía ejercer una especie de proteccionismo temporal que incentive su desarrollo social¹¹.

El Curso de Derecho Natural... de Ahrens significó un cambio importante en la noción del derecho que se tenía en el Perú a mediados del siglo XIX. Como se tratará de demostrar, este “liberalismo positivo”, más atento al desenvolvimiento del individuo dentro de las asociaciones que uno totalmente autónomo, tendrá una influencia importante en educadores y políticos peruanos, como fue el caso de José Gálvez.

LA TESIS DE JURISPRUDENCIA DE JOSÉ GÁLVEZ EGÚSQUIZA

En 1863, cuando Gálvez sustenta su tesis de doctor en jurisprudencia, la universidad San Marcos estaba en un proceso de reforma institucional. No obstante, las tesis para obtener grados académicos por entonces más que un producto de una investigación concreta eran la defensa de una proposición. El objetivo no era crear conocimiento sino más bien demostrar lo aprendido y la capacidad de argumentación¹². En tal sentido, en la tesis de jurisprudencia de Gálvez no encontraremos un planteamiento original, más bien la aplicación de las ideas de Ahrens a un campo específico como la ciencia tal y como su título evidencia: “Las instituciones científicas deben tender incesantemente á realizar el derecho que tienen de ser independientes del estado y de toda otra autoridad exterior para desarrollarse libremente en la esfera de acción que le es propia”.

En su tesis, Gálvez hace una distinción entre el fin social, el fin del Estado y el fin de la ciencia para probar su proposición. El fin social está ligado a la del hombre y busca desarrollar sus facultades y fuerzas pero reuniendo todos los intereses individuales de forma armoniosa para satisfacer en común todas sus necesidades. Cada facultad natural del hombre debía convertirse en una institución social (Iglesia, Estado, etc.) en la medida que para lograr sus objetivos era

11 Ibidem, 277-300.

12 Ver LOAYZA, Alex, “Entre la docencia y la academia. La modernización de la Universidad de San Marcos, 1860-1928”. En Investigaciones Sociales. Revista del Instituto de Investigaciones Histórico-Sociales. 20 (Lima 2008): 335-356.

necesaria la cooperación de la sociedad. Ello es claro en el caso de la ciencia. En tanto su fin es el de desarrollar la inteligencia en todas las esferas, desde aspectos abstractos y prácticos, un individuo por sí solo no podía cubrir tal compleja misión, requería de la sociedad y de su trabajo conjunto para poder lograr sus metas. Asimismo, estas instituciones para cumplir mejor sus fines, debían ser independientes pero sin perder su relación unas con otras para así lograr, de forma conjunta, el fin social. Así, por ejemplo, el conocimiento científico al desarrollar tecnología tenía un impacto directo sobre la economía. No obstante, la sociedad aún no había conseguido institucionalizar todas sus facultades humanas, salvo la del Estado (derecho) y la Iglesia (religión). En tal sentido, el rol del Estado, si bien debía concentrarse en mantener el equilibrio entre las instituciones sin entrometarse en funciones ajenas, como podría ser la religión o la economía, y además podía ejercer una tutela temporal sobre otra institución mientras esta no pueda existir por sí sola. En ese sentido, para el caso peruano, el Estado debía cumplir un rol de apoyo sobre las instituciones científicas apoyando a la universidad.

Para el pensamiento liberal de Gálvez es fundamental la idea de asociación que sería la base de una especie de sociedad corporativa que a diferencia del Antiguo Régimen se basaba en la igualdad y libertad. ¿En la práctica estas ideas se llevaron a cabo? Como evidencia la investigación de Carlos Forment a mediados del siglo XIX, en Lima se desarrolló una intensa vida asociativa conformada por asociaciones culturales, educativas, de beneficencia, clubes políticos, a los que se agregaría, ya en la sociedad política, los municipios¹³. De Gálvez hay evidencia que participó en el Club Progresista entre 1849 y 1851, no obstante no sería extraña su participación en otras asociaciones dado que toda la elite liberal sociabilizaba en estos espacios. De otra parte, en sus intervenciones en el parlamento defendió la existencia de municipios como base para la descentralización política. A ello se agrega el impulso que le dio como parte del Estado a la reforma educativa¹⁴.

13 FORMENT, Carlos A., *La formación de la sociedad civil y la democracia en el Perú*. Lima: PUCP, 2012.

14 Ver LOAYZA, Alex, "La segunda generación liberal. Transiciones hacia nuevas formas de participación política en la sociedad civil limeña, 1850-1857". Tesis de Magíster en Historia por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 2005. Cap. 5.

Para finalizar, las ideas jurídicas planteadas por José Gálvez en su tesis de jurisprudencia sigue las de Ahrens, pero, además, tenían cierto asidero en la realidad, no eran solo proposiciones jurídicas abstractas de manual. Qué tan extendido era este liberalismo, es algo que aún está por investigar.

ANEXO

TÉSIS

Las instituciones científicas deben tender incesantemente á realizar el derecho que tienen de ser independientes del Estado y de toda otra autoridad exterior para desarrollarse libremente en la esfera de acción que le es propia.

Para probar esta proposición es necesario que previamente señalemos algunos puntos principales, sobre los cuales es indispensable tener una idea bien clara y determinada, para de ellos deducir las relaciones que deben existir entre los cuerpos científicos y el Estado y demás instituciones sociales.

Necesario es el conocimiento del **Fin Social** en general y de los **Fines particulares** que en él están comprendidos, porque la naturaleza de cada uno de estos fines es la que debe determinar la esfera de acción de cada institución social, sus condiciones especiales y sus relaciones reciprocas. Trataremos pues de indicar cada uno de estos fines de la manera más rápida que nos sea posible, y solamente en cuanto baste para la comprobación de nuestra **Tesis**.

FIN SOCIAL

El Fin Social en general, íntimamente ligado con el Fin del hombre, no puede ser otro que el de *“coordinar todos los esfuerzos particulares, desarrollar todas las facultades y fuerzas humanas, y reunir y armonizar todos los intereses individuales para satisfacer en común todas las necesidades intelectuales, morales y físicas del hombre”*.

Este fin complejo de la sociedad hace indispensable una organización igualmente compleja en la cual cada miembro, cada órgano ejerce

libremente ciertas funciones especiales análogos á cada uno de los Fines particulares, que abraza el Fin social en general.

De modo que no sería aventurado el afirmar que la misma estrecha analogía que existe entre el Fin del individuo y el de la sociedad, puede hasta cierto punto, autorizarnos á concluir que el cuerpo social debe reflejar en toda su plenitud el organismo hermano, tomando en cuenta todas las necesidades, todas las facultades y todos los Fines del hombre. Pero el sostener esta semejanza de Fines entre el individuo y la sociedad no pretendemos subordinar el uno al otro, sino que los hacemos solidarios é inseparables, de modo que lejos de sacrificar el Fin infinito de la vida actual, queremos que la sociedad esté de tal manera organizada, que en ella encuentre cada individuo como ser inmortal y destinado a una vida futura, todos los medios, todas las condiciones necesarias para alcanzar sus ulteriores destinos.

Partiendo pues de esta analogía de Fines y de organismo entre el hombre y la sociedad debemos lógicamente sacar las conclusiones siguientes:

- 1.a Que el fin múltiplo de la sociedad debe estar en perfecta relación con el Fin igualmente múltiplo del individuo y que, á semejanza de este, debe ser compuesto de varios Fines particulares que correspondan á cada una de las facultades fundamentales de la naturaleza humana, á cada una de sus tendencias, a cada una de sus necesidades espirituales y materiales. La Religión, la Moral, el Derecho, las Ciencias, las Artes, la Industria, el Comercio, sin estos Fines particulares que reunidos deben formar el Fin social en general.
- 2.a De la misma manera que hay en el individuo una Facultad especial, un órgano distinto encargado de las funciones respectivas á cada uno de sus Fines; del mismo modo en el cuerpo social debe existir tantos órganos, tantas instituciones sociales cuantos son los Fines principales que la sociedad esta llamada á realizar.
- 3.a Cada una de estas instituciones debe constituirse de la manera que sea más conforme con la naturaleza del Fin que le esta encomendado; y todas deben estar relacionadas y enlazadas en sí mas ó menos estrechamente, según la conexión mas ó menos íntima á que las obligue la afinidad de las funciones que deben llenar. Pero

al mismo tiempo debe tener también toda la independencia que sea necesaria á fin de que obre libremente cada una dentro de sus límites propios sin ser embarazada en su desenvolvimiento progresivo no embarazar á las demás.

- 4.a Todas estas instituciones están llamadas á ejercer recíprocamente influencia unas en otras, puesto que están eslabonadas entre sí de tal modo que el progreso de una sirve necesariamente al progreso de las otras, así como su paralización o desviación tiende á paralizar ó desviar á las demás: todas en fin deben funcionar con independencia pero simultánea y coordinadamente como ruedas pertenecientes á un mismo sistema orgánico que concurren a un fin general idéntico,
- 5.a Así pues la organización social está destinada a ser tan compleja como la organización del hombre. La unidad no está concentrada en un órgano más que en otro, como se ha prendido unas veces por la institución encargada del Fin religioso, y otras veces por la institución encargada del Fin del derecho, sino que la unidad consiste más bien, como dice Straus, en la correlación, en la acción combinada y armónica de todos los órganos.

Concebido de este modo el Fin general de la sociedad y las condiciones de su vasta organización pasaremos a examinar el Fin del Estado y el Fin de las ciencias.

FIN DEL ESTADO

Al determinar el Fin del Estado es necesario evitar los dos extremos en que alternativamente se ha incurrido, pecando unos por exceso y otros por defecto. Los primeros han confundido el Fin del Estado con el Fin Social, atribuyendo á aquel la misión de dirigir todas las fuerzas de la Sociedad, de dominar todas las instituciones, apoderándose de la actividad social en todas sus esferas, intelectual, moral y física. Los segundos le han atribuido únicamente la misión develar sobre la independencia exterior y sobre la paz y seguridad interior, pretendiendo que estas funciones son bastantes para inspirar toda la confianza que necesita la sociedad en la marcha regular y legal de las relaciones jurídicas de todos sus miembros.

Entre estos dos extremos se han formado diversas doctrinas que daban al Estado más ó menos atribuciones hasta que al fin, según las más adelantadas Teorías de la Ciencia Jurídica, ha llegado a determinarse de una manera más precisa el Fin del Estado, considerándolo encargado de mantener el equilibrio de todas las esferas de la actividad social: de velar sobre el cumplimiento de las obligaciones ó relaciones reciprocas en que cada institución social y cada individuo se encuentra respecto de las demás instituciones y de los demás individuos; de realizar, en fin, el Derecho y la Justicia social en todas sus aplicaciones, políticas, administrativa, civil y correccional.

FIN DE LA CIENCIA E INSTITUCIONES CIENTÍFICAS

El hombre ante que todo ha nacido para la vida del pensamiento. La ciencia, después de la Religión, es su primera necesidad como su primer deber. Ella engrandece el Espíritu, eleva los sentimientos, ennoblece los caracteres, pule las costumbres y es un elemento eficaz de moralidad. Pero no es solamente en el mundo moral donde se hace sentir su bienhechora influencia. Las bellas artes, la industria, la agricultura, la navegación, la minería, el comercio le son deudoras de todos sus principales progresos.

Rousseau ha determinado elocuentemente el Fin de la Ciencia en las siguientes palabras

Es un grande y bello espectáculo, ver salir al hombre de lanada por sus propios esfuerzos: disipar por las luces de su razón las tinieblas en que la naturaleza le había colocado, elevarse sobre sí mismo y lanzarse por el Espíritu hasta las regiones celestes, recorrer a paso de gigante toda la extensión del universo, y, lo que aún más grande y más difícil, penetrar dentro de sí mismo para estudiar al hombre y conocer su naturaleza, sus deberes y su fin.

Desarrollar la inteligencia en todas las esferas a que su acción puede alcanzar, elevándola, en cuanto es posible, á comprender el orden universal, a penetrar en la naturaleza de las cosas, á conocer sus causas, sus leyes, sus relaciones a determinar por el conocimiento razonado de sí mismo y de cuanto le rodea el lugar que ocupa el hombre en el universo y las relaciones que le ligan con el Ser Supremo y con todos los seres. Tal es el noble fin de la ciencia.

Tan elevada como difícil misión no puede llenarse si cada individuo queda abandonado a sus propios esfuerzos. La ciencia en cada uno de sus diversos ramos ofrece un campo inmenso que no puede explorarse por hombres aislados. Cada nuevo principio que se descubre equivale, como dice Ahrens al descubrimiento de un nuevo mundo, porque siendo todo principio infinito por su naturaleza, contiene una infinidad de consecuencia y aplicaciones. Necesario es pues en cada uno de los ramos de la ciencia el concurso sistemado de muchos hombres que reúnan sus esfuerzos, se ayuden y se estimulen recíprocamente en sus investigaciones.

Esta necesidad de asociación se hace aun más grande si se atiende a que todos las ramas de la ciencia están íntimamente enlazados entre sí por analogías más o menos estrechas, y que es necesaria la comunión ordenada, el acuerdo incesante de todas las personas que se dedican a las diversas partes de la ciencia, a fin de que el adelantamiento alcanzado en cada una se haga extensivo a las demás y se establezca en todas ellas la solidaridad de existencia y de desenvolvimiento á que por su naturaleza están llamadas. ¡Cuántas veces para la adquisición de una sola verdad han sido necesarios los esfuerzos combinados de varios ramos diferentes de la ciencia! Y este se explica fácilmente atendiendo a que cada ramo considera ciertas verdades bajo uno solo de sus aspectos y no puede darlas a conocer sino de una manera incompleta.

La unidad del Fin de la Ciencia en general y la íntima conexión de todos los ramos que esta encierra, hace pues indispensable la unidad de organización en los cuerpos científicos. Los cuales al mismo tiempo de formar una asociación especial para cada ramo del **saber** deben reconocer un centro común que reúna todas esas asociaciones parciales.

Este es el objeto de las Universidades. Concentrar en un solo Foco todas las luces que lo diversos ramos de la ciencia han podido alcanzar *Universitas Scientiarum et Artium*. Reunir y sistemar en un solo cuerpo las fuerzas intelectuales de todos los hombres que hacen de la ciencia su vocación especial – *Universitas Magistrorum et Auditorum*.

La ciencia, pues, esta llamada, como cada uno de los Fines principales del hombre, á ser representada por una institución social, que a la vez de estar en la conveniente relación con las demás instituciones

sociales, sea independiente de ellas en todos los actos de su vida interior. Verdad es que al presente solo en algunos pueblos de Alemania ha llegado esta institución social á ponerse en condiciones de marchar por sí sola, mientras que en otros pueblos, y especialmente en nuestro país no tiene aún los medios que necesita para gozar de una vida propia y se ve precisada á aceptarla Tutela del Estado, como en épocas anteriores aceptó la de la Iglesia. Esta Tutela es legítima y provechosa, mientras la institución encargada de la ciencia adquiere el grado de desarrollo y los medios que le son indispensables para existir por sí sola, y en este estado de transición las relaciones entre la ciencia y el Estado no pueden fijarse de una manera normal, porque ellas están sujetas a las variaciones que deben efectuarse según los diversos grados de desenvolvimiento que sucesivamente va alcanzando la institución científica, y según también que el Estado mismo vaya comprendiendo mejor su propia misión y la de las demás instituciones.

Pero no nos ocuparemos hoy de lo que es la institución de la ciencia en tal ó cual pueblo, sino de lo que está llamada a ser según la naturaleza del Fin que le esta encomendado, y es bajo este punto de vista que nosotros lo hemos considerado.

Designados del modo que lo hemos hecho el Fin del Estado y el de las instituciones científicas debe deducirse de la naturaleza de estos fines las condiciones de la relación interna de cada una de estas instituciones y sus relaciones reciproca; pero contrayéndonos el objeto de nuestra *Tesis* nos limitaremos a indicar las relaciones entre el Estado y las demás instituciones sociales, pues que; todo lo que pueda decirse sobre sus obligaciones y derechos respectivos y sobre su reciproca independencia, es igualmente aplicable a sus relaciones con las instituciones científicas.

Considerado el Estado en sus obligaciones con las otras instituciones sociales, podemos decir en general que tiene la misión de garantizar la independencia de cada una respecto a los demás, de proporcionar a todos los medios exteriores que sean necesarios para llenar sus fines, dejándolas en completa libertad para su organización interior.

Del mismo modo las demás instituciones sociales, consideradas en sus obligaciones respecto del Estado, están en el deber de no mezclarse en la esfera de acción que á este corresponde, y de prestarle todos los servicios que cada una según su especialidad pueda ofrecerle con su

prestigio, sus ideas; y sus medios materiales pero sin atacar su independencia. Así la Religión, la Ciencia, los Estados, la Industrial, el Comercio en sus reciprocas relaciones con el Estado y entre ellas mismas se ayudarán en su gradual desenvolvimiento sin que ninguna instituciones absorba ni embarace a las demás.

Aplicando estos principios a nuestra **Tesis** es indudable que cualquiera que sea el grado de adelantamiento que las instituciones científicas hayan podido alcanzar para acercarse a su situación normal *“deben tener incesantemente a realizar el derecho que tienen de ser independientes del Estado y de toda otra autoridad exterior para desarrollarse libremente en la esfera de acción que le es propia”*, que es lo que queríamos probar.

José Gálvez Egúsquiza

[firma]

Vº-Bº

J. L. Mariátegui

[Rubrica]

Lima, Noviembre 14 de 1863

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL DOCTOR DON JOSÉ GÁLVEZ EN LA SESIÓN DEL 8 DE NOVIEMBRE DE 1855, AL DISCUTIRSE EL PROYECTO DE AMNISTÍA¹

En este discurso el autor hace una introducción breve sobre la vida de Gálvez y el contexto en el que se dio el discurso, como sigue: “Llámole con justicia un publicista, ilustre prócer de la independencia y libertad de América. Soldado, tribuno y estadista murió gloriosamente en el combate del Callao el 2 de Mayo de 1866. Ya el bronce eterno perpetúa su memoria. En el monumento que conmemora este hecho de armas, figura al pie la estatua de Gálvez en los momentos de exhalar el último suspiro. Prestó servicios eminentes a su país en la administración pública, en la enseñanza y en la diplomacia. El discurso que hemos escogido y que va a continuación, revela el temple de carácter de ese austero repúblico. Fue pronunciado en presencia de una barra numerosa y hostil, a raíz de la victoria de la Palma”.

1 Este discurso ha sido tomado del libro “Oradores Parlamentarios del Perú”, de Domingo de Vivero, editado en Lima por la Librería Francesa Científica Galland, E. ROSAY, Calle del Palacio Nos. 34 y 36, 1900, p. 67-74.

Señores:

Si al defender la amnistía solo se pretendiese comprender en ella el olvido de los extravíos políticos: si la amnistía, como han dicho algunos, solo significase la extinción de los odios y la fusión de todos los partidos; si la amnistía, en fin, no fuera otra cosa que la expresión de la concordia y fraternidad que debe reinar entre todos los peruanos, yo estaría, señores, por esa ley mágica que iba a purificar todos los sentimientos, a identificar todos los intereses individuales; yo estaría con toda mi alma por la realización de esa ley que iba a animarnos de un solo espíritu, un solo sentimiento, un solo interés; la felicidad de la nación.

Pero tan brillantes beneficios no pueden encerrarse en sola una palabra; multitud de reformas serían indispensables para alcanzar este resultado, necesario es, pues, que no nos alucinemos con la palabra amnistía que se presenta hoy bajo un aspecto falso y engañoso, que una vez aceptada se presentaría después bajo aspectos diversos, y envolviendo funestas consecuencias que ya no podríamos evitar.

Reflexionemos, Señores, veamos bien claro lo que significa esa amnistía. Pero no busquemos su significado solo en el diccionario o en la historia. Podrá ser que en otros países, en el Perú mismo, en otras épocas, hayan sido muy justas y convenientes las leyes de amnistía, porque no traían más consecuencia que el olvido de opiniones políticas. Puede ser que algunas veces, las más veces si se quiere, haya sido la amnistía un manto de paz, que cubriendo todos los extravíos pasados, sirviese de base y de garantía para el porvenir. Podrá ser también que después de haber triunfado un partido sobre otro partido, en los que no se veía más interés que el de las personas, fuese de rigurosa justicia olvidar, sino aún restablecer el pasado. Podrá ser, en fin, que el abuso y crueldad de los vencedores sobre desgraciados o inocentes vencidos, haya hecho algunas veces necesaria la amnistía.

Pero no es en estos ejemplos tomados en globo en los que debemos buscar el significado de los proyectos que se admiten. Para saber lo que en una época cualquiera importa una ley de amnistía, es necesario antes conocer la época, estudiar su pasado y porvenir. Hagamos, pues, este estudio para calificar la amnistía, que se propone. Fijemos la situación, conozcamos la ley propuesta en sí misma y en sus consecuencias; examinemos lo que actualmente se quiere abrazar con la palabra

amnistía, y así podremos conocer su significado; así veremos si es justa y conveniente, o no.

La historia de nuestra revolución es conocida. Vosotros habéis sido testigos presenciales de su marcha. Un gobierno de origen por lo menos dudoso (podréis si os place suponerlo legítimo, esto no importa) traiciona abiertamente su maldad, convierte la nación en patrimonio suyo y de los cómplices que lo rodean, la tiraniza, la explota y la envilece a su antojo. Hay un ciudadano que grita contra el crimen, y se encarcela ese ciudadano. Hay otro ciudadano honrado a quien no puede corromperse y cuyo prestigio se teme, se le arrebatada del seno de su familia y se le expatría. Hay ciudadanos que critican, se les aplica una ley de represión hecha al intento, que no solo mata la prensa, sino que ahoga las palabras antes de salir de los labios. No hay más alternativa que la de *cómplice o esclavo*. Se reparte a manos llenas la hacienda pública para ganarse adictos, se corrompe a fuerza de oro algunos para hacerlos espías de los demás; se organizan clubs liberticidas; se inventan misiones diplomáticas para aprovechar todo el guano de nuestras islas, y para poner la nación a los pies de otras potencias; se crea un ejército al que se prodigan regalos y ascensos; se forma un Congreso cuyos miembros (es de la tercera parte renovada) son escogidos de antemano por el gabinete, este Congreso lo aprueba todo sin examen, inviste a un dictador con la omnímoda del poder, rompe la carta constitucional en cuanto pudiera servir de freno a los abusos, más no en cuanto liga al pueblo y es despedido luego, porque una vez puesta la nación a merced de su amo, nada tenía ya que hacer.

La nación se conmueve; por todas partes estallan gritos de indignación, se levanta un pueblo y tras él otro, y otro; acude el tirano por todas partes; sus legiones se encarnizan contra ciudadanos indefensos; por todas partes saquean, incendian, matan; pero la revolución no muere, cada gota de sangre derramada improvisa un combatiente. Mientras más se le ataca, más multiplica sus esfuerzos, más alta y más enérgica levanta su cabeza la revolución.

En esta horrible lucha, ni los pueblos ni su Libertador apelan a medio alguno indigno de la santidad de su causa. Mientras sus enemigos incendian, fusilan y lancean a ciudadanos indefensos, ellos perdonan aún aquellos cuya traición estaba judicialmente probada, y tratan a sus prisioneros como a hermanos descarriados. Al fin triunfa

la revolución y ni aún en el campo de batalla se vierte después del combate una gota de sangre más. Siempre se ha dicho que las derrotas cuestan mucha sangre, más sangre algunas veces que el mismo combate; pues en la Palma no hubo derrota. Acabó la pelea y los vencidos se confundieron con los vencedores. Y ¡cosa extraordinaria! Más muertos, más heridos tuvo el ejército vencedor que el vencido. Tal vencedor, Señores, no necesita de una ley de perdón; su corazón le vale más que la ley.

Después del triunfo continuó la dictadura del Libertador, y lejos de que pudiera echársele en cara acto alguno de crueldad, creo que más bien pudiera acusársele de débil y remiso. ¿Dónde están los enemigos de la patria? ¿Se ha juzgado y castigado como merecían a los autores de tantos crímenes, que todos conocemos? No; nada de esto. Se dio pasaporte a algunos, porque quizá se juzgaba que era incompatible su presencia con el orden público, y los demás quedaron en el país. Se instaló la Convención poco después, y desde su inauguración se ha manifestado celosa hasta el escrúpulo de la libertad pública y de las garantías individuales.

Esta es la historia de nuestro pasado. ¿Dónde están, pues, las persecuciones, los odios que esta ley de amnistía viene a apagar? ¿Se han exigido acaso algunas responsabilidades políticas? No, ni aún la responsabilidad de los delitos comunes ha sido satisfecha. Todo lo que ha hecho la revolución se ha reducido a retirar la confianza nacional de todos aquellos que se hicieron indignos de ella, su única determinación, más bien como medida política que como castigo, fue la de decir a sus defecionados defensores. “Vosotros, que, o habéis sido tan sencillos que sin saber lo que hacíais habéis combatido contra nuestra patria, o que erais tan ingratos y desnaturalizados que intencionalmente volvisteis vuestras armas contra la nación a la cual debíais sostener, porque así lo exigía vuestra conciencia, vuestro honor, la Constitución Política y aún las ordenanzas militares; vosotros dejaréis esas espadas, intencional o torpemente parricidas, porque la nación os empleaba en su servicio y puesto que vosotros mismos dejasteis el empleo que os dio, ya no debéis consideraros como empleados suyos; si algún derecho tenéis por los servicios pasados, hacedlo valer y se os atenderá en justicia”. Esta medida de innegable justicia era inevitable y no puede ni debe considerarse como un síntoma de odio ni de persecución. ¿Qué otra cosa podía hacerse? ¿O esperaban acaso que la nación premiara su conducta y se echara nuevamente en

sus brazos, cuando ellos mismos la habían desconocido y repudiado? ¿Cuál es la persecución que hay en todo esto? ¿Dónde están los odios y las venganzas? ¿Qué significa, pues, esta ley de amnistía que con tanta urgencia se pide por algunos?

Bien claro lo dicen ellos y sus proyectos, la amnistía significa, 1° “Olvido completo de todo lo pasado”, 2° “Reconocimiento de todos los grados militares y rehabilitación de todos los que fueron dados de baja” 3° “Ajustamiento y pago de los predichos militares, y de todos los empleados civiles de la pasada administración”, y 4° “Cesantía a los empleados que no se ocupen, y montepíos a las viudas, hermanas, etc., de los que murieron combatiendo contra el pueblo”. Este es el verdadero significado de la amnistía que se nos propone. Es decir, la amnistía consiste en que después de olvidar el *pasado* restablezcamos ese mismo *pasado*. La amnistía significa que debemos matar la revolución deshaciendo lo que ella justamente hizo. Significa, que debemos abrir las casi exhaustas arcas nacionales, para que a costa de ellas vivan todos los que fueron empleados civiles o militares, aunque no necesite ya de ellos la nación. La amnistía significa que renunciemos a toda reforma para el porvenir y que no debemos hacer otra cosa que perpetuar todos los abusos. “Esta es la Amnistía”.

No hace muchos días que nos ocupamos de examinar si los empleos eran o no una propiedad, y manifesté entonces mis principios a este respecto; hoy se me permitirá aplicarlos al presente caso.

La reforma más importante en el Perú es la de empleos militares, y en esas circunstancias no es muy difícil realizarla, si nosotros mismos no creamos embarazos que la estorben; y la ley que se propone es precisamente un gran obstáculo que debemos evitar. Ocupémonos, pues, de la ley de reforma, y no creemos empleados sin saber antes si habrá o no empleos que darles. Sepamos cual será el número de la fuerza permanente. Sepamos qué número de generalatos, coronelatos y demás clases hasta subtenencias necesita el Ejército del Perú, y después de fijar el número de empleos que fuesen necesarios, pasaremos a ocuparnos de las personas que dignamente hayan de llenarlos; exigiendo, desde luego, probidad reconocida, valor probado, y conocimientos profesionales técnicos y prácticos, prefiriendo, en igualdad de circunstancias, al que mejor o más tiempo haya servido a la nación. Esto es lo que debemos hacer; pero ¿Empezar por rehabilitar un enjambre innumerable de empleados? ¿Empezar por renunciar de una plumada a toda

reforma, a toda economía, echando sobre las arcas nacionales cuyas entradas y gastos no conocemos aún, una obligación inmensa cuyo monto no puede conocerse ni por los mismos que la proponen? Esto es absurdo, es inaudito.

¿Y qué razones se alegan para esto? “Son peruanos”, se dice, “son hermanos nuestros”. Realmente, yo los amo como a tales; pero esta no es razón para que se les dé a todos empleo y sueldo. Se dice también: “que se mueren de hambre”, pero prescindiendo de lo que hay en esto de exageración respecto de algunos, y de sarcasmo respecto de otros que se han locupletado de oro peruano; prescindiendo, en fin, de que esto en parte es una falsedad, y en parte una burla que se hace a la esquilma nación, quisiera que me digan; ¿Quién los mata de hambre? ¿La nación les ha quitado algo suyo? ¿Porqué se mueren de hambre? Si el ser peruano y el tener hambre son títulos bastantes para obligar a la nación a que dé empleo y sueldo, yo lo reclamo desde luego para más de un millón de personas que se hallan en este caso.

Se dice también: “que tiene derechos adquiridos”. ¿Qué significan estos derechos adquiridos? Pues qué ¿Cuándo se le extiende a uno el despacho de Coronel o Capitán adquiere el título de propiedad sobre este empleo, de modo que la nación está obligada a reconocerlo y pagarlo perpetuamente aunque sea un empleado inútil y perjudicial? ¿Qué significan estos derechos adquiridos? Esto no puede significar que se tenga de por vida como militar o empleado civil al que una vez lo fue, aunque la nación no lo necesite ni pueda tener confianza en él. Los derechos adquiridos sólo pueden referirse a servicios prestados y estos derechos nadie los niega; estos derechos no necesitan de una ley de olvido ni de perdón, lo que la nación adeuda a los que legalmente prueban su acreencia, está obligada a pagarles y les pagará; pero no está obligada a conservar forzosamente a nadie en el empleo, a no ser que se porte bien.

Algunos dicen que la amnistía solo tiene por objeto el olvido de los extravíos políticos y que no se refiere a rentas ni empleos; yo también lo entiendo así, pero la generalidad, la entiende de otro modo, autorizada, hasta cierto punto, por los ejemplos de otras leyes de amnistía, y por las razones que en estos días han alegado los defensores de este proyecto. La generalidad forma el raciocinio siguiente: “Se ha dado de baja a los militares y a algunos empleados civiles por la conducta que observaron durante la revolución, y como la amnistía no

es otra cosa que el olvido de esa conducta pasada, claro es que al darse esta ley vuelven a obtener sus empleos todos los que fueron destituidos a consecuencia de las faltas que hoy se olvidan y perdonan". Este es el razonamiento de los interesados, y me temo mucho que si se aprobase esta ley, los mismos que dicen hoy que nada significa, quisieran arrastrarnos a aceptar las consecuencias lógicas de la predicha amnistía. Pero si no es este su ánimo; si solo desean consagrar un iris de paz, si solo quieren manifestar que no hay vencedores ni vencidos y que todos son iguales ante la ley. ¿Porqué no dan de mano a esta palabra amnistía de sentido equívoco y vago y formulan un proyecto en el que de un modo explícito expresen todas las medidas justas que juzguen conveniente adoptar? A este respecto he presentado una proposición que aunque la juzgo innecesaria llena mejor que la palabra amnistía los deseos de los que han propuesto esta ley. Digan que todos los peruanos son iguales ante la ley, que a nadie se persigue por sus pasadas faltas políticas, que todos tenemos los mismos derechos, las mismas garantías y las mismas obligaciones; que solo el crimen legalmente probado se castigará. Todo esto tiene un significado preciso y podría aceptarse, aunque es una declaración innecesaria porque está sancionada en leyes preexistentes.

No usemos, pues, de la palabra amnistía que es inaplicable en este caso, y que, o no significaría nada o significaría demasiado. El Señor Roca defendiendo la restitución de los empleos militares, ha dicho que la Constitución les ordenaba fuesen esencialmente obedientes, y que, por tanto, lejos de haber una falta en su conducta, solo debía considerarse como un acto de lealtad.

A ser esto cierto, era necesario destruir ahora mismo el ejército y castigar a los que no sirvieron a Echenique. La obediencia ciega y absoluta, esa obediencia que mata el alma de un hombre para ponerlo como un cadáver en las manos de otro hombre, esa obediencia que mata la razón, la conciencia y la libertad, y que desnudándole de toda moralidad hace que un hombre se convierta en materia pura, en instrumento ciego de otro hombre, esa obediencia, digo, es la más ridícula y deshonrosa disculpa que pudiera darse a favor del ejército, y es precisamente el mejor argumento para haberles dado de baja.

La nación necesita de hombres que se empleen en su servicio, y no de máquinas que no sepan distinguir entre la causa de un hombre y la de la nación, entre el vicio y la virtud.

Bastantes veces y con razones incontestables, les exhortó el Libertador y los llamaron los pueblos, su ignorancia no tiene pues, disculpa. También se ha alejado (sic) el temor de una revuelta; yo no creo en ella ni la temo; lo más que podrían hacer sería un motín, que sería ahogado luego por el gobierno y por el pueblo; que lo hagan en hora buena, esta sería una razón más para darles mi voto en contra, puesto que prefieren un puñado de plata a su honor y a su patria.

Al contrario de estos temores; yo creo que con la ley de amnistía hacemos revivir los motines militares, porque damos lugar a los abusos y aspiraciones de cuartel que tan frecuentemente han revuelto al país.

La única revolución que mataremos con esta ley, es la revolución popular, porque en adelante ya sabrá el ejército el camino que deberá seguir. Recordad no más lo que sucedía poco ha con los militares que queréis rehabilitar, estos recibían oro y ascensos por combatir al pueblo; veían todas las probabilidades de triunfo a favor del gobierno y la alternativa que establecían entre servir al gobierno o al pueblo, se resumía en el siguiente juicio: “Si dejamos al gobierno por servir al pueblo, perdemos desde luego el sueldo y los ascensos que aquel nos da a cambio de la miseria y riesgos que la causa popular nos ofrece. Si el gobierno vence, somos perdidos, mientras que permaneciéndole fieles, aún dado caso que triunfe el pueblo; este nos llamará mañana, y siempre estarán seguros nuestro empleo y nuestro sueldo”. Esta ha sido la convicción de los que han combatido al pueblo, y ha sido también el temor de los que han defendido su causa. Si nosotros ahora realizamos esto, os aseguro que los pueblos no tendrán ya valor para defenderse y serán pocos los militares que los ayuden. Matad, pues, si os parece, las revoluciones populares y os advierto que también matáis a la revolución que acaba de triunfar, porque destruíis su única obra, porque entronáis la oligarquía militar, porque sancionáis la empleomanía, porque cerráis la puerta a toda reforma. Estoy, pues, contra el proyecto, porque o no significa nada o significa mucho.



Imágenes de la ceremonia por el sesquicentenario de la muerte de José Gálvez Egúsqiza, en la Plaza Torre de La Merced, La Punta- Callao, llevada a cabo el 28 de abril de 2016.



Ceremonia por el sesquicentenario
de la muerte de José Gálvez
Egúsquiza, en la Plaza Torre de
La Merced, La Punta- Callao.





Discurso del General de Brigada Juan Pablo Ramos Espinoza, Presidente del Fuero Militar Policial, en la Plaza Torre de La Merced, La Punta- Callao.



Colocación de la placa recordatoria en el monumento del Coronel José Gálvez Egúsqiza, en la Plaza del mismo nombre, en el Distrito de la Punta- Callao.

(De izquierda a derecha: General de Brigada Juan Pablo Ramos Espinoza, Presidente del Fuero Militar Policial; Dr. Gastón Gálvez Cabrera, familiar del héroe; Contralmirante José Risi Carrascal, Alcalde de la Municipalidad Distrital de la Punta; y Licenciada Carolina Gálvez Cabrera, familiar del héroe).



El General de Brigada Juan Pablo Ramos Espinoza, Presidente del Fuero Militar Policial, hace entrega de la moneda acuñada y el libro editado por el sesquicentenario de la muerte heroica de José Gálvez Egúsquiza, al Vice Almirante Víctor Emanuel Pomar Calderón, Director General de Capitanías y Guardacostas.



Contralmirante José Risi Carrascal,
Alcalde de la Municipalidad
Distrital de la Punta, mostrando
la moneda recordatoria por el
sesquicentenario de la muerte de
José Gálvez Egúsquiza.



■ Biografía

Teniente Coronel EP Roosevelt Bravo Maxdeo²

COMPENDIUM VITAE³

DEL GENERAL DE BRIGADA JUSTINIANO BORGOÑO CASTAÑEDA

CUESTIÓN PREVIA

Esta biografía o Compendium vitae, como lo he llamado siguiendo al gran Erasmo de Róterdam, pretende aclarar aspectos significativos, y en su caso, incluir aspectos nuevos de la vida del General de Brigada Justiniano Borgoño, que han sido tratados con inexactitud o no han recibido tratamiento por sus biógrafos; no obstante, su importancia.

Los detalles a pie de página, que aparentemente resultarían excesivos, tienen por propósito aportar detalles sobre su procedencia y posición económica, la que sacrificó por su patria, lo que hace más valorable su entrega.

I. NACIMIENTO Y AÑOS DE JUVENTUD

Nació Justiniano Borgoño Castañeda en Trujillo, el 5 de setiembre de 1836, en tiempos de revoluciones e inestabilidad política en el Perú; precisamente el año en que el General Felipe Santiago Salaverry, que había defecionado de las filas de Orbegoso y proclamándose “Jefe

² Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

³ Compendium Vitae llamó Erasmo de Róterdam (1467-1536) al resumen de su vida, enviada a su discípulo y amigo Conrad Glocenius en abril de 1524.

Supremo de la República”, fuera fusilado en Arequipa, tras perder la Batalla de Socabaya, dándose inicio, de facto, a la Confederación Perú-Boliviana⁴.

Nació nuestro biografiado en la casa que hoy ocupa el Museo de Arqueología, Antropología e Historia de la Universidad Nacional de Trujillo, conocida también como “*casa Risco*”, ubicada entre las calles Junín y Ayacucho de esa ciudad⁵.

Fue hijo del General Pedro Antonio Borgoño y Núñez⁶ y de doña Manuela Castañeda y Madalengoitia, hija de Joaquín de Castañeda y Hoyos y de doña Narcisa Madalengoitia y Sanz de Zárate. Tuvo como

4 La Confederación Perú-Boliviana (nombre oficial) o Peruano-Boliviana, fue un **Estado** constituido por la coalición igualitaria de tres estados: El **Estado Nor-Peruano**, el **Estado Sud-Peruano** y el estado de Bolivia, que la presidió el mariscal **Andrés de Santa Cruz**. La confederación tuvo una existencia de tres años. Llegó a su fin tras la batalla de Yungay, el 20 de enero de 1839.

5 Don Joaquín de Castañeda y Hoyos, casado con Narcisa Madalengoitia y Sanz de Zárate, adquirió la hacienda de “Nuestra Señora del Rosario de Tulape” y la casa anexa en la ciudad de Trujillo. El 09 de octubre de 1828 otorgó testamento “instituyendo por sus universales herederos a sus hijos José María y Manuela, con la prevención que los que habrían de administrar la hacienda Tulape serían (su hijo) el Dr. don José María y su hijo político don Pedro Antonio Borgoño, los que deberían contribuir a su esposa doña Narcisa con la suma de 80 pesos mensuales”. El 16 de diciembre de 1828, el Dr. José María Castañeda y Madalengoitia donó la parte que le correspondía en la hacienda de Tulape y en la casa de Trujillo a su hermano político, el General Pedro Antonio Borgoño, “para que con libre y absoluto dominio la trabajase para el bienestar de su esposa doña Manuela e hijos”. De esta manera don Pedro Antonio y doña Manuela, padres de Justiniano, se convirtieron en los propietarios de la hacienda de Tulape y de la casa anexa en la ciudad, hoy conocida como casa Risco. En 1868 vendieron la hacienda a Estanislao Flores, quien también adquirió en 1890, en remate público, la casa de la ciudad de Trujillo, donde naciera Justiniano. (<http://historia-documentaldetrujillodelperu.blogspot.pe/2008/07/la-casa-de-la-vega-y-bocardo-de.html>). Visto el 07 de junio de 2016.

6 Pedro Antonio Borgoño y Núñez nació en Petorca (Chile), el 28 de abril de 1793 y murió en Lima el 4 de octubre de 1863. Fue hermano del también General del ejército chileno José Manuel Borgoño y Núñez, prócer de la independencia de ese país, quien sirvió a órdenes del General San Martín. “Ambos servían desde sus primeros años en las tropas del rey al iniciarse la revolución, y mientras aquel se incorporó en 1813 al ejército de Pareja y siguió sirviendo en Chile en las filas realistas, y pasó más tarde al Perú, don José Manuel Borgoño, sirviendo en la artillería patriota, ilustraba su nombre por excelentes servicios en las campañas de la independencia.” (Historia General de Chile: Parte novena: Organización de la república, 1820... p. 113.) Llegó Pedro Antonio Borgoño y Núñez a Trujillo, enviado por el virrey Pezuela, como “Jefe de la Plaza”, secundando a José Bernardo de Tagle (Intendente) durante la declaración de la independencia de Trujillo, el 29 de diciembre de 1820. Entró a Lima con San Martín y participó en el sitio de la fortaleza “Real Felipe” del Callao. Fue designado Presidente de Trujillo, Jefe de Estado Mayor del Ejército del Norte, otorgándole el Congreso del Perú el grado de General de Brigada en 1827.

hermanos a Pedro Joaquín, abogado de profesión, quien fue vocal de la Corte Superior de Lima; a Elena, que casó con el doctor Pío Vicente González Tamayo, secretario del Congreso en 1839 y varias veces presidente de la Corte Superior de La Libertad; y a Enriqueta, que casó en Trujillo con el coronel Federico Abril y Llosa. Estuvo casado con doña Jesús Salas de la Torre Urraca, hija del Coronel chileno Francisco Salas Fuenzalida, prócer de la Independencia de Chile y del Perú, y nieta del Prócer de la independencia de Trujillo Gerónimo de la Torre Noriega, línea familiar a la que pertenecieron, también, el político Víctor Raúl Haya de la Torre y el pintor Macedonio de la Torre.

Nuestro personaje cursó estudios en el Seminario de San Carlos y San Marcelo (1847-1852)⁷ y, posteriormente, asumió la administración de la hacienda “*Tulape*”, que su familia poseía en el valle de Chicama.

II. SU INGRESO AL EJÉRCITO

Se alistó en el ejército a la edad de 20 años, en 1856, con el grado de subteniente, *“para contribuir a la defensa del orden legal socavado por el pronunciamiento que el general Manuel Ignacio de Vivanco iniciara en Arequipa (30-X- 1856), (actuando) a órdenes del capitán de fragata Manuel Antonio de la Haza, en un combate librado por la posesión del puerto de Islay, y luego en la toma de Iquique en diciembre de 1856 y de Arica en 1858; y ostentando ya el grado de capitán, retornó a sus trabajos agrícolas cuando se definió el triunfo del gobierno constitucional”*⁸, en marzo de 1858.

7 El Colegio Seminario de San Carlos y San Marcelo es hoy un Centro Educativo Privado. Nació esta histórica Institución Educativa trujillana como extensión del servicio educativo del Seminario Conciliar de San Carlos y San Marcelo, fundado por el Obispo de Trujillo, Monseñor Carlos Marcelo Corne, el 04 de Noviembre del año 1625. Fueron exalumnos de este colegio “Toribio Rodríguez de Mendoza, Precursor de la República; José Faustino Sánchez Carrión, Fundador de la República; Antonio Andueza, Presidente del Primer Congreso Constituyente; José Luis de Orbegoso y Moncada, Presidente de la República; José Andrés Rázuri, Héroe máximo de la Batalla de Junín, Ricardo O’ Donovan, Héroe de la Batalla de Arica; Mariscal Eloy G. Ureta, en 1941, Héroe del Conflicto con el Ecuador; Víctor Raúl Haya De la Torre, político demócrata, Presidente de la Asamblea Constituyente de 1978; Antenor Orrego Espinoza, filósofo y literato; José Eulogio Garrido, escritor y poeta; Francisco Xandóval, literato y poeta, entre otros exalumnos.” (<http://www.colegioseminario.edu.pe/web/index.php/institucion/historia>), visto el 08 de junio de 2016.

8 Tauro del Pino, Alberto: Enciclopedia ilustrada del Perú, Promoción Editorial Inca S.A. (PEISA), Tercera edición, 2001, Lima-Perú, Tomo 3, p. 386.

III. SU PARTICIPACIÓN EN LA GUERRA DEL PACÍFICO

Al declarar Chile la guerra al Perú, el 5 de abril de 1879, Borgoño retornó al servicio activo, organizando el *“Batallón Libres de Trujillo”*, con la participación de destacados jóvenes liberteños, que sufragaron ellos mismos los gastos de su organización. Enviado a Lima el Batallón, al mando de Justiniano Borgoño, que ostentaba el grado de teniente coronel, fue destinado a La Punta (Callao), con la misión de oponerse a las fuerzas enemigas bloqueadoras y contrarrestar un posible desembarco⁹.

III.1. BATALLA DE SAN JUAN

Ya con el grado de coronel, siempre al mando del Batallón *“Libres de Trujillo”*, se trasladó a la hacienda Villa, en Chorrillos, el 25 de diciembre de 1880, ante la inminente presencia del ejército chileno, combatiendo después con bravura en la Batalla de San Juan (*“Batalla de San Juan y Chorrillos”*) lo llaman, también, algunos historiadores peruanos. Los autores chilenos separan en dos episodios la misma y otros se refieren simplemente a la *“Batalla de Chorrillos”*), a inmediaciones del Morro Solar, el 13 de enero de 1881, donde es herido en una pierna, hecho prisionero y enviado a bordo del transporte chileno Copiapó y luego a Lima.

En la *“Batalla de San Juan”*, los batallones *“Libres de Trujillo”* N° 11, *“Tarma”* N° 7 y *“Callao”* N° 9, integraban la *“Segunda División Norte”* del *“Primer Cuerpo de Ejército”* que comandaba el Coronel Miguel Iglesias, quién era también, a su vez, el Secretario de Guerra de ese entonces. Tenían al frente a la Primera División chilena comandada por Patricio Lynch, que *“resultó impotente para doblegar las resistencias peruanas que se oponían a su obstinado ataque por Marcavilca, habiendo sido rechazados con fuertes bajas hasta en tres oportunidades, así como contraatacados eficientemente por el batallón Trujillo al mando del Coronel Borgoño, que obligó a los chilenos a reforzarse con elementos de la División Reserva”*¹⁰, la Segunda División y apoyados por

9 MILLA BATRES, Carlos: Diccionario Histórico y Biográfico del Perú (Siglos XV-XX), Editorial Milla Batres S. A., Segunda edición, Octubre de 1986, Tomo II, p. 135

10 Comisión Permanente de Historia del Ejército: La gesta de Lima, 1881-13/15 Enero 1981, Imprenta del Ministerio de Guerra, Primera Edición, 13 de enero de 1981, Lima Perú, p. 163.

la artillería de campaña y de montaña, que bombardeó el reducto del Morro Solar, vencieron al fin la heroica resistencia de los peruanos, ya entrada la tarde (Resaltado agregado).

Para apreciar el compromiso del entonces Coronel Borgoño con la Patria, demos cuenta, en lo que corresponde, del parte de guerra que el General Pedro Silva, Jefe de Estado Mayor General del Ejército, formuló tras las batallas de San Juan y Miraflores, con fecha 28 de enero de 1881. Decía el General Silva: *“Por mucho que la suerte haya sido, una vez más, adversa a nuestras armas, no me es posible prescindir, sin marcada injusticia, de ofrecer a las consideraciones de s. e. el Jefe Supremo, y de la nación toda, los nombres de los que a mi juicio más se han distinguido por su entereza y valor en las recias jornadas a que se refiere (San Juan y Miraflores). Estos son los Coroneles: don Pablo Arguedas, don Buenaventura Aguirre, don Domingo Ayarza y don Luis Gabriel Charriarse, así como el capitán de navío don Juan M. Fanning, que rindieron su vida con honor en el campo de batalla. Los de la misma clase don Andrés Avelino Cáceres, don César Canevaro, don Isaac Recavarren, don Justiniano Borgoño, don Francisco La Rosa...”*¹¹¹² (Resaltado agregado).

El Coronel Borgoño, como dijimos, fue herido en la batalla y así hizo constar el General Silva en la Relación N° 2 (Jefes heridos), que acompañó a su parte de guerra. Sobre el mismo asunto, el Coronel Víctor Miguel Valle Riestra, Sub Jefe del Estado Mayor del Ejército del Norte en la Batalla de San Juan, recordaría más tarde en cuanto a Borgoño herido, en su opúsculo *“Cómo fue aquello”*, en estos términos: *“Vestía casaca militar, pantalón blanco y botas granaderas de hule. En el fondo blanco del pantalón se veía la mancha circular de la sangre que manaba de la herida. Estaba pálido pero sereno, y siempre a la cabeza de su tropa.”*¹³

11 Íbidem. (El Parte del General Silva se encuentra inserta entre las páginas 179 y 197).

12 El parte del General Silva, al que se hace referencia, se encuentra también en : PAZ SOLDAN, Mariano Felipe: Narración histórica de la guerra de Chile contra el Perú y Bolivia (Campaña sobre Lima), Editorial Milla Batres, Tomo III, Edición conmemorativa del primer centenario de la guerra del 79, Segunda Edición, junio de 1979, p. 67

13 Citado en “La gesta de Lima”, Ob. Cit., p. 229.

Casi tres meses después de caer prisionero, *“el general Cornelio Saavedra, jefe de las fuerzas chilenas de ocupación, le otorgó la libertad (9-IV-1881), por ser amigo de los familiares paternos que en Chile tenía Justiniano Borgoño, y con el compromiso de que no volviera a tomar las armas en aquella contienda.”*¹⁴

III.2. PREFECTO Y COMANDANTE GENERAL DEL DEPARTAMENTO DE LA LIBERTAD

De vuelta a Trujillo, tras obtener un salvoconducto del jefe de ocupación chileno, quiso reanudar sus trabajos agrícolas, cuando el contralmirante Lizardo Montero, que a la sazón era jefe político y militar de los departamentos del norte, lo nombró “Prefecto y Comandante General del Departamento de La Libertad”, cargo que ocupó entre julio de 1881 y el 21 de junio de 1882.

III.3. BATALLA DE SAN PABLO

Ejerciendo los cargos de *“Prefecto y Comandante General del Departamento de La Libertad”*, Borgoño organizó una pequeña fuerza con la que se unió en Chota al ejército que comandaba Miguel Iglesias, contribuyendo al triunfo de *“San Pablo”*, el 13 de julio de 1882, contra las fuerzas chilenas comandadas por el sargento mayor Luis A. Saldes.

En la *“Batalla de San Pablo”*, el Coronel Justiniano Borgoño actuó como Comandante General de la Primera División, teniendo como misión atacar *“el 13 de julio (de 1882) por la dirección San Miguel-Capellanía-San Pablo con el batallón Callao, Libres de Trujillo, columna Chota y columna Bambamarca en el escalón de combate, manteniendo en reserva a las columnas Hualgayoc”*¹⁵ Tras un inicio incierto para los peruanos, gracias a la oportuna intervención de la segunda

14 Comisión Permanente de la Historia del Ejército del Perú: Los héroes de La Breña, serie biográfica, Tomo I, Primera edición, 9 de julio de 1982, Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima-Perú, p. 49-50.

15 Comisión Permanente de la Historia del Ejército del Perú: La resistencia de la Breña, La contraofensiva de 1882, 23 Feb 1882-5 May 1883, Tomo II, Primera edición 27 de noviembre de 1982, imprenta del Ministerio de Guerra, p. 139.

división, que permitió el contrataque de la primera, se logró la victoria. *“En esa acción las bajas chilenas llegaron a 87 muertos y 28 heridos y prisioneros”*¹⁶

Miguel Iglesias, que no estuvo presente en San Pablo, pues, llegó al lugar al día siguiente de la batalla, en su *“Manifiesto (grito) de Montán”*, el 31 de agosto de 1883, calificó el triunfo de San Pablo como *“estéril triunfo de un instante”*. Dijo textualmente: *“Quise ganar algún tiempo retirándome a la provincia de Chota, pero desgraciadamente el pueblo inexperto, exaltado por el ultraje que de una pequeña porción del enemigo recibía, exigió combatir y se ensangrentaron las alturas de San Pablo. ¡Cuán caro se ha pagado el estéril triunfo de un instante!”*¹⁷

En el mismo manifiesto, Iglesias, tratando de justificar su decisión de pactar lo antes posible con los chilenos, dirá: *“Se habla de una especie de honor que impide los arreglos pacíficos cediendo un pedazo de terreno y por no ceder ese pedazo de terreno que representa un puñado de oro, fuente de nuestra pasada corrupción, permitimos que el pabellón enemigo se levante indefinidamente sobre nuestras más altas torres, desde el Tumbes al Loa; que se saqueen e incendien nuestros hogares, que se profanen nuestros templos, que se insulte a nuestras madres, esposas e hijas. Por mantener ese falso honor, el látigo chileno alcanza a nuestros hermanos inermes; por ese falso honor, viudas y huérfanos de los que cayeron en el campo de batalla, hoy desamparados y a merced del enemigo, le extienden la mano en demanda de un mendrugo...”*¹⁸ Justiniano Borgoño no compartía la posición de Iglesias, bregaba por la resistencia, por lo que marchó a Tarma a ponerse a órdenes de Cáceres, que ejercía la jefatura política y militar de los departamentos del centro y tenía el firme propósito de continuar la resistencia ante el invasor chileno.

16 Íbidem, p. 142.

17 <<http://www4.congreso.gob.pe/museo/mensajes/Mensaje-1883-2.pdf>>, obtenido el 14 de junio de 2016.

18 Íbidem.

III.4. BATALLA DE HUAMACHUCO

En Tarma, Cáceres le encomendó el mando del Batallón Zepita N.º 2¹⁹. Siguió Borgoño a Cáceres a lo largo de su campaña al norte y peleó en la batalla de Huamachuco, que se libró en los llanos de Purрубamba, el 10 de julio de 1883. En Huamachuco, el Batallón “Zepita” N.º 2 integró la primera división junto con el Batallón “Tarapacá” N.º 1, que comandaba el Coronel Mariano Espinoza. La división estuvo al mando del Coronel Manuel Cáceres.

Durante la batalla, *“El Coronel Borgoño dividió sus fuerzas en tres compañías; la primera, al mando del capitán (Pedro A.) Montenegro, avanzó por las faldas del cerro Santa Bárbara; la segunda, al mando del capitán Santillán, emprendió el ataque por la derecha y la tercera, a su mando, córtolos la retaguardia a los chilenos, obligándolos dos veces a retroceder hasta el Sazón, al tiempo que la caballería desmontaba y asestaba sus ataques por el ala izquierda.”*²⁰ Luego de dos horas de lucha, los peruanos eran dueños de la posición; no obstante, la falta de munición hizo que se perdiera finalmente la batalla.

“El campo de Huamachuco, al caer la tarde, estaba sembrado de cadáveres en una extensión considerable. Los heridos y prisioneros fueron inmediatamente fusilados sin piedad. Hubo 1200 bajas por el lado peruano.” “(...) Durante los cinco días que los chilenos permanecieron en la ciudad, se dedicaron al saqueo, pillaje, incendios, asesinatos e imposición de fuertes cupos de guerra.” “(...) Cáceres con sus jefes Borgoño y Recavarren, establecían su cuartel general en Mollepata y el 12 de julio lanzan una proclama, instando a la resistencia...”²¹.

19 En el Historial de Unidades del Ejército, publicado por la Oficina de Información y la Comisión Permanente de la Historia del Ejército, libro impreso en los talleres gráficos del ejército, página 17, respecto del Batallón Infantería Motorizado “Zepita” N.º 7 (BIM N.º 7), acantonado hoy en el distrito de Baños del Inca de Cajamarca, se menciona que el Coronel Borgoño comandó el batallón en 1883. Con anterioridad, habían comandado el Zepita gloriosos jefes como Cáceres entre 1873 y 1879; Juan Bautista Zubiaga en 1879; e Isaac Recavarren en 1881. Hay que consentir, por otro lado, la existencia de “varios Zepitas”: el de Tarapacá, el de San Juan, el de Huamachuco y en algún tiempo, incluso, la desaparición de ese nombre, cuando las unidades eran conocidas solo por su número de línea, como en los años de la misión francesa.

20 Comisión Permanente de la Historia del Ejército: La Resistencia de la Breña, Huamachuco y el alma nacional (1882-1884), Tomo III, Vol.2, Imprenta del Ministerio de Guerra, Primera edición, 9 de diciembre de 1983, p. 641.

21 Íbidem, p. 644.

El 30 de julio de 1883, desde Huancayo, Cáceres elevó su parte oficial sobre la “Batalla de Huamachuco” al gobierno de Arequipa (Lizardo Montero), recomendando “a la consideración del Supremo Gobierno el digno comportamiento de todos los jefes y oficiales del ejército”, haciendo referencia a los jefes y oficiales muertos y heridos; respecto de estos últimos, en los siguientes términos: “*habiendo visto heridos a los coroneles Recavarren, Borgoño, Vizcarra y Carrión...*”²².

IV. PARTICIPACIÓN DE BORGOÑO EN LA CAMPAÑA DE CÁCERES CONTRA IGLESIAS

Unos meses después de la “Batalla de Huamachuco”, el coronel Borgoño fue nombrado comandante general de las fuerzas que debía organizar en el departamento de La Libertad para continuar la resistencia. Ejerció también la prefectura del departamento entre el 16 de octubre y el 30 de noviembre de 1883 y nuevamente, ambos cargos, entre el 22 de julio y el 3 de noviembre de 1884, en circunstancias que “los pueblos desconocieron al gobierno establecido por el general Miguel Iglesias, bajo la aparente protección de las tropas de ocupación”²³.

Marchó a Arequipa para colaborar activamente con el “*movimiento constitucional*” que el General Cáceres lideraba para derrocar a Iglesias. Fue nombrado prefecto y comandante general del departamento de Arequipa, entre el 25 de octubre de 1884 y el 2 de enero de 1885, comandante general de la I División del Ejército, Ministro interino de Guerra y Marina del 8 de enero al 2 de febrero de 1885 y jefe militar de la plaza, del 27 de marzo al 3 de mayo de 1885. Con las tropas a su mando marchó por la ruta del Cusco hasta Concepción (Junín), donde se unió al ejército del general Cáceres.^{24 25 26}

22 Comisión Permanente de la Historia del Ejército: La Resistencia de la Breña, Huamachuco y el alma nacional (1882-1884), Tomo III, Vol.1, Imprenta del Ministerio de Guerra, Primera edición, 9 de diciembre de 1983, p. 383.

23 Los Héroes de la Breña, Ob. Cit., p.50.

24 Íbidem.

25 Grandes Forjadores de la Historia del Perú, Lexus Editores, Edición 2001, Impreso en Colombia, p.83.

26 Diccionario Histórico y Biográfico del Perú (Siglos XV-XX), Ob. Cit., p. 136.

Cuando Cáceres estaba acantonado en el pueblo de Masma, llegó a Jauja una comisión presidida por Monseñor Manuel Tovar, en representación del Gobierno de Iglesias, para discutir un armisticio. Dado que Cáceres se negó a reconocer a Iglesias como gobernante, no se llegó a ningún acuerdo y el estado de beligerancia continuó. En esa coyuntura, una división del ejército de Iglesias, mandada por el general Mas e integrada por los batallones “Regeneración” y “Montán”, se enfrentó a los batallones caceristas Zepita, al mando del coronel Justiniano Borgoño, Tarapacá y Callao, trabándose el combate en las “faldas de Masma” (Yawar Jasha)²⁷, el 4 de julio de 1885, con victoria para las tropas de Cáceres. Tiempo después, luego de algunos movimientos tácticos, Borgoño se unió con su “Zepita” a la división del coronel Remigio Morales Bermúdez, participando de la toma de Canta el 15 de agosto de 1885.

La situación descrita hizo que Iglesias tomara otros recaudos. Siendo sus tropas superiores en efectivos y armamento, organizó dos divisiones con el propósito de caer sobre Cáceres en el propio valle del Mantaro. La primera división, con el efectivo de 3,000 hombres, al mando del coronel Relaiza, tenía la *“misión de seguir la quebrada del Rímac y los pasajes de la cordillera entre Chicla y Morococha, proseguir al encuentro de la fuerzas del general Cáceres, a las que debía sorprender antes de que terminaran su reorganización, contando para ello con las ventajas de su número, su excelente disciplina y sobre todo, con el magnífico armamento y equipo de que disponía”*.²⁸ La segunda división, con un efectivo de 1,500 hombres, a órdenes del Coronel Echenique, marchó a Ica, *“con la doble misión de vigilar*

27 De acuerdo a la versión del Sargento Clemente Beltrán Saavedra, actor de la batalla en las faldas de Masma al lado de Cáceres se sabe que: las tropas de Iglesias, al mando de los coroneles Ávila y Marticorena, que se establecieron en Jauja, al percatarse que Cáceres estaba acantonado en el pueblo de Masma, a sólo 8 km. de distancia, avanzaron por la carretera central hasta el puente del ferrocarril, cerca de Ataura y en su afán de sorprender al Brujo de los Andes, suben por una quebrada entre los límites de Ataura y Masma. Cáceres bien informado y mejor posicionado en las alturas de Masma, sale a su encuentro y se libra una batalla en ese lugar, siendo derrotados los gobiernistas. Por este hecho histórico se denomina a esta quebrada Yawar Jasha, que quiere decir “quebrada bañada de sangre”.

(<http://masmacentenario.com/imagenes/1.1.ConociendoMasmaElLegendarioPueblodMasma..pdf>), obtenido el 14 de junio de 2016.

28 Comisión Permanente de la Historia del Ejército, Cáceres: Conductor Nacional, Imprenta del Ministerio de Guerra, Primera edición, 9 de diciembre de 1984, p. 121.

*los caminos que de Huancayo conducen a ese departamento, pero con la misión principal de cortar las líneas de retirada de las tropas del general Cáceres, en la región Ayacucho-Huancavelica, una vez que dichas fuerzas hubieran sido obligadas a retirarse por la división Relaiza*²⁹.

El 15 de noviembre de 1885, el Coronel Borgoño fue actor principal de la “*Huaripampeada*”³⁰. Comandando la retaguardia del ejército cacerista, “*tenía la misión de enmascarar el movimiento del grueso, para lo cual debía establecerse en las alturas de Jauja, por donde debía presentarse el enemigo... y resistir lo más posible en esa zona.*”³¹ El día 15, a la una de la tarde, más o menos, se inició el combate y “*el coronel Borgoño cumplió hábilmente su misión, supo sacar el mejor partido del terreno... (que) le permitió resistir hasta más de las cinco de la tarde, hora en que manteniendo siempre a raya al adversario, continuó su retirada sin ser molestado hasta Concepción, de donde pasó a Mito a unirse con el grueso, cuya marcha había ocultado y protegido.*”³²

Estuvo Borgoño en la toma del pueblo de Chicla, el día 30 de noviembre de 1885 y en la caída de la capital al día siguiente. Iglesias renunció a la Presidencia y Antonio Arenas, Presidente del Consejo de Ministros, asumió la misma, dando paso a una transición constitucional que llevó al poder a Cáceres. Iglesias partió al exilio en España.

V. BORGÑO EL POLÍTICO

Tras las elecciones que se llevaron a cabo luego de la renuncia de Iglesias, resultó elegido presidente de la república el General Cáceres, asumiendo el cargo el 3 de junio de 1886. En esta nueva coyuntura, Justiniano Borgoño fue elegido diputado por Trujillo, representación

29 Íbidem, p. 122.

30 Maniobra militar concebida por Cáceres, que engañó a las fuerzas de Iglesias, atrayéndolas hacia las vecindades de Jauja (sierra central), hacerles creer que habían vencido al grueso del ejército de Cáceres, dejándolas allí aisladas, tras destruir los puentes sobre el Mantaro, quedando las tropas de Cáceres sin estorbo para marchar de la Oroya a Yauli y de allí descolgarse a Lima en el tren que capturó en Chicla.

31 Cáceres: Conductor Nacional, Ob. Cit. p. 123-124.

32 Íbidem, p. 123-124.

que ejerció entre 1886 y 1889. En ese mismo período presidencial, fue también nombrado Ministro de Guerra y Marina y ejerció el cargo en dos momentos: del 4 de junio al 22 de noviembre de 1886 y del 22 de agosto y el 4 de octubre de 1887.

Durante el gobierno de Remigio Morales Bermúdez, fue elegido segundo vicepresidente de la República y diputado por Pataz para el período 1890-1894, tiempo en el que también ejerció, brevemente, como Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Guerra y Marina (24-VIII-14-X-1891).

Al fallecer intempestivamente el presidente Morales Bermúdez, el 1 de abril de 1894, día en el que debía celebrarse elecciones presidenciales, asumió la presidencia del Perú Justiniano Borgoño, tras alegarse la excusa del primer vicepresidente Pedro Alejandrino del Solar³³. Borgoño permaneció en el cargo hasta el 10 de agosto de 1894, fecha en que entregó el poder al General Cáceres, siendo ascendido, poco después, a General de Brigada.³⁴

Durante su breve mandato enfrentó *“el accionar de las denominadas montoneras, sobre todo en el Norte, donde actuaban la partida de los hacendados piuranos Teodoro, Oswaldo, Augusto y Edmundo Seminario. De otro lado se adquirieron los vapores Constitución y Chalaco, este último de transporte militar; pero en perjuicio de todas las dependencias públicas, casi todo el presupuesto nacional se destinó a sostener al Ejército, el único respaldo del régimen”*³⁵.

La elección de Cáceres como presidente fue cuestionada por los partidos Civil y Demócrata, episodio que terminó finalmente en una guerra

33 El Decreto de 1 de abril de 1894, firmado por Justiniano Borgoño, precisa: “Por cuanto: ha fallecido en la tarde de hoy el Excmo. Señor General don Remigio Morales Bermúdez, y el primer Vicepresidente de la República se ha excusado de encargarse del Poder Ejecutivo; Por tanto: en cumplimiento de lo que dispone el artículo 91 de la Constitución del Estado, asumo el Mando Supremo de la Nación.”

34 La Resolución Legislativa que aprueba la propuesta de ascenso tiene fecha 13 de setiembre de 1894, dice: “El Congreso en ejercicio de la atribución que le otorga el inciso 13 del artículo 59 de la Constitución Política, y en atención a los méritos y servicios prestados a la República por el Coronel de Infantería de Ejército D. Justiniano Borgoño, ha aprobado la propuesta de V. E. para ascenderlo a la clase de General de Brigada.” César Canevaro es el Presidente del Senado y el General Cáceres el Presidente de la República.

35 Grandes Forjadores de la Historia del Perú, Ob. Cit., p.83.

civil que llevó al poder a Nicolás de Piérola en 1895. El General Borgoño se trasladó a Argentina, por propia voluntad, donde se dedicó a la agricultura, retornando al Perú en 1901.

VI. EL GENERAL BORGOÑO EN LA JUSTICIA MILITAR

Las biografías que se han escrito sobre el General Borgoño sugieren, que a su retorno de Argentina en 1901, se incorporó a la Justicia Militar inmediatamente, e incluso, que presidió su más alto organismo. Dicen, algunos autores: “*De vuelta en el país (1901), fue incorporado al Consejo de Oficiales Generales; y, jubilado por límite de edad, establecióse en Ancón.*”^{36 37} Otros refieren: “En 1901 vuelve al Perú y es designado presidente del Consejo de Oficiales Generales.”³⁸ Estas versiones no son exactas; en principio, porque el General Borgoño se integró a la Justicia Militar recién el 19 de mayo de 1909, como vocal³⁹ y, luego, porque el Consejo de Oficiales Generales se estableció recién el 7 de diciembre de 1906.

En 1901 existía el Consejo Supremo de Guerra y Marina, como máxima instancia de la jurisdicción militar, que se instaló el 23 de marzo de 1899, siendo sus presidentes, hasta la sesión del 6 de julio de 1904, vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República y a partir de la sesión del 20 de julio de 1904 y su clausura en octubre 31 de 1906, fue presidido por el General de División César Canevaro Valega, en razón de las normas de la época.⁴⁰

En la sesión del Consejo Supremo de Guerra y Marina del 30 de abril de 1904, se dio cuenta del “*recurso presentado por el señor General de División Don César Canevaro denunciando los sucesos que se verificaron entre él y el de Brigada Señor Don Justiniano Borgoño en la*

36 Los Héroes de la Breña, Ob. Cit., p.51

37 Enciclopedia Ilustrada del Perú, Ob. Cit., p 387

38 Grandes Forjadores del Perú, Ob. Cit., p. 83

39 Libro de actas de sesiones ordinarias del Consejo Supremo de Guerra y Marina.

40 BRAVO MAXDEO, Roosevelt: Personajes de la Justicia Militar, Editado por el Fuero Militar Policial, Edición octubre de 2014, p. 17-20

*noche del veinte y nueve del corriente en la calle de la Coca*⁴¹. Después de detenida discusión, se acordó que dicha denuncia se tramitara por el Señor Presidente, en consecuencia este dispuso que pasara a la Sala de Guerra, y el Señor Doctor Pardo Figueroa que la preside ordenó a su vez que se remitiera al Señor Vocal Coronel José R. de la Puente, a quién corresponde organizar el sumario conforme a la Ley.⁴² Cuando ocurrieron los presuntos hechos denunciados, el General de División César Canevaro ocupaba el cargo de Jefe de Estado Mayor General del Ejército, al que había accedido en 1900, durante el gobierno del presidente López de Romaña y el General de Brigada Justiniano Borgoño, el de Intendente de Guerra, lo que implica que el General Borgoño no había llegado aún a la Justicia Militar.

Las primeras sesiones del Consejo de Oficiales Generales en las que participó el General Borgoño fueron las de los días 19, 22 y 26 de mayo de 1909, oportunidades en las que presidió el Consejo el General de Brigada Belisario Suárez. En la sesión del 2 de junio y hacia adelante, presidió el Consejo el General de Brigada Juan Martín Echenique, compartiendo el General Borgoño su labor de vocal, además de los nombrados, con otros ilustres personajes de nuestra historia patria como los Generales Isaac Recavarren y Juan N. Eléspuru; los Contralmirantes Manuel A. Villavisencio, M. Melitón Carvajal y Toribio Raygada; los Coroneles José M. Pereira y Foción Mariátegui; y los doctores Miguel Antonio de la Lama y Alfredo Gastón, Fiscal y Auditor General del Consejo, respectivamente.

El 26 de mayo de 1912 falleció el Presidente del Consejo, General de Brigada Juan Martín Echenique Tristán. **Desde la sesión del primero de junio, el General de Brigada Justiniano Borgoño Castañeda, presidió el Consejo de Oficiales Generales.** La continuidad de su gestión como presidente fue interrumpida varias veces, básicamente, por razones de salud, que lo obligaron a tomar licencias; así, entre las sesiones

41 Este hecho ocurrió durante el mandato presidencial de Serapio Calderón y Basadre Grohmann narra como don Serapio resolvió el problema: "Otra anécdota recuerda que cuando los generales César Canevaro, jefe de Estado Mayor y Justiniano Borgoño, intendente de Guerra, tuvieron una escena de violencia callejera por cuestiones personales, recordó el vicepresidente el cuento chino del emperador que mandaba la pluma del pavo real al mandarín que debía abandonar el cargo y "aceptó" la renuncia de ambos" (Basadre, Historia de la República, Edición de "El Comercio", tomo 12, p. 36).

42 Libro de actas de sesiones ordinarias del Consejo Supremo de Guerra y Marina.

del 21 de enero y el 04 de marzo de 1913 (08 sesiones), presidió el Consejo el Contralmirante Manuel Melitón Carvajal. Entre las sesiones del 13 de marzo y el 14 de junio de 1913 (21 sesiones), el Consejo fue presidido por el Contralmirante Toribio Raygada, reincorporándose el General Borgoño en la sesión del 21 de junio de 1913.

En la sesión del 13 de noviembre de 1913, se dio cuenta de la concesión al General Justiniano Borgoño, Presidente del Consejo de Oficiales Generales, de noventa días de licencia que solicitaba *“para el restablecimiento de su salud”*. El General Borgoño participó de las sesiones del Consejo hasta el 15 de noviembre. A partir de la sesión del 18 de noviembre presidió el Consejo el Contralmirante Manuel Antonio Villavisencio y en su ausencia puntual el Contralmirante Toribio Raygada.

En la sesión del 02 de abril de 1914, el General Borgoño se reintegró al Consejo, presidiendo la sesión, oportunidad en la que actuaron como vocales los Contralmirantes Manuel A. Villavisencio y Toribio Raygada, el General de Brigada José R. Pizarro, los Coroneles José M. Pereira, Foción Mariátegui, Manuel Cáceres, Manuel Francisco Diez Canseco Olazábal y el Capitán de Navío Juan B. Cobián; y los doctores Gastón y Carrera, Fiscal y Auditor General, respectivamente.

Entre la sesión del 23 de junio y el 29 de setiembre 1914 (20 sesiones) presidió el Consejo el Contralmirante Villavisencio. **En la sesión del 03 de octubre de dicho año, se reintegró al Consejo, como Presidente, el General de Brigada Justiniano Borgoño.**

El 26 de marzo de 1915 se promulgó la Ley N° 2118, Ley de situación militar, que fijó determinadas edades en cada grado, lo cual implicó el pase al retiro de varios oficiales y repercutió en la conformación del Consejo de Oficiales Generales.

En la sesión de 08 de junio de 1915, el General Justiniano Borgoño presidió el Consejo por última vez. Cuando dejó el cargo, frisaba los 79 años de edad. Fijó sus *“cuarteles de invierno”* en Ancón, al igual que su líder y amigo, el General Cáceres, donde dejó de existir el 27 de enero de 1921, a la edad de 84 años. Sus restos descansan en la cripta de los héroes.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

“Austero, sereno y valiente militar, empecinadamente adicto al general Cáceres...”, se dice de Borgoño en “Grandes Forjadores del Perú”. En efecto, su lealtad a Cáceres es evidente, pero lo es también a la causa de la patria que el *“Brujo de los Andes”* encarna y que se acrecienta durante la “Campaña de la Breña”. Borgoño estuvo en San Juan y Huamachuco combatiendo a los chilenos y en Masma, Huaripampa, Canta, Chicla y en la toma de Lima, durante la campaña de Cáceres contra Iglesias.

Asimismo, participó en la vida política del país como ministro, diputado y Presidente de la República, demostrando honestidad en sus actos, que tan difícil resulta conservar en el manejo de la hacienda pública. Integró el Consejo de Oficiales Generales y administró justicia militar, con interrupciones por razón de su salud, entre el 19 de mayo de 1909 y el 8 de junio de 1915, presidiéndolo por más de dos años.

Pudo haber tenido una vida solazada, pues era un hombre de recursos económicos, que le venían de familia; no obstante, escogió una vida de compromiso con la patria, arriesgando la vida en los campos de batalla a los que concurrió, sufriendo heridas físicas y mentales que pudo evitar. La patria y sus conciudadanos han premiado su entrega heroica, bautizando con su nombre calles, plazas y colegios. Una promoción de la Escuela Militar de Chorrillos lleva su nombre y sus restos descansan en la cripta de los héroes, del cementerio Presbítero Matías Maestro.

■ Miscelanea

General PNP Jorge López Zapata

CRÍMENES CONTRA EL LENGUAJE – 3

Hoy, después de varias lunas, volvemos a encontrarnos, y yo, algunas veces como ahora, me encuentro eufórico, muy contento con este re-encuentro, y no justamente porque goce de los errores que suelo encontrar en el escribir y el hablar –mal hablar quizás– y al igual que Fray Luis de León les digo: “Como decíamos ayer ...”, con todo respeto por cierto, al ilustre y venerado fraile en el reencuentro con sus discípulos, después de haber estado prisionero injustamente, demostrando que no guardaba ningún rencor a sus opositores, no obstante tan ingrato episodio; y luego de esta introducción, vayamos a lo nuestro; a la caza de crímenes, faltas o infracciones contra nuestro maltratado lenguaje, no “a la casa” por cierto; sino que trataremos de ubicar algunos crímenes y faltas, leves o graves, contra nuestro maltratado idioma; y vamos, que antes de iniciar estas inquietudes lingüísticas, sin ser siquiera lingüista, trataremos de hacer lo más amena posible esta comunicación; aunque pensé, sinceramente, que no iba a ser posible encontrar tantos y tan variados crímenes contra el lenguaje, pero algunos términos o palabras no llegan a configurar delito sino, simplemente, faltas o infracciones; sin embargo, resulta necesario hacer mención, aunque muy ligera, de ellas.

Luego de esta introducción, vayamos a lo nuestro y trataremos de ubicar algunas infracciones o faltas, leves o graves, en agravio de nuestro querido y maltratado lenguaje; y, en lo posible, de hacer más amena, dentro mis modestos alcances, esta comunicación.

Antes de mi primera colaboración sobre crímenes: ... pensé que sería la primera y la última; pero veo que todavía hay bastante “pan por repañar”; lo que me animó a proseguir con la perversa caza y ponerla en vuestro conocimiento. Vayamos, pues, “A” por ello (esta a está demás como veremos más adelante).

Continuando estas modestas reflexiones lingüísticas, les sugiero lo siguiente: En una simple conversación, escuchemos una narración que nos haga un interlocutor, relacionada con un episodio cualquiera. ¿Estamos? Déjele toda la libertad que necesite para explayarse. No lo interrumpa. Escúchelo solamente. En simultáneo vaya contando las veces que el narrador va repitiendo “Y, entonces...” “Y, entonces...” Ud., mi estimado lector, se sorprenderá al comprobar que su dialogante repetirá en su narración numerosas veces esa frase de “Y, entonces...”, una cantaleta que, por lo repetitivo, suena desagradable; y si bien es cierto que esa narración no es grata, seguramente podemos considerarla sino, un delito, por lo menos sí, una falta contra el lenguaje, más propiamente, contra la buena dicción.

Y entonces, proseguimos con nuestra tarea. No sé si Uds. Escucharon a un candidato a la próxima presidencia de la república, que ya ha sido presidente, decir aproximadamente, que se podían “sacar los tanques afuera...” rememorando un episodio de años atrás. Particularmente pienso, y Uds. convendrán conmigo, que no es posible “sacarlos adentro”, así como tampoco es posible subirlos abajo” o meterlos afuera” o “bajarlos arriba”. En fin, gajes del oficio... pero que suceden en las mejores familias, ya que en esa frase sobra la palabra “afuera”.

Prosiguiendo con las infracciones lingüísticas, a mucha gente –y claro que son bastantes–, se les ha dado, con insistencia, verborizar algunas palabras, esto es, transformar las palabras indebidamente en verbos. Ello pasa, verbigracia, con apertura, la misma que no es aceptada como verbo por la Real Academia de la Lengua y que la menciona como sustantivo (acción de abrir), entre otras tantas acepciones a que se contrae este término, pero ninguna aperturar; o sea que no la tiene como verbo. Sin embargo se nos da por usar esta palabra frecuentemente. Ya que aperturamos Congresos, Conversatorios, Temporadas, tiendas, etc.

Esto, además, viene a colación a raíz de una consulta que me hiciera un brillante y magnifico amigo, sobre 2 palabras: AGENDIZAR y CALENDARIZAR, en el sentido de si existen o no en el idioma español como

verbos. Al respecto, no estaba en mi incipiente conocimiento en ese instante darle la respuesta inmediata, por lo que me vi obligado a recurrir, necesaria e impostergablemente, a la fuente inminente de sabiduría que es el DRAE; y fue así como comprobé que ninguna de las dos está incluida entre las palabras aceptadas por el catálogo de términos más importante de nuestro idioma. Es que, creo, tenemos un prurito peculiar y hasta casi huachafo de VERBORIZAR, quien sabe por flojera, diversas palabras. Vayamos, pues, a lo que fue materia de consulta:

Agenda (Del lat. Agenda “lo que debe hacerse”, pl. n. del geruntivo de agere “hacer” f. 1. Libro, cuaderno o dispositivo electrónico en que se apunta para no olvidarlo, aquello que se ha de hacer //2. Relación de los temas que han de tratarse en una junta. //3. Relación ordenada de asuntos, compromisos o quehaceres de una persona en un periodo.

Como podrán apreciar, NO APARECE LA PALABRA “AGENDIZAR” y tal vez obedezca a un improntus o a un peruanismo que, en mi opinión, debemos olvidar por tratarse de una tremenda cursilería, aunque tampoco podemos olvidar, como veremos más adelante, que nuestro idioma es dinámico y va creciendo cada día más y más; y para darles una tareíta que a la corta o a la larga les va a beneficiar, les dejo la tarea de recurrir en consulta, al diccionario.

En lo referente a la palabra “CALENDARIZAR”, revisando el tomo correspondiente DRAE, tampoco existe, y sí, más bien, de la que procedería, esto es, CALENDARIO, con diversos y numerosos significados, siendo el más importante, tal vez, en el sentido de “1. Sistema de representación del paso de los días, agrupados en unidades superiores, como semanas, meses, años, etc. Y otros más, como la flora, eclesiástico. Litúrgico, gregoriano, juliano, laboral y que no creo sea del caso repetir; pero tampoco existe, la singular dicción CALENDARIZAR, que seguramente está en el pensamiento de algún revolucionario y adelantado ciudadano, afanoso por modificar nuestro riquísimo, de por sí, lenguaje.

Sin embargo, aunque no viene al caso, pero no deja de ser curioso, por decir lo menos, sí existe “ANTROPOMORFIZAR”, cuyo significado es (de antropomorfomizar) tr. Conceder forma y cualidades humanas a una cosa o a un ser sobrenatural. La fantasía antropomorfiza lo inanimado U.t.prnl. Los dioses se antropomorfizaron. Y, así, otras palabras que no dejan de sorprender y que existen en la edición más importante de nuestro diccionario español.

Volviendo a la palabra poetisa, que fue materia de un artículo anterior, y que los diarios locales se niegan a usar e insisten en el término masculino de poeta, como ya hemos visto; de casualidad encontré el término curioso de alcaldada, cuyo significado es “acción arbitraria o inconsiderada que ejecuta un alcalde o cualquier persona que abusa de su autoridad”.

Para mí fue novedad pero no sé si Uds. Ya conocían esta singular expresión, y también encontré “alcaldesa”, cuyo significado lo dijimos en el número anterior; no siendo aceptable que dijéramos la príncipe, la rey, la pintor, la varón, etc., cuando bien sabemos que existen sus respectivos femeninos.

Continuando con estas inquietudes, hagámoslo con una expresión lamentablemente reiterada. Se trata de la frase “grata satisfacción”. Por ejemplo, cuando escuchamos: “Tengo la grata satisfacción de dirigirme a este selecto auditorio...” Grato, como Uds. pueden apreciar, significa placer o satisfacción, por lo que se estaría duplicando, erradamente, el gusto que tiene una persona sobre algo que le ha satisfecho.

También es bastante frecuente esta frase por demás doméstica. Cuando se trata de una pieza de vestir, solemos escuchar “esta o este... no me entra”, tratándose de un terno, una camisa, una falda, un par de zapatos, etc., cuando en realidad es lo contrario: que uno (el usuario) es quien no cabe o no entra en la pieza en cuestión. Bueno, hay cada caso... pero se trata de una simple infracción en agravio de nuestro tan maltratado lenguaje, que todos, seguramente, hemos cometido.

Igualmente, en estos últimos tiempos, es frecuente que se diga, por ejemplo, “La Plaza de Armas “se ubica” al costado del Palacio de Gobierno”, o, también, “el monumento a Francisco Pizarro “se ubicaba” al costado del Palacio de Gobierno” y, así, al tratar de explicar donde se encuentra tal o cual monumento o lugar histórico o tradicional, le damos el tratamiento de “se ubica” o “se ubicaba”, como si fuera un objeto que tiene voluntad para ubicarse por sí sola, lo que no es así. En mi modesto entender, lo correcto es decir que tal o cual objeto inanimado, por importante o hermoso que sea, no se ubica, sino que “está ubicado”, o que “se encuentra ubicado”, ya que no lo está así por voluntad propia, a diferencia de una persona o un animal que sí se pueden ubicar por su propia voluntad, a diferencia de una cosa inanimada, como es un monumento, un accidente geográfico que, como hemos dicho, están ubicados, por voluntad de un tercero (el hombre) o por

la naturaleza y no por propia voluntad, a diferencia del homo sapiens que, por su propia voluntad, se puede ubicar donde mejor le parezca, al igual que los animales, de acuerdo con su libre albedrío o su propia voluntad ¿Estamos?, distinto a los objetos inanimados, por muy hermosos que ellos sean.

Asimismo, también escuchamos decir, verbigracia. Piura está al “norte del Perú” o Tacna se encuentra al “sur de la nación peruana”. A nuestro parecer, las dos oraciones están erradas, ya que al norte del país se encuentra Ecuador y, al sur, Chile, naciones ajenas al Perú; siendo lo correcto decir que “en el” norte, esto es, “dentro” del país, se hallan Piura y Tumbes y “en el sur” están Tacna, Moquegua, etc. Bueno son simples disquisiciones que ojalá nuestros lectores las consideren apaparentes para este artículo.

Y recordando lo que dijimos en el número anterior de nuestra revista sobre el término **lideresa**, en el sentido de que es el término correcto, como femenino de líder, sin embargo nuestro premio Nóbel, al referirse a una candidata a la Presidencia de la República, hace uso de líder en vez de lideresa, que en nuestra opinión es el correcto según lo previsto y ordenado por la Real Academia de la Lengua. En fin, se trata de un escritor laureado quien, tal vez, pueda darse algunas liberalidades y que no puedo criticar sino solamente referir, como un simple comentario. Por si acaso, lo leí en uno de los últimos dominicales de “La República”, en un artículo titulado “EL PERÚ A SALVO”.

Y como me he ocupado de esa perlita publicada en “La República”, en el decano “El Comercio”, en un titular (pág. 13, domingo 3 de julio) se informa que “habrá juzgados **para corrupción** en el Santa”. Entiendo que, con este titular, los habitantes de ese lugar estarán preocupados ya que, estando a lo que dice, esos juzgados van a crearse al parecer, para aumentar la comisión de ese infractorio –corrupción– yo no entiendo, para combatirlo; aunque, pienso que mejor hubiera sido, más completo y apropiado, decir juzgados **contra** la corrupción; pero bueno, como está escrito, puede entenderse, aunque no con la propiedad debida. Ya anteriormente nos hemos ocupado sobre este particular.

Siguiendo con estos curiosos y mal usos del lenguaje, hace algunos días se le ocurrió a una señorita locutora de radio, decir un “**presunto falso** taxista”, etc., etc., poniendo en evidencia la mala intervención o, más propiamente, la infracción que habría cometido el “presunto” y “falso” piloto. Veamos, si nos informamos con el diccionario, comprobaremos

que ambas palabras tienen igual o el mismo significado, por lo que, prácticamente, la señorita “periodista” del caso nos estaba diciendo que se trataba de un “falso, falso, y recontrafalso” taxista. Bueno, “hay cada caso... pero, al fin y al cabo, todos incurrimos en este tipo de horrores... perdón... errores.

Presumo que Uds., Amables lectores, habrán visto películas españolas y, por supuesto, han escuchado decir a los chapetones “voy a por...” Bueno, esa “a” está mal empleada conforme a la propia Real Academia de la Lengua, según podrán comprobar en la Edición Tricentenaria de su Diccionario, y que hemos mencionado **anteriormente**; y, como podrán apreciar, vuestro amigo, el autor de esto, incurrió en error al decir **anteriormente**, ya que bastaba decir “hemos mencionado” y no incurrir en un barbarismo como este; y, como se darán cuenta, hasta los dueños de la pelota, o sea los españoles, también y con frecuencia, cometen infracciones o faltas contra el lenguaje, ya que lo correcto es “**ir por**” y no “**ir a por**”.

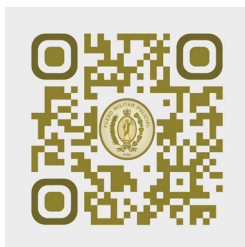
Alguna vez, también, hemos escuchado que un objeto determinado (una joya, un libro, incubables, un tesoro) es **invalorable**. Bueno quien lo dijo así, estaba equivocado, ya que la palabra correcta es “**invaluable**”; y para darle más fidelidad a nuestra afirmación, nuevamente recurramos al DRAE, la misma edición tantas veces mencionada.

Asimismo, en alguna ocasión hemos escuchado la palabra *intervalo*, con acento ortográfico en la *é*, como si fuera palabra esdrújula, lo que es incorrecto, ya que es llana o grave, que significa espacio o distancia que hay de un tiempo a otro o de un lugar a otro, siempre conforme a la misma fuente: DRAE, y la misma edición que mencionado *ut supra*.

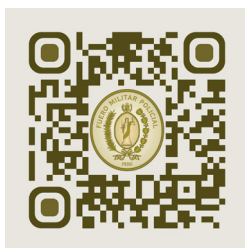
Para terminar, les cuento una de RIPLEY. La gente joven que me honra con leer esta modesta colaboración, es posible que no conozca a este personaje, ni mucho menos de quién se trata. Al respecto, les contaré que hace ya algún tiempo, en *El Comercio*, se publicaba, si mal no recuerdo diariamente, un recuadro gráfico que hacía referencia a diversos episodios increíbles, insólitos, por lo que se titulaba **ES VERDAD AUNQUE UD. NO LO CREA**: y sobre ello, existe una inscripción que en el diccionario, publicado bajo el patrocinio y responsabilidad de la Real Academia de la Lengua, en el sentido de que “Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de producción, distribución, comunicación pública, y transformación de esta obra, sin contar con autorización de los titulares de la propiedad intelectual.

La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual”; la misma que aparece tanto en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, en el Diccionario Práctico del Estudiante y en la Gramática de la Lengua Española, publicaciones todas ellas bajo el auspicio de la Real Academia de la Lengua y sus filiales, tanto de América como en los demás países de habla hispana (Santillana, Ediciones Generales, 2012). Como podrán apreciar, esta inscripción resulta por demás antojadiza ya que la Real Academia debería interesarse, más bien, que sus publicaciones tengan la mayor difusión posible y, hasta premiar a quienes difunden las novedades recientes que se han producido en nuestra lengua, que es el español. Bueno, si la Academia lo hace, tendrá sus razones para ello; pero en mi opinión, carece por completo de lógica por ir en contra de una mejor y mayor difusión de las modificaciones y neologismos que se han producido desde sus anteriores ediciones; y con esta singular noticia me despido de nuestros numerosos y gentiles lectores, con mis mejores deseos.

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 Julio del 2016 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 CONSEJO DE OFICIALES GENERALES

En esta casona de la entonces Calle de Ortiz N° 332, hoy cuadra tres del Jirón Huancavelica, funcionó, entre el 21 de mayo de 1918 y el 30 de octubre de 1920, el Consejo de Oficiales Generales, hoy Fuero Militar Policial.

Fuero Militar Policial
Av. Arenales N° 321
Santa Beatriz
Telf. (511) 614 4747
www.fmp.gob.pe
Lima - Perú

